

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR

MATY LICE BRANCHER GUÉYE

**DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: comentários a respeito das medidas
previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e seus fundamentos**

FLORIANÓPOLIS - SC
2016

MATY LICE BRANCHER GUÉYE

**DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: comentários a respeito das medidas
previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e seus fundamentos**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina -
UFSC, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Alexandre
Morais da Rosa.

FLORIANÓPOLIS - SC
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: comentários a respeito das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e seus fundamentos**”, elaborado pela acadêmica **Maty Lice Brancher Guéye**, defendido em **05/12/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____(_____), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de Dezembro de 2016

Dr. Alexandre Morais da Rosa
Professor Orientador

M.^a Fernanda Mambrini Rudolfo
Membro de Banca

Fernanda Pacheco Amorim
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Maty Lice Brancher Guéye

RG: 3699867

CPF: 047.187.939-80

Matrícula: 11100254

Título do TCC: **“DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: comentários a respeito das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e seus fundamentos”**

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Eu, Maty Lice Brancher Guéye, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 05 de dezembro de 2016.

MATY LICE BRANCHER GUÉYE

Dedico este trabalho à minha querida irmã Marietou, pessoa por quem nutro imenso amor e admiração. A ela eu digo: “se todos fossem no mundo iguais a você”...

Dedico também à Carmen e ao Luís Fortunato, pelas preciosas e amorosas horas que deixamos de estar juntos para que eu me dedicasse a este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa, grande mestre que nos regala com sua infinita inteligência e provocação intelectual.

Agradeço à Fernanda Mambrini Rudolfo e Fernanda Pacheco, pela atenção e disposição em fazer parte da banca avaliadora deste trabalho.

Agradeço à Daniela Bornin, pela atenção, leitura e comentários.

Agradeço aos professores e colegas com quem convivi durante a graduação, por terem feito parte, cada qual à sua maneira, desta importante etapa da minha vida.

Agradeço (muito) à minha mãe, Ana Lize Brancher, que com muito amor e dedicação sempre me ajuda nos momentos mais difíceis. Ela também que, desde nossa tenra infância, recheou a casa com livros, saberes e sabores.

Agradeço por ela ser quem é, e como é.

Káwó Kábìèsílẹ̀ Şàngó. Mo Dupé Òrìşà Şàngó, caboclos e pretos velhos,
pela força nos momentos em que eu achava que não podia mais.

“A prisão se torna um meio de fazer com que as pessoas desapareçam, sob a falsa promessa de que também desaparecerão os problemas que elas representam”-

Angela Davis

“Será necessária a prisão para que haja civilização?” - Mário de Andrade, na leitura de Manuel Barros da Motta

RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe a uma reflexão a respeito das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, definidas no artigo 319 do Código de Processo Penal, incluídas no Código com o advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Este estudo foi elaborado através de revisão bibliográfica, em livros, códigos, periódicos, internet e outras literaturas afetas ao tema. Inicialmente comentamos a respeito do processo penal como instrumento para garantir a eficácia dos direitos insculpidos na Constituição Federal. Posteriormente, discorremos sobre as medidas cautelares penais, marcando suas diferença com os institutos da cautelaridade do processo civil, e sua (in)compatibilidade com o princípio da presunção de inocência. Por fim, cuidamos das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, analisando alguns de seus aspectos gerais – como princípios, requisitos e hipóteses de incidência – e, posteriormente, tecendo comentários sobre cada espécie da medida

Palavras-chave: processo penal – cautelares diversas – princípios – cabimento

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	10
2 – PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO.....	13
2.1 – A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	13
2.2 – PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	15
2.3 – OS SISTEMAS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO E A IMPROPRIEDADE DO SISTEMA “MISTO”.....	21
2.4 – SOBRE A CAUTELARIDADE DO PROCESSO PENAL.....	23
2.5 – A MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA PENAL E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	28
3. CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO PROCESSO PENAL.....	32
3.1 – ASPECTOS GERAIS.....	32
3.2 – PRINCÍPIOS.....	34
3.3 – REQUISITOS E CABIMENTO.....	39
3.4 – TAXATIVIDADE.....	43
3.5 – DETRAÇÃO.....	45
4 – AS MEDIDAS DO ART. 319: COMENTÁRIOS SOBRE CADA ESPÉCIE....	48
4.1 – COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO.....	48
4.2 – PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES.....	50
4.3 – PROIBIÇÃO DE CONTATO COM DETERMINADA PESSOA	51
4.4 – PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA.....	52
4.5 – RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO E EM DIAS DE FOLGA	53
4.6 – SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA OU ATIVIDADE FINANCEIRA.....	54
4.7 – INTERNAÇÃO PROVISÓRIA.....	55
4.8 – FIANÇA.....	56
4.9 – MONITORAÇÃO ELETRÔNICA.....	57
5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico se propõe a uma reflexão a respeito das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, definidas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Tais medidas foram incluídas no Código com o advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que também alterou a redação dos dispositivos relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória.

Inicialmente será feita uma análise a respeito do processo penal à luz das garantias e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, tecendo comentários a respeito da supremacia da Constituição, do processo penal diante do Estado Democrático de Direito e do sistema penal inquisitório e acusatório; discorreremos também sobre a cautela processual de natureza penal, marcando sua diferença com os institutos da cautelaridade do processo civil, tratando também a respeito da cautelaridade no processo penal e sua (in)compatibilidade com o princípio da presunção de inocência. No capítulo seguinte cuidamos das medidas cautelares diversas da prisão descritas no artigo 319 do Código de Processo Penal, analisando alguns de seus aspectos gerais, princípios, requisitos e hipóteses de incidência. Por fim, tratamos das medidas cautelares dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal, tecendo comentários sobre cada espécie da medida.

A metodologia a ser utilizada na presente monografia, instiga-se no método dedutivo, já que as premissas relativas à delimitação do tema, serão abordadas por pesquisas bibliográficas. A análise foi elaborada através de revisão bibliográfica, em livros, códigos, periódicos, internet e outras literaturas afetas ao tema.

O trabalho se pauta, mormente, sob o entendimento de que a garantia dos direitos fundamentais é elemento estrutural de qualquer Estado Democrático de Direito e que, a partir dessa base paradigmática, o direito penal deve se apresentar, sobretudo, como um instrumento limitador do poder punitivo do Estado em face da liberdade individual – esta que, por sua evidência, não necessita qualquer legitimação¹.

¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.60.

As medidas cautelares de natureza penal são espécie de instrumentos do processo penal – “instrumentos do instrumento” –, e têm por interesse garantir o bom andamento e desenvolvimento do processo.

Tais medidas são classificadas em pessoais, probatórias ou patrimoniais, e podem ser requeridas tanto na investigação quanto durante a instrução processual.

As medidas que este trabalho se propõe a comentar são de natureza pessoal e se apresentam como providências cautelares alternativas à prisão preventiva, rompendo com o “binômio prisão-liberdade” que conduzia as cautelares penais até então.

De acordo com Aury Lopes Jr, “as medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado”² – até porque, segundo o mesmo autor, não se tratam, necessariamente, de medidas pouco gravosas ao imputado.

Sob a ótica da utilização *ultima ratio* da esfera penal, apresentamos que as medidas prisionais devem ser de excepcional, restrita e cuidadosa utilização, uma vez que, ao atingir a liberdade do indivíduo – inocente sob o princípio constitucional que tutela a presunção de inocência insculpido artigo 5^a, inciso LVII, da Constituição Federal – o prejudica, força de regra, sob o aspecto físico, patrimonial, social e mesmo moral.

Esta pesquisa se propõe, portanto, a uma reflexão sobre a aplicabilidade e incidência das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, verificando seu cabimento e serventia para reforçar a idéia de que a prisão deve ser decretada como último recurso. Afastamo-nos de idéias que relacionem tais medidas à ampliação de formas de punição ou novas formas de controle do Estado sobre a liberdade individual.

Deste modo, o trabalho pretende verificar alguns objetivos da busca pela aplicação das medidas cautelares não prisionais, em virtude da “ineficácia de nosso sistema prisional”³ e em respeito aos princípios e garantias fundamentais insculpidos na

² Ibidem, p. 861

³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012, p. 135

Constituição Federal de 1988, visando sempre contribuir para um sistema penal mais justo, mais eficaz e menos violento.

2 – PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO

2.1 – A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A história nos mostra que ao longo do tempo as sociedades passam por diversas transformações, sejam elas de cunho político, social, econômico, ambiental, dentre outras, de modo que, com o passar do tempo, a realidade social muda, o que exige do direito uma “constante oxigenação das leis”⁴ para que possa acompanhar tais mudanças.

O atual Código de Processo Penal do Brasil data de 1941, e teve como principal inspiração o Código de Processo Penal Italiano, gerado durante o regime fascista capitaneado por Benito Mussolini⁵. Conforme aponta Carlos Eduardo Gonçalves sobre o Código brasileiro:

Assim, já fica fácil perceber que o mesmo não se coaduna com a atual Constituição da República, repleta de direitos e garantias fundamentais, que a fazem receber inclusive a alcunha de “Constituição Cidadã”. Além disso, cumpre lembrar que, esse atual Código de Processo Penal foi promulgado sob a égide da Constituição de 1937, em pleno “Estado Novo”, ou seja, é um Código redigido logo após um golpe de Estado, capitaneado por Getúlio Vargas, onde foram dissolvidos o Senado Federal e a Câmara dos Deputados. Nessa época, os direitos fundamentais foram seriamente enfraquecidos na Carta Magna outorgada de 1937⁶.

Nosso Código de Processo Penal entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942⁷ de modo que, decorridos mais de 70 anos, teve diversos artigos incluídos, excluídos e alterados, por força de leis que passaram a compor nosso ordenamento nestes últimos anos, acompanhando o passar do tempo e as modificações que se impunham.

Dentre as maiores e mais recentes mudanças em nosso sistema jurídico, certamente a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi uma das mais marcantes,

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁵ GONÇALVES, Carlos Eduardo. **As Medidas Cautelares no Processo Penal**. 2013. 75f. . Monografia (Pós-Graduação) Curso de Formação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, p. 12. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/CarlosEduardoGoncalves_Monografia.pdf>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

⁶ Ibidem, loc cit.

⁷ O artigo 810 do Código de Processo Penal determina: “Este Código entrará em vigor no dia 1ª de janeiro de 1942” In: BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

pois, além de concretizar uma série de conquistas populares⁸, ela assegura aos cidadãos direitos e garantias fundamentais⁹ – direitos individuais, coletivos, políticos, sociais e econômicos –, da mesma forma que orienta “situações jurídicas objetivas e subjetivas, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”¹⁰.

Nossa Constituição Federal consagra e define ao Estado uma série de princípios fundamentais¹¹ cuja função ordenadora consiste, sobremaneira, em “funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”¹².

Além dos princípios constitucionais positivos – ou seja, os “princípios que se traduzem em normas da Constituição ou que dela diretamente se inferem”¹³ –, a Magna Carta de 1988 consagrou também uma série de princípios fundamentais, que “visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”¹⁴. Dentre elas, para os fins a que se destina este trabalho, consideramos importante destacar o princípio da supremacia da Constituição que, no dizer de José Afonso da Silva, “significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”¹⁵.

Afonso da Silva leciona que:

Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos¹⁶.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 90

⁹ Cf BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituiacaocompilado.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2016.

¹⁰ SILVA, op cit, p. 179.

¹¹ Cf BRASIL, 1988, Título I – Dos Princípios Fundamentais.

¹² MIRANDA apud SILVA, op cit, p. 96

¹³ SILVA, op cit, p. 92.

¹⁴ Ibidem, p. 94.

¹⁵ Ibidem, p. 45.

¹⁶ Ibidem, p. 46.

A Constituição desfruta, portanto, de uma supremacia formal, material e axiológica, podendo ser exemplificada como um “filtro” através do qual devem ser lidas e interpretadas todas as normas e institutos do direito infraconstitucional¹⁷.

O direito penal não foge à regra, de modo que o processo penal deve ser lido à luz da Constituição, “e não o contrário”¹⁸. Assim, é mister que se faça uma leitura constitucional do direito penal, não o inverso, visualizando o processo penal como instrumento de efetivação dos princípios, direitos e garantias fundamentais constitucionais¹⁹. Neste sentido Lopes Jr aponta que:

J. Goldsmith, a seu tempo, questionou: “por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de distintos órgãos, pergunta-se: por que necessita que prove seu direito em um processo?”. A resposta passa, necessariamente, por uma leitura constitucional do processo penal. Se, antigamente, o grande conflito era entre o direito positivo e o direito natural, atualmente, com a concepção dos direitos naturais pelas modernas constituições democráticas, o desafio é outro: dar eficácia a esses direitos fundamentais²⁰.

Desta maneira, mais do que por mera opção conceitual ou paradigma epistemológico, entendemos que o processo penal deve ser analisado à luz dos pressupostos constitucionais, sob os quais “há que existir e se desenvolver o processo penal, forçado que está – pois modelo pré-constituição de 1988 – a adaptar-se e conformar-se a esse paradigma”²¹.

2.2 – PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com as modificações (sócio-políticas, fundamentalmente) ocorridas ao longo do tempo, a função jurisdicional do Estado, assim como a própria noção e conceito de Estado, também tende a se modificar, refletindo, em parte, as tendências

¹⁷ MACATRÃO, Sílvia Tereza Ferreira. **A Supremacia da Constituição**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2857&idAreaSel=16&seeArt=yes>>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

¹⁸ LOPES JR, op cit, p. 63.

¹⁹ Ibidem, p. 59

²⁰ Ibidem, p. 60

²¹ Ibidem, p. 63

políticas e jurídicas de cada período. Conforme comentamos anteriormente, atualmente a Constituição Federal de 1988 é nossa “norma fundamental”, e apresenta as leis e os princípios que devem orientar as demais normas que compõem o nosso sistema jurídico.

A Constituição Federal define, em seu artigo primeiro²², que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. De acordo com Afonso da Silva:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se demonstra a extrema importância do artigo 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando²³.

O conceito de Estado Democrático de Direito, no entanto, é fruto do processo de transformação da forma como algumas sociedades foram se organizando, sobretudo a partir dos séculos XVI e XVII: com a superação do Estado Absolutista surge o Estado de Direito, originalmente marcado por um conceito tipicamente liberal, cujas características básicas foram “a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e os enunciados e garantias dos direitos individuais”²⁴.

Contudo, a filosofia político-liberal em que se enredou tal Estado de Direito colocou em debate a questão da (falta de) sintonia entre o Estado e a realização de valores de justiça social, como a liberdade, a igualdade e a dignidade, dentre outros. No dizer de Afonso da Silva:

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social²⁵.

²² Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:” In BRASIL, 1988.

²³ SILVA, 2011, p. 119.

²⁴ Ibidem, p. 112/113.

²⁵ Ibidem, p. 115.

De encontro ao individualismo (clássico) liberal, veio à tona a responsabilização do Estado enquanto garantidor e promotor da realização dos valores humanos, seja pela “função jurisdicional pacificadora como fator para eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústias”²⁶, seja “para advertir os encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para realização da justiça”²⁷.

Advém, então, o Estado Social de Direito. No entanto, há uma ambigüidade manifesta em tal regime sócio-político, que Afonso da Silva destaca:

Primeiro, porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 - bem observa Paulo Bonavides - foram ‘Estados sociais’. (...) Em segundo lugar, o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito. Talvez até por isso se possa dar razão a Forsthoff quando exprime a idéia de que Estado de Direito e Estado Social não podem fundir-se no plano constitucional²⁸ [grifos do autor].

Desta forma, podemos depreender que o Estado de Direito, seja na qualidade de Estado Liberal de Direito ou de Estado Social de Direito, nem sempre qualifica um Estado Democrático de Direito.

Na condição de democrático o Estado se funda nos princípios da democracia e da soberania popular como garantia geral dos direitos fundamentais e da participação efetiva e operante do povo na coisa pública²⁹. O Estado Democrático de Direito tem como característica o oposto de um Estado Autoritário: a presença da vontade popular na formação da vontade estatal, aliado ao fundamento de que todos têm direitos iguais a essa participação – aspectos expressos, precipuamente, na Constituição³⁰.

²⁶CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ana Pellegrini; DINAMARCO, Cláudio Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 43.

²⁷ *Ibidem*, loc cit.

²⁸ SILVA, 2011, p. 116

²⁹ *Ibidem*, p. 117.

³⁰ *Ibidem*, loc cit.

Para Afonso da Silva:

Se a constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos³¹.

A qualificação assentada no artigo 1º da nossa Lei Maior – de que “a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito” –, aliada à premissa de que um Estado Democrático de Direito subordina-se aos ditames constitucionais – fundamento insculpido no, já mencionado, princípio da supremacia constitucional – construídos e orientados pela legalidade democrática, representa a assertiva de Lopes Jr: a um Estado Democrático de Direito deve corresponder um processo penal democrático, “visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”³².

Rômulo de Andrade Moreira assevera que:

Como se sabe, o processo penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado. [...] O eminente processualista [Calmon de Passos] adverte que o “devido processo constitucional jurisdicional (como ele prefere designar), para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir”³³.

Seguindo os pressupostos positivados em nossa Constituição, o processo penal deve ser encarado como instrumento de aplicabilidade e garantia dos direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

³¹ SILVA, 2011, p. 121/122.

³² LOPES JR, 2013, p. 60

³³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça: A falta disciplinar e o devido processo legal.** Junho de 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/o-novo-enunciado-da-sumula-do-superior-tribunal-de-justica-a-falta-disciplinar-e-o-devido-processo-legal-por-romulo-de-andrade-moreira/>>. Acesso em 08 de setembro de 2016.

Como aponta Lopes Jr:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). Assim, existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal³⁴.

A consolidação de um processo penal democrático passa pelo devido processo legal (substancial³⁵ ou processual³⁶), consagrado pela Constituição Federal no artigo 5º, incisos LIV e LV, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes³⁷.

Alguns parâmetros devem ser observados para apreensão do caráter instrumental do processo penal. Para Lopes Jr a noção de instrumentalidade “tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição,

³⁴ LOPES JR, 2013, p. 62.

³⁵ O devido processo legal substancial (*substantive due process of law*) considera o direito material e requer uma produção legislativa com *razoabilidade*, quer dizer, as leis devem satisfazer ao interesse público, aos anseios do grupo social a que se destinam. É precisamente na razoabilidade das leis que se configuram os limites imprescindíveis ao poder legiferante do Estado, de sorte a ser evitado o abuso de poder por parte do próprio Governo, garantindo-se ao cidadão a inafastável elaboração legislativa comprometida com os reais interesses sociais, vale dizer, a produção de leis razoáveis, assim denominadas em razão de atenderem aos reclamos da sociedade. In: COSTA, Wellington Soares da. O devido processo legal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10358>. Acesso em 29 de setembro 2016.

³⁶ O devido processo legal processual (*procedural due process of law*) é o princípio empregado no sentido estrito, referindo-se tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, assegurando-se ao litigante vários direitos no âmbito do processo, a exemplo dos direitos: à citação, à comunicação eficiente acerca dos fundamentos da instauração do processo do qual é uma das partes, à ampla defesa, à defesa oral, à apresentação de provas na defesa de seus interesses, a ter um defensor legalmente habilitado (advogado), ao contraditório, à contra-argumentação face às provas arroladas pela outra parte (inclusive quando se tratar de prova testemunhal), a juiz natural, a julgamento público mediante provas lícitas, à imparcialidade do juiz, a uma sentença fundamentada, ao duplo grau de jurisdição e à coisa julgada. É precisamente nesse aspecto processual que se faz uso, no Brasil, da expressão “devido processo legal” e se insere o contraditório, que, de forma conjunta com o direito de ação, a ampla defesa e a igualdade de todos perante a lei, enfeixa o acesso à justiça. In: COSTA, op cit.

³⁷ Além destes dois incisos outros há que também compõem o leque de garantias judiciais estabelecidas na Carta Magna, a saber: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, “inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da casa, da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e da imagem das pessoas”, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, “nenhuma pena passará da pessoa do acusado”, “individualização da pena”, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, “inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícitos”, “não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, “publicidade dos atos processuais”, “direito ao silêncio”, etc. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade. Direito ao devido processo legal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 11, nov 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4850>. Acesso em 08 de setembro de 2016.

pautando-se pelo valor à dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário”³⁸. E adiante o autor complementa:

A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional. Trata-se de limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar). Essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário (pois é ele o sujeito passivo, ou seja, aquele sobre quem recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal). Essa é a instrumentalidade constitucional que a nosso juízo funda sua existência³⁹.

Neste sentido, o processo penal serve como instrumento limitador do *ius puniendi* estatal, de modo que o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal, e não a liberdade individual⁴⁰. Paulo Rangel preconiza que:

No Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados. (...) Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, no Estado de Exceção. No Estado Democrático de Direito havendo necessidade se prende, desde que haja elementos de convicção quanto ao *periculum libertatis*⁴¹.

Portanto, o processo penal deve ser encarado como um instrumento a serviço do projeto de proteção dos direitos e garantias individuais e agir, também, como

³⁸ LOPES JR, op cit, p. 80.

³⁹ LOPES JR, 2013, p. 81.

⁴⁰ Ibidem, p. 60.

⁴¹ RANGEL apud MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Da Prisão Preventiva, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória**: comentários à Lei nº 12.403/11. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 15/16.

meio de limitar o poder do Estado sobre o indivíduo, para garantir a eficácia de seus direitos constitucionalmente positivados, bem como a aplicabilidade do devido processo legal.

Em outras palavras, significa dizer que o exame do processo penal deve ser feito dentro da perspectiva dogmática de que, como nos ensina Lopes Jr⁴², o que precisa ser justificado e legitimado é o poder de punir, não a liberdade individual, que está amplamente consagrada no texto constitucional.

2.3 – OS SISTEMAS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO E A IMPROPRIEDADE DO SISTEMA “MISTO”

O processo penal situa-se numa estrutura que, conforme leciona Moraes da Rosa, muito embora possua características diversas, se divide historicamente nos sistemas inquisitório e acusatório, “surgindo contemporaneamente modelos que guardam características de ambos sem que, todavia, possam ser indicados, no que se refere à estrutura, como sistemas mistos”⁴³.

Dentre os diversos aspectos que diferenciam os dois sistemas, Moraes da Rosa adverte que a gestão da prova é um importante elemento identificador, uma vez que no sistema inquisitório o juiz “congrega poderes de iniciativa e de produção, enquanto no acusatório essa responsabilidade é dos jogadores, sem que [o juiz] possa promover sua produção”⁴⁴. Moraes da Rosa também aponta que, no sistema inquisitório, “o juiz passa de espectador para o papel de protagonista da atividade de resgatar subjetivamente a verdade do investigado (objeto), desprovido de contraditório, publicidade, com marcas indeléveis (cartas marcadas) no resultado previamente colonizado”⁴⁵.

Em linhas gerais, no sistema inquisitório o juiz deixa de lado seu papel imparcial, pois assume para si, também, a responsabilidade pela carga probatória contra

⁴² LOPES JR, 2013, p. 63.

⁴³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 3ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.1 49.

⁴⁴ *Ibidem* p. 149.

⁴⁵ *Ibidem*, loc cit.

o réu, desestabilizando qualquer possibilidade de igualdade de forças entre acusador e acusado, já que a acusação passa a ter consigo aquele que, por definição, senhoreia o aparato estatal, a legitimação e o direito de punir. Desta forma, o sistema inquisitório inverte o papel do processo penal democrático a que nos referimos anteriormente, afinal, “é da essência do sistema inquisitório um ‘desamor’ total pelo contraditório”⁴⁶. De acordo com Moraes da Rosa e Salah Khaled Jr, no caso da matriz inquisitória a sistemática do *in dubio pro reo* passa a *ser in dubio pro hell*⁴⁷.

No Brasil, de acordo com Lopes Jr, a doutrina aponta majoritariamente que o contemporâneo é misto: “predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual”⁴⁸. No entanto, o autor rebate esta postura, afirmando que diante da complexidade nosso sistema penal, “nós preferimos fugir da maquiagem conceitual, para afirmar que o modelo brasileiro é (neo)inquisitório, para não induzir ninguém a erro”⁴⁹. Ademais, afirmar que o sistema é misto seria uma “incongruência lógica”⁵⁰, já que no sistema brasileiro são acolhidas características de ambos, e não criado um terceiro gênero.

Diante da complexidade do tema, e das próprias limitações deste trabalho, não vamos nos aprofundar no assunto. Contudo, não podemos deixar de registrar que em um Estado Democrático de Direito, devem prevalecer elementos do sistema acusatório, cuja concepção está “íntima e indissolivelmente relacionada, na atualidade, à eficácia do contraditório e, principalmente, à imparcialidade (princípio supremo do processo penal)”⁵¹.

Face às premissas em que se ampara um processo penal democrático, os atos de coerção estatal para serem “justos” – ou pelo menos “equilibrados” – devem se vergar aos preceitos constitucionais, de modo que o juiz mantenha seu caráter imparcial e se afaste das atividades persecutórias.

⁴⁶ LOPES JR, 2013, p. 112.

⁴⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre; KHALED JR, Salah H. *In Dubio Pro Hell*: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 07.

⁴⁸ LOPES JR, op cit, p.106.

⁴⁹ Ibidem, p. 118.

⁵⁰ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 149.

⁵¹ LOPES JR, op cit, p. 122.

2.4 – SOBRE A CAUTELARIDADE DO PROCESSO PENAL

Inicialmente, insta expressar que não existe um “processo” cautelar, mas, sim, “medidas” cautelares exaradas no curso do processo, já que a sistemática do processo penal não contempla a existência de uma ação cautelar. Deste modo, “o que se tem são medidas cautelares penais, a serem tomadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento e até mesmo no processo de execução”⁵².

Quando tratamos de medidas cautelares na seara penal não estamos tratando de uma antecipação da pena, mas, sim, de uma providência imposta com vistas a garantir o regular andamento do processo, como, por exemplo, garantir a adequada investigação ou instrução, salvaguardar determinada prova ou, até mesmo, assegurar a execução de determinada ou eventual sanção. Lopes Jr esclarece:

Fica evidenciado que as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado. É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destina a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente no que for verdadeiramente cautelar é constitucional⁵³.

Desta forma, entendemos que a utilização de medidas cautelares no processo penal deve ocorrer somente em casos de extrema necessidade, por dois principais motivos: (1) porque mesmo que não sejam privativas, as medidas cautelarmente deferidas são, de algum modo, restritivas de liberdade, e (2) porque o acusado, que é presumidamente inocente – conforme veremos melhor no item a seguir –, sofre com o ônus da penalidade antes que eventual sentença penal condenatória transite em julgado.

Ademais, o próprio Código de Processo Penal dispõe que a aplicação de medidas cautelares penais deve ter como requisitos a necessidade de aplicação e a adequação da medida à gravidade do crime (art. 282, CPP), que devem ser indispensavelmente somados a concretos e suficientes indícios tanto de autoria e de

⁵² LOPES JR, 2013, p. 789.

⁵³ Ibidem, p. 847.

probabilidade de ocorrência do delito⁵⁴, ou *fumus comissi delicti*, quanto de riscos ao processo em decorrência da situação de liberdade do sujeito⁵⁵, ou *periculum libertatis*.

É importante fazer essas considerações para que se possa afastar eventual associação da cautelaridade do processo penal à do processo civil, vez que são institutos marcadamente distintos. Neste sentido Luiz Vicente Cernicchiaro adverte: “O Direito é uno. Os setores dogmáticos, entretanto, evidenciam características próprias. O direito penal não se confunde com o direito civil. Mais pelos princípios que pelas leis”⁵⁶.

A medida cautelar aplicada no processo penal visa, grosso modo, tutelar o “processo”, diferentemente da medida cautelar do processo civil, a quem interessa garantir o “bem da vida”. Sobre isso Lopes Jr nos ensina que:

No processo penal, em (radical) câmbio, do que estamos tratando? Não é do ter, mas sim da liberdade. No lugar da coisa, pensa-se na liberdade, de quem, tendo, está na iminência de perder, ou que já não tendo pode recuperá-la ou perde-la ainda mais. Trata-se de voltar pra casa ou ser encarcerado. Como adverte Carnelutti, é com a liberdade o que verdadeiramente se joga no processo penal. “*Al juez se le pide, como al juez civil, algo que nos falta y de lo cual no podemos prescindir; y es mucho más grave el defecto de libertad que el defecto de propiedad*”. Significa dizer que ao juiz penal não se pede, como ao juiz civil, algo que nos falta, o tal “bem da vida” como se referem os civilistas. É a própria vida que está em jogo. Para o autor, tanto ao juiz penal como ao juiz civil, compete dar a cada um o seu. A (imensa) diferença está em que no penal é dispor do próprio “ser”, ao passo que no civil é o “ter”. Não se pode esquecer, ainda, como adverte certeiraamente Juarez Cirino dos Santos, que “o processo penal não se constitui processo de partes livres e iguais - como o processo civil, por exemplo, dominado pela liberdade das partes, em situação de igualdade processual -, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade dos fatos criminosos e punir os autores considerados culpados”. São a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e o penal⁵⁷.

⁵⁴ LOPES JR, 2013, p. 787.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 788.

⁵⁶ CERNICCHIARO apud MOREIRA, 2016, p. 08.

⁵⁷ LOPES JR, op cit, p. 84.

No entanto, é possível encontrar diversas doutrinas e jurisprudências que se utilizam de institutos do Direito Civil – como a aplicação de “medidas penais inominadas”, escoradas no poder geral de cautela, *fumus boni iuris* ou até mesmo *periculum in mora* – para fundamentar a aplicação de medidas cautelares no Direito Penal. A nosso ver, isso causa imenso embaraço ao processo penal, vez que se tratam de áreas distintas e com diferentes implicações. Lopes Jr adverte:

O problema é grave, mais grave ainda quando assistimos à imensa parcela da doutrina (e, por conseqüência do ciclo vicioso - senão incestuoso -, também da jurisprudência) falando em *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para as prisões cautelares; (...) e lecionando que as condições da ação processual penal são as mesmas do processo civil (!), e por aí vai⁵⁸.

E mais adiante o mesmo autor complementa:

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 punível⁵⁹.

A incorporação de elementos do direito civil a institutos do direito penal, mesmo que às vezes com modestos e avaros retoques, acaba resultando em uma “prolixa e confusa concepção, que poderia ser denominada teoria civil do processo penal”⁶⁰. Moraes da Rosa esclarece:

Equívocada a compreensão de que é a mesma cautelar cível (condições e requisitos) a ser julgada pelo juiz criminal. É necessária, no campo penal, a concorrência de elementos relativos à autoria, materialidade e urgência no tocante ao efeito útil do processo. Não basta a mera acusação para se deferir as medidas assecuratórias, nem deslizar no imaginário, dada a presunção de inocência⁶¹.

Ainda sobre a incorporação de institutos do processo civil ao processo penal Lopes Jr faz a seguinte analogia:

O processo penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas da sua irmã. Mais do que vestimentas

⁵⁸ LOPES JR, 2013, p. 83.

⁵⁹ Ibidem, p. 787.

⁶⁰ MARQUES apud LOPES JR, op cit, p. 83.

⁶¹ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 265.

usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável⁶².

Portanto, seria equivocado pensar que as categorias do processo civil poderiam ser transmitidas e aplicadas ao processo penal “como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã preterida”⁶³, pois o processo penal possui suas categorias jurídicas próprias, com características e finalidade inerentes, às quais não cabem tais institutos civilistas.

Neste aspecto, uma diferença entre o processo penal e o civil a ser destacada e comentada está na utilização do poder geral de cautela como espeque para justificar a aplicação de medidas acautelatórias.

O poder geral de cautela é um instituto marcadamente civilista⁶⁴, que, com vistas a garantir que o “bem da vida” (patrimônio) não se deteriore, perca seu valor ou mesmo deixe de existir, permite que o juiz lance mão de medidas acautelatórias (nominadas ou inominadas, quer dizer, previstas ou não no Código de Processo Civil) que resguardem o bem em discussão até o fim da lide. São medidas destinadas à tutela do direito. No processo penal, por sua vez, as medidas cautelares buscam “garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”⁶⁵.

Ademais, o Código de Processo Civil permite que o juiz utilize medidas que não estejam previstas – as cautelares inominadas – para resguardar o bem. Mas isso só é possível no processo civil: no processo penal não existe poder geral de cautela ao juiz, tampouco cautelares inominadas. Isso porque, segundo Lopes Jr:

No processo penal forma é garantia. Logo, não há espaço para poderes gerais, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo⁶⁶.

⁶² LOPES JR, 2013, p. 82.

⁶³ Ibidem, p. 83.

⁶⁴ O poder geral de cautela não está expressamente previsto no Código de Processo Civil, mas encontra fundamento no artigo 297 daquele diploma legal, que dispõe: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”. In: BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

⁶⁵ LOPES JR, op cit, p. 786.

⁶⁶ Ibidem, p. 790.

Portanto, no processo penal, toda e qualquer cautelar “somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto”⁶⁷.

No mesmo sentido, Moraes da Rosa e Michelle Aguiar apontam que:

Diferentemente do Processo Civil, no qual vigora o poder geral de cautela, no Processo Penal somente é utilizado pela invocação dos magistrados que não se deram conta do seguinte: a liberdade somente pode ser restringida nas hipóteses legais. Vigora a legalidade estrita, dado que a liberdade é a regra e não a exceção. As hipóteses de restrição da liberdade somente podem ser deferidas nos exatos termos em que a Lei Processual Penal indica (CPP, art. 312 e 319). Descabe criatividade jurisdicional⁶⁸.

Portanto, o poder geral de cautela não pode ser invocado, no processo penal, como fundamentação para buscar legitimar a aplicação de medidas cautelares que não estejam expressamente previstas em lei. No processo penal, a liberdade é a regra, não a exceção, de modo que a restrição do direito de um sujeito requer “expressa previsão legal, bem assim demonstração argumentativa do preenchimento dos requisitos legais”⁶⁹.

Neste sentido, reiteramos que os requisitos para aplicação de medidas acautelatórias se baseiam, fundamentalmente, no *fumus comissi delicti* e no *periculum libertatis*. Conforme aponta Roberto Delmanto Jr, antes da decretação de uma cautelar de natureza penal:

Primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo concreto que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus requisitos)⁷⁰.

De acordo com Henrique Saibro, o *fumus comissi delicti* consiste na soma da prova da materialidade de um crime a indícios suficientes de sua autoria delitiva, de tal forma que de maneira nenhuma o instituto se confunde com o *fumus boni iuris*, ou a

⁶⁷ LOPES JR, 2013, p. 790.

⁶⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. AGUIAR, Michelle. **Poder Geral de Cautela no Processo Penal é uma abusiva criação jurisdicional sem fundamento?** Agosto de 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-e-uma-abusiva-criacao-jurisdicional-sem-fundamento-por-por-alexandre-morais-da-rosa-e-michelle-aguiar/>>. Acesso em 01 de outubro de 2016.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ DELMANTO JR apud SILVA, Marcelo Tavares Gummy. **Prisão Temporária e Prisão Preventiva**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/marcelo-tavares-gummy-silva.pdf>>. Acesso em 01 de outubro de 2016. P. 05

“fumaça do bom direito”, do direito civil. Conforme aponta Paulo Rangel: no direito penal “a fumaça é da prática do crime e não do bom direito, pois o direito, por si só, já é bom, incluindo aqui o conceito de direito justo”⁷¹.

O *periculum libertatis*, por sua vez, trata da “imprescindibilidade da limitação da liberdade do acusado, para garantir o processo”⁷². O instituto, portanto, trata de um “perigo”, uma ameaça ao bom andamento do processo, decorrente do estado de liberdade do sujeito – e, neste caso, vale destacar que mesmo as medidas cautelares diversas da prisão preventiva implicam em uma forma de cerceamento da liberdade do sujeito quando, por exemplo, o impede de ir a determinados lugares (art. 319, II, CPP). Trata-se de um risco de frustração da função punitiva (fuga), ou de outros prejuízos ao processo, em virtude da condição de liberdade do acusado. É um instituto que marcadamente desafia a presunção de inocência, princípio tão caro ao processo penal, conforme veremos a seguir.

2.5 – A MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA PENAL E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Na nossa Constituição Federal, a presunção de inocência vem expressa no artigo 5º, inciso LVII, que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. De acordo com Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben:

Esse postulado foi acolhido por diversas legislações e tem seus antecedentes históricos mais importantes na Constituição de Virgínia, de 1776, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, nascida da Revolução Francesa, de 1789, na Declaração Universal dos Direitos

⁷¹ RANGEL apud SAIBRO, Henrique. **Quais são os requisitos da prisão preventiva?** Disponível em: <https://canalcienciascrimainais.com.br/quais-sao-os-requisitos-da-prisao-preventiva/#_ftn3>. Acesso em 02 de novembro de 2016.

⁷² MARTINS, Alberto André Barreto. Adequação da prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de inocência. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6866>. Acesso em 01 de outubro de 2016.

Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷³

A presunção de inocência é um “princípio reitor do processo penal”⁷⁴ e, neste sentido, James Goldschmidt aponta: “se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles”⁷⁵. Para Lopes Jr:

Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares é de altíssima relevância pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro⁷⁶.

A presunção de inocência garante que o reconhecimento da culpabilidade não se dá através de mera acusação, mas ao final de um procedimento público, com garantia ao contraditório, à ampla defesa e aos demais elementos que constituem o devido processo legal. De acordo com Moraes da Rosa:

Daí que a presunção de inocência – regra de tratamento e de juízo – deve ser colocada como significante primeiro, pelo qual, independentemente de prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador. Aqui descabem presunções de culpabilidade. Conta Warat que se todos acreditassem, piamente, em Papai Noel, na noite de 24 de dezembro não haveria presentes a se distribuir. Há necessidade de que pelo menos um saiba do embuste, do mito, da farsa, para que ele possa fazer sentido. Pelo menos um precisa saber que há furo na totalidade natalina. Para além do velho Noel algo rateia. Na presunção de inocência inautêntica do Sistema Inquisitório também⁷⁷.

A presunção de inocência, portanto, é um princípio que opera no sentido de proteção do indivíduo, para que todos os acusados inocentes estejam protegidos. É uma grande expressão de cuidado (cautela) no sentido de não gerar injustiça ao acusado.

⁷³FREYESLEBEN, Luiz Eduardo Ribeiro. Medidas Cautelares Processuais Penais e a Presunção de Inocência. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 42 - 72, out. 2014. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folder/s/0By97Yreieq0AZWxnbzFMAW12b0k>>. Acesso em 10 de setembro de 2016. P. 50.

⁷⁴LOPES JR, 2013, p. 785.

⁷⁵GOLDSCHMIDT apud LOPES JR, op cit p. 785.

⁷⁶LOPES JR, op cit, p. 785.

⁷⁷MORAIS DA ROSA, 2016, p. 217.

Lopes Jr explica que a presunção de inocência atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele⁷⁸. A dimensão interna ao processo implica, primeiramente, a um tratamento imposto ao órgão julgador/juiz que, enquanto tal (lembramos da separação entre juiz e acusador, tão cara ao sistema acusatório, que tratamos anteriormente) deve deixar o ônus da prova inteiramente a cargo do acusador.

Em outras palavras, seria dizer que o juiz deve se abster, ou seja, não agir de ofício, de modo que eventual dúvida deve (ou deveria) conduzir inexoravelmente à absolvição pois o acusado, sobretudo se inocente, não tem o dever de provar nada.

Já em relação à dimensão externa ao processo, “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”⁷⁹, protegendo as garantias fundamentais de imagem, dignidade e privacidade.

No entanto, no dizer de Moraes da Rosa, “presumir a inocência, no registro do Código de Processo Penal, é tarefa hercúlea, talvez impossível, justamente pela manutenção da mentalidade inquisitória”⁸⁰.

Nota-se, portanto, há certa incompatibilidade – ou pelo menos certo desconforto – entre a aplicação das cautelares penais e a presunção de inocência, já que a aplicação de medidas acautelatórias pessoais de natureza penal acarretam em uma penalidade (afinal, são medidas restritivas de direito) ao imputado antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. Neste sentido, Lopes Jr afirma que “as medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos”⁸¹.

O Código de Processo Penal também não deixa de fazer referência ao princípio da presunção de inocência, mas, justamente, faz uma ressalva às medidas cautelares, conforme depreendemos do seu artigo 283, cuja redação – que também foi alterada pela Lei nº 12.403/11 – determina que ninguém pode ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no

⁷⁸ LOPES JR, 2013, p. 786.

⁷⁹ Ibidem, p. 786.

⁸⁰ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 215.

⁸¹ LOPES JR, op cit, p. 801-2.

curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. Lopes Jr aponta que:

A rigor, cotejando os princípios de jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão [e por que não também medida] cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade⁸².

Para aplicar alguma medida cautelar pessoal de natureza penal é necessária a existência de um fundamento concreto, que justifique a “real necessidade” da medida. Para tanto, deve-se lançar mão dos conceitos de instrumentalidade, proteção e imprescindibilidade aos fins perseguidos no processo penal, para que tais medidas possam, minimamente, coexistir com a presunção de inocência. Moraes da Rosa adverte que:

(...) o processo penal, como garantia, precisa ser levado a sério, sob pena de se continuar a tratar a *Inocência* como figura decorativo-retórica de uma democracia em constante construção e que aplica, ainda, processo penal do medievo, cujos efeitos nefastos se mostram todos os dias⁸³.

A controversa questão da (in)compatibilidade entre as medidas cautelares penais e a presunção de inocência reforça a importância dos princípios e requisitos de cabimento que circunscrevem a incidência das medidas – assunto que abordaremos melhor no capítulo a seguir. As cautelares, portanto, são providências a serem aplicadas diante de uma ameaça concreta – “provável, e apenas não possível”⁸⁴ –, com o fito de resguardar o processo, pela verificação de que a não aplicação da medida implicaria em obstrução à investigação ou instrução criminal.

O devido respeito ao princípio da inocência presumida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é um dos mais importantes – quiçá o maior de todos – elementos indicativos de que a medida cautelar se importa, de fato, a tutelar o processo, e não a antecipar a condenação.

⁸² LOPES JR, 2013, p. 792.

⁸³ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 216.

⁸⁴ LOPES JR, op cit, p. 833.

3 – CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

3.1 – ASPECTOS GERAIS

Conforme mencionamos anteriormente, as medidas cautelares no processo penal visam assegurar o bom andamento e desenvolvimento do processo. Tais medidas são classificadas em pessoais, probatórias ou patrimoniais, e podem ser requeridas na investigação preliminar (preparatórias) e durante a instrução processual (incidentais)⁸⁵.

As medidas patrimoniais pretendem resguardar o bem (patrimônio), por meio do seqüestro, arresto e da hipoteca legal⁸⁶, já que “a condenação pode gerar o dever de indenizar a vítima (CP, art. 91) ou mesmo a perda dos bens ou produto do crime em favor da União, ressaltando-se o terceiro de boa-fé (CP, art. 91, II, ‘b’)⁸⁷”. As medidas probatórias, por sua vez, destinam-se a resguardar algum elemento probatório, através de condução coercitiva, obtenção de material genético, interceptação telefônica e de dados, dentre outros exemplos⁸⁸. Já as medidas pessoais são providências que restringem ou privam a liberdade da pessoa acusada, diante do fundado receio que, sem tais medidas, o processo seria prejudicado.

Neste trabalho, repise-se, tratamos de medidas cautelares pessoais, mais precisamente daquelas expressas no artigo 319 do Código de Processo Penal: as medidas cautelares diversas da prisão. Tais medidas alternativas ao cárcere têm um grande valor, sobretudo diante de uma conjuntura prisional⁸⁹ como a nossa.

A Lei nº 12.403/2011 reformulou as regras a respeito das medidas cautelares aplicáveis no processo penal, adequando alguns aspectos do Código de Processo Penal – que, como mencionado anteriormente, é de 1941 – e alterou substancialmente o Título

⁸⁵ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 265.

⁸⁶ Artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal. In: BRASIL, 1941.

⁸⁷ MORAIS DA ROSA, op cit, p. 267.

⁸⁸ Ibidem, p. 268.

⁸⁹ Dados do Conselho Nacional de Justiça apontam que no Brasil, até 2014, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade estão presas sem condenação. São aproximadamente 222.190 pessoas presas provisoriamente, que legam ao nosso país quarta maior população de presos provisórios do mundo. Significa dizer que aproximadamente quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados. Além disso, a maioria dos presos provisórios está detida por prazo superior à duração razoável do processo: cerca de 60% dos presos provisórios estão custodiados há mais de 90 dias. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. Junho de 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

IX do Livro I do Código, que passou a se chamar “Da prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”.

Até o advento da referida lei, o sistema de medidas cautelares penais no Brasil era bastante pobre⁹⁰, resumindo-se à prisão cautelar ou liberdade provisória, apresentando ao magistrado uma “mediocre dicotomia”⁹¹ no campo das cautelares pessoais: era prisão ou nada.

Não podemos deixar de mencionar, porém, que, segundo Lopes Jr⁹², mesmo antes da Lei nº 12.403/11 alguns magistrados lançavam mão de outros instrumentos, como a retenção de passaportes ou a proibição de freqüentar determinados lugares. Contudo, a aplicação destas medidas – as já rechaçadas “cautelares inominadas” – era bastante polêmica e cercada de suspeitas sobre sua legalidade, em face da clara inobservância ao pressuposto de que uma sanção de natureza penal, mesmo que cautelar, “somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais ao caso concreto. (...) No processo penal, forma é garantia”⁹³. Neste sentido, Moraes da Rosa aponta que, “salvo no regime da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), a qual prevê medidas cautelares específicas, por ausência de previsão legal e impossibilidade de aplicação de cautelares atípicas (isto é, não previstas expressamente em lei), não havia modulação: ou preso ou solto”⁹⁴.

A atual redação do Código de Processo Penal, no entanto, apresenta uma gama de medidas cautelares pessoais diferentes da prisão preventiva, a serem aplicadas com o fito de assegurar a ordem processual. Não são medidas inteiramente originais ou estranhas ao nosso ordenamento, pois parte delas já estava prevista na legislação penal pátria como sanção penal condenatória.

Tal “polimorfologia cautelar”⁹⁵ possibilita proteger de forma mais efetiva o processo, o acusado e a própria sociedade, de acordo com Pierpaolo Cruz Bottinni, que afirma que:

⁹⁰ LOPES JR, 2013, p. 789

⁹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11)**: novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Julho de 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>>. Acesso em: 09 de setembro de 2016.

⁹² LOPES JR, op cit, p. 790

⁹³ Ibidem, p. 790

⁹⁴ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 303

⁹⁵ LOPES JR, 2013, p.

O processo, porque surge um novo rol de medidas de resguardo à ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, será a extrema e última opção. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão. Von Liszt, em 1811, já afirmava que as prisões não corrigem, não intimidam nem põe o delinqüente fora do estado de prejudicar, e pelo contrário muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinqüente novel⁹⁶.

No entanto, atentamos ao cuidado que se deve ter na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, para que tais providências não sejam deturpadas, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas, sim, como uma forma de expansão de controle. De acordo com Lopes Jr:

O problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade penal e que até agora não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade), passem a ser objeto de intensa incidência e restrições. O que se busca com a reforma [Lei 12.403/2011] é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual⁹⁷.

O que garante – e até mesmo justifica – uma apropriada aplicação das cautelares é a séria e devida observância aos seus princípios, requisitos e hipóteses de cabimento, pois dali decorrem os fundamentos que legitimam o propósito das medidas.

3.2 - PRINCÍPIOS

Dentre os princípios informadores das medidas cautelares penais, destacamos os princípios da jurisdicionalidade, motivação, contraditório, provisionalidade, excepcionalidade e proporcionalidade⁹⁸. A jurisdicionalidade e a motivação estão expressas no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal e no artigo 283 do Código de Processo Penal, e determinam que só o juiz poderá aplicar, em decisão fundamentada, a medida cautelar. Neste aspecto vale destacar a importância da

⁹⁶ BOTTINI, 2011.

⁹⁷ LOPES JR, 2013, p. 862

⁹⁸ Ibidem, p. 863.

motivação, expressa na fundamentação do *decisium*, uma vez que, nos termos de Moraes da Rosa e Aguiar:

Por mais que preceitue o artigo 315 do CPP conjugado com o artigo 93, IX da CRFB que a decisão que decretar a preventiva deve ser devidamente fundamentada, não há controle sobre sua real necessidade, adequação e proporcionalidade, dando grande margem à subjetividade, na modalidade decisionismo (Lenio Streck). A afronta desta dupla imposição legal constitui a ilegalidade e o conseqüente abuso de poder, que pode vir a ser atacado via HC. Mas afinal, quem reconhece essa afronta? São raríssimos os Tribunais que percebem a ausência ou a precariedade de fundamentação no que concerne a decretação da prisão preventiva e mesmo na ausência de requisitos, confirmam as segregações pelas razões mais estranhas. Afinal, basta se acomodar em pautar-se pelo discurso da Ordem Pública, inverificável do ponto de vista epistemológico, uma vez que sua configuração é retoricamente auferida pelo deslizamento imaginário do “poder geral de cautela”⁹⁹.

Já em relação ao contraditório, o artigo 282, §3º do Código de Processo Penal estabelece que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida – como por exemplo uma interceptação telefônica, quando, então, a medida será tomada *inaudita altera pars*¹⁰⁰ – 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. Neste sentido, Moraes da Rosa adverte:

O deferimento em contraditório prévio deve ser modulado conforme a urgência e a possibilidade de o investigado/acusado agir para impedir o efeito que se pretende. De qualquer forma, a motivação e sua higidez será objeto de contraditório diferido, sendo que não subsistindo as razões, pode-se falar em prova ilícita ou ilegítima, conforme o caso¹⁰¹.

Neste sentido, Moreira reforça a importância do contraditório para a efetividade do devido processo legal, que deve ser assegurado mesmo em decisões de ofício. Para o autor:

⁹⁹ MORAIS DA ROSA; AGUIAR. 2015.

¹⁰⁰ Moreira adverte que: “aliás, ainda que a medida tenha sido tomada *inaudita altera pars*, ‘a observância do contraditório, nesses casos, é feita depois, dando-se oportunidade ao suspeito ou réu de contestar a providência cautelar (...). Fala-se em contraditório diferido ou postergado’”. MOREIRA, 2016, p. 26.

¹⁰¹ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 265.

Parece-nos que mesmo no caso de medida cautelar ser determinada de ofício pelo Juiz, deve também assim se proceder, ou seja, ouvir-se a parte a quem a medida possa trazer algum prejuízo, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses de urgência ou de perigo para a eficácia da decisão. Não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais¹⁰².

Sobre o assunto, Lopes Jr afirma que:

Falar em contraditório em sede de medida cautelar, há alguns anos, era motivo de severa crítica, senão heresia jurídica. Mas ele é perfeitamente possível e sempre reclamamos sua incidência. Obviamente quando possível e compatível com a medida a ser tomada. Ainda que um ilustre desconhecido do sistema cautelar brasileiro, o contraditório é muito importante e perfeitamente compatível com algumas situações de tutela cautelar¹⁰³.

Chamamos a atenção ainda para a observância do contraditório no caso de revogação ou substituição de medida cautelar diversa à prisão preventiva – o que pode ocorrer quando verificada a falta de motivo para que subsista (art. 282, §5º, CPP) –, bem como no caso de voltar a ser decretada, situações em que “também deve-se atender à exigência constitucional do contraditório, na forma do §3º do artigo 282”¹⁰⁴.

Quanto aos princípios da provisionalidade e da proporcionalidade, os mesmos vêm consagrados no artigo 282, §§ 4º e 5º, que dispõem, respectivamente, que: no caso de descumprimento o juiz poderá substituir, cumular a medida ou, em último caso, decretar a prisão preventiva; quando verificar a falta de motivo para que a medida subsista, o juiz poderá revogar ou substituí-la, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

A provisionalidade das medidas cautelares apontam que tais providências são, acima de tudo, situacionais, pois tutelam uma situação fática, de modo que “desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus comissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão”¹⁰⁵ – e entendemos que, neste sentido, a advertência vai além da prisão e se estende a todas as cautelares do Título IX.

¹⁰² MOREIRA, 2016, p. 25.

¹⁰³ LOPES JR, 2013, p. 792.

¹⁰⁴ MOREIRA, op cit, loc cit.

¹⁰⁵ LOPES JR, 2013, p. 794

Em sede de cautelares, o caráter provisório das medidas é de fundamental importância, uma vez que “o desprezo pela provisionalidade conduz a uma prisão [ou outra medida cautelar] ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida apropriação do tempo do imputado”¹⁰⁶. Neste sentido, é lamentável que a lei não disponha a respeito de um prazo máximo de duração das medidas cautelares diversas, pois entendemos que tal omissão pode gerar alguns abusos.

Lopes Jr faz clara referência ao aspecto provisório das medidas diversas, e adverte que “caberá ao juiz observar o caráter situacional e, quando não se fizer mais necessária (e/ou proporcional) a medida, substituí-la por outra menos onerosa ou mesmo revogá-la por inteiro”¹⁰⁷.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, é também uma importante premissa a ser considerada pelo julgador diante do caso concreto, para que não se cometa excessos. Para 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 commissi 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 o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência¹⁰⁸.

Desta forma, mesmo diante do descumprimento de alguma condição decorrente da medida cautelar, que ensejaria a modificação ou mesmo revogação da medida para decretação de prisão preventiva (arts. 282, §4º, e 312, parágrafo único do CPP), é fundamental que o juiz esteja atento ao princípio da proporcionalidade “pois, dependendo do caso, a situação pode ser igualmente tutelada sem que se recorra à prisão preventiva”¹⁰⁹.

O princípio da excepcionalidade encontra fundamento no artigo 282, §6º do Código de Processo Penal, e indica que a prisão preventiva deve ser decretada apenas se a mesma não puder ser substituída (o artigo utiliza o termo “quando não for cabível sua

¹⁰⁶ Ibidem, p. 794.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 863.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 801-2.

¹⁰⁹ LOPES JR, 2013, p. 839.

substituição”) por medida diversa expressa no artigo 319. É um dispositivo que, sem dúvida, reforça o caráter de *ultima ratio* da prisão preventiva

A exemplo, seguem fragmentos – pois a íntegra é deveras extensa – da decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* nº 282.509, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Machado Cruz, que, diante do caso concreto, decidiu por deferir o pedido de liminar para determinar ao juízo de 1º grau a análise da possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão elencadas no artigo 319 do CPP, com o seguinte fundamento:

Com efeito, as medidas alternativas à prisão preventiva não pressupõem, ou não deveriam pressupor, a inexistência de requisitos ou do cabimento da prisão preventiva, mas sim a existência de uma providência igualmente eficaz (idônea, adequada) para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo. É essa, precisamente, a idéia da subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição de excesso): o juiz somente poderá decretar a medida mais radical - a prisão preventiva - quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do indiciado ou acusado por meio das quais sejam possíveis, com igual eficácia, os mesmos fins colimados pela prisão cautelar. Trata-se de uma escolha comparativa, entre duas ou mais medidas disponíveis - *in casu*, a prisão preventiva e alguma(s) das outras arroladas no artigo 319 do CPP - igualmente adequadas e suficientes para atingir o objetivo a que se propõe a providência cautelar. Desse modo, é plenamente possível que estejam presentes os motivos ou requisitos que justificariam e tornariam cabível a prisão preventiva, mas, sob a influência do princípio da proporcionalidade e à luz das novas opções fornecidas pelo legislador, deverá valer-se o juiz de uma ou mais das medidas indicadas no artigo 319 do CPP, desde que considere sua opção suficiente e adequada para obter o mesmo resultado - a proteção do bem sob ameaça - de forma menos gravosa. Vale dizer, cabível a prisão preventiva, não há dúvida de que poderia magistrado decretá-la, pondo a salvo, assim, o bem ameaçado pela liberdade do agente. [...] Semelhante opção judicial [neste caso o Ministro refere-se à proibição de o acusado de ausentar-se da comarca (art. 319, IV, CPP) e utilização de monitoração eletrônica] produzirá o mesmo resultado cautelar - evitar a fuga do réu e o conseqüente prejuízo à aplicação da lei penal - sem a necessidade de suprimir, de modo absoluto, a liberdade

do acusado. Além do menor custo pessoal e familiar da medida – pois o não-recolhimento à prisão do réu o poupa, bem assim seus entes mais próximos, de um sofrimento desnecessário – o Estado também se beneficia com essa escolha, porquanto preserva vultosos recursos, humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém sob custódia, a par de diminuir-se os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento (lesões corporais, tortura, ou mesmo homicídio, eventualmente cometidos por outros presos ou por carcereiros, transmissão de doenças infecto-contagiosas, criminalização do preso, estigmatização, etc). [...] Os motivos justificadores da prisão preventiva são os mesmos que legitimam a determinação do recolhimento noturno ou qualquer outra das medidas cautelares a que alude o artigo 319 do CPP, sendo equivocado condicionar a escolha de uma dessas últimas ao não cabimento da prisão preventiva. Na verdade, a prisão preventiva é, em princípio, cabível, mas a sua decretação não é necessária, porque, em avaliação judicial concreta e razoável, devidamente motivada, considera-se suficiente para produzir o mesmo resultado a adoção de medida cautelar menos gravosa. [...] Decerto que nem todas as medidas cautelares possuem os mesmos requisitos exigidos para a decretação da medida restritiva extrema. Forçoso, então, concluir que pode ser cabível uma medida cautelar pessoal qualquer e não ser cabível a prisão preventiva (Rogério Schiatti Machado Cruz - Relator. 6ª Turma. HC 282.509 j. 19.11.2013 - public.22.11.2013)¹¹⁰.

As medidas cautelares estabelecidas no artigo 319, portanto, mostram-se como importantes alternativas à prisão preventiva e, indubitavelmente pressupõem a observância das condições estabelecidas nos princípios que pautam e legitimam a aplicação das cautelares.

3.3 REQUISITOS E CABIMENTO

A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão preventiva exige como requisito, assim como as demais cautelares, decisão fundamentada, amparada

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 282.509. Relator Rogério Schiatti Machado Cruz. 6ª Turma. Data do julgamento: 19/11/2013. Data da publicação da decisão: 22/11/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=32518028&num_registro=201303805797&data=20131122&formato=PD>. Acesso em: 03 de setembro de 2016.

necessariamente em reais indícios de *fumus comissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) e *periculum libertatis* (perigo concreto de que sem a aplicação da medida o acusado frustraria o processo). Ou, nos termos de Moraes da Rosa e Aguiar:

Eureka: Prender alguém cautelarmente exige fundamentação e requisitos legais. Estamos sendo cínicos, claro. A liberdade do sujeito, quer na modalidade de prisão, como de medidas cautelares, demanda expressa previsão legal, bem assim demonstração argumentativa do preenchimento dos requisitos legais¹¹¹.

Lopes Jr adverte:

Inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser liberado sem a imposição de qualquer medida diversa. Em tese, se alguém foi preso, por exemplo, para tutela da prova, uma vez que essa foi colhida, deverá o juiz conceder a liberdade plena, pois desapareceu o fundamento da prisão preventiva. A medida diversa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para aquela situação¹¹².

De acordo com Moreira, outra premissa que acompanha o sistema cautelatório penal é a cláusula *rebus sic stantibus*¹¹³, ou seja, “estando assim as coisas” ou “enquanto as coisas estão assim”, fazendo alusão ao caráter provisório da medida cautelar, no sentido de que cessando o risco que deu azo à aplicação da medida, a mesma deve ser revogada (art. 282, § 5º, CPP). Neste sentido, Lopes Jr aponta que as medidas cautelares tutelam uma situação fática, de modo que “o desaparecimento de qualquer uma das ‘fumaças’ impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para a manutenção da prisão [e, também, da medida diversa]”¹¹⁴.

Neste sentido, o Código de Processo Penal determina que as medidas cautelares devam ser aplicadas observando-se a necessidade da medida para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, CPP).

¹¹¹ MORAIS DA ROSA; AGUIAR, 2015.

¹¹² LOPES JR, 2013, p. 581.

¹¹³ MOREIRA, 2016, p. 16.

¹¹⁴ LOPES JR, 2013, p. 794.

O Código dispõe também a respeito dos critérios que devem ser observados no momento da escolha e da intensidade da medida, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais¹¹⁵ do indiciado ou acusado (art. 282, II, CPP).

Por força do artigo 283, §1º do Código de Processo Penal, a aplicação de qualquer medida cautelar prevista no Título IX exige, também, que à infração supostamente praticada seja cominada (isolada, cumulativa ou diversamente) pena privativa de liberdade. De acordo com Lopes Jr, tal dispositivo indica que:

O juiz deve sempre atentar para a relação existente entre a eventual sanção cominada ao crime em tese praticado, e àquela imposta em sede de medida cautelar, para impedir que o imputado seja submetido a uma medida cautelar que se revele mais gravosa do que a sanção porventura aplicada ao final. É inadmissível submeter alguém a uma prisão cautelar quando a sanção penal aplicada não se constitui em pena privativa de liberdade¹¹⁶.

As medidas do artigo 319, portanto, somente devem ser utilizadas como diversas da prisão preventiva, uma vez que, em razão da proporcionalidade, apresentam-se como restrição menos onerosa, mas que ainda assim, servem para tutelar determinada situação.

De acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal a decretação da prisão preventiva deve atender à garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal (tutela da prova), ou para assegurar a aplicação da lei penal. São, contudo, termos vagos, com certa discricionariedade, que podem obnubilar a fundamentação da decisão. Lopes Jr faz o apelo de que:

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*¹¹⁷.

Inclusive, em relação ao infortúnio que pode ser gerado devido à falta de fundamentação da decisão que decreta as cautelares, Moraes da Rosa e Aguiar apontam que:

¹¹⁵ No entanto, conforme adverte Moreira, “merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor” MOREIRA, 2016, p. 15.

¹¹⁶ LOPES JR, op cit, p. 803.

¹¹⁷ LOPES JR, 2013, p. 839.

Claro que se pode prender cautelarmente, bem assim impor-se cautelares. Mas da anemia de fundamentação surgem duas grandes problemáticas: 1) Ou o julgador não fundamenta nada, apenas repete a literalidade dos requisitos da decretação da preventiva, como se isso de fato fosse alguma fundamentação, sendo apenas um julgador “porque sim”, ou 2) Fundamenta de maneira tão persecutória que o acusado já pode se considerar condenado antes mesmo de proferida a sentença¹¹⁸.

No artigo 313 o Código de Processo Penal determina que admitir-se-á a decretação da prisão preventiva: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (art. 313, I, CPP); se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do artigo 64 do Código Penal (art. 313, II, CPP); 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 (art. 313, III, CPP).

No entanto, o limite da pena a que se refere o artigo 313, inciso I, do Código de Processo não se aplica às medidas cautelares diversas da prisão preventiva, afinal, o artigo 321 determina que ausentes os requisitos autorizativos para aplicação de prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória e aplicar, “se for o caso”, uma das medidas descritas no artigo 319.

Dessa forma, o único requisito para aplicação de uma cautelar diversa da prisão, elencada no artigo 319 do Código, é que à suposta infração praticada seja cominada pena privativa de liberdade (art. 283, §1º), não sendo requisito para aplicação da medida, necessariamente, o cabimento de prisão preventiva. Deduz-se, portanto, que sempre que houver prisão preventiva, caberá medida cautelar, mas, no entanto, os requisitos que autorizam a cautelar nem sempre autorizam a prisão preventiva – a não ser, por força do artigo 282, §4º, em caso de descumprimento da medida do artigo 319.

Para Lopes Jr:

[As medidas alternativas] também terão cabimento nos crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos, desde que exista *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. E aqui reside nosso grande medo: que ocorra uma utilização massiva e indevida da medida de controle. Em nossa opinião,

¹¹⁸ MORAIS DA ROSA; AGUIAR. 2015.

ainda que o art. 313 discipline os limites de aplicação da prisão preventiva, também deverá ser utilizado como balizador nas medidas cautelares diversas, não só por uma questão de coerência e harmonia do sistema cautelar (imposto pela necessária interpretação sistêmica), mas também pelo seu inegável caráter substitutivo, art. 282, §6º do CPP¹¹⁹.

Lopes Jr acrescenta que poderá predominar o seguinte entendimento:

- nos crimes dolosos cuja pena máxima é superior a 4 anos e exista *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, poderão ser utilizadas as medidas cautelares diversas ou, se inadequadas e insuficientes, a prisão preventiva;
- nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos e exista *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, somente poderá haver decretação de medida cautelar e diversa;
- nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, em que exista *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, e exista uma das situações dos incisos II ou III do artigo 313, poderá ser decretada medida cautelar diversa ou, excepcionalmente, a prisão preventiva¹²⁰.

Neste sentido, Moreira reforça que as medidas cautelares:

(...) não podem ser aplicadas à infração a que não for isolada, cumulativa ou diversamente cominada pena privativa de liberdade. Portanto, não será possível aplicá-las em relação às contravenções penais a que a lei comina, isoladamente, pena de multa, como, por exemplo, aquelas previstas nos artigos 292, 303, 304 do Código Eleitoral (dentre várias outras). Diga-se o mesmo em relação ao artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)¹²¹.

O Código de Processo Penal determina também que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 282, §1º, CPP), a serem decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (art. 282, §3º). Neste aspecto, chamamos atenção para a possibilidade de o juiz decretar a aplicação de medida cautelar de ofício pois, em nosso entendimento, é uma grande afronta ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*,

¹¹⁹ LOPES JR, 2013, p. 861.

¹²⁰ Ibidem, loc cit.

¹²¹ MOREIRA, 2016, p. 31.

verdadeiro “dogma”¹²² do sistema acusatório – sistema que, como já comentamos, afasta/busca afastar o juiz de atividades persecutórias.

De acordo com Moreira:

Ainda que tenha sido louvável esta limitação, parece-nos que no sistema acusatório é sempre inoportuno deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias, mesmo durante a instrução criminal. É absolutamente desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, *ex officio*, ainda que em Juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (restritiva de direitos, privativa de liberdade, etc.), pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo¹²³.

Neste sentido, para a conversão da prisão em flagrante em liberdade provisória com alguma medida cautelar, impõe-se requerimento neste sentido advindo do Delegado de Polícia ou do Ministério Público. Caso contrário, deve ser concedida liberdade provisória sem que, necessariamente, seja imposta de qualquer outra medida cautelar, inclusive a fiança, à vista do já mencionado artigo 321 – “se for o caso”.

3.4 - TAXATIVIDADE

Ao tratar das cautelares, o Código de Processo Penal não dispõe de uma cláusula geral que deixe ao livre arbítrio do julgador criar outras medidas além daquelas previstas em lei. Logo, na seara penal, por significarem redução do grau de liberdade individual, Freyesleben é um dos tantos autores que advertem que o rol das medidas elencadas no artigo 319 é *numerus clausus*, ou seja, trata-se de um rol taxativo¹²⁴.

De acordo com Lopes Jr:

A Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, instituiu um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar. Portanto, hoje estão autorizadas apenas as medidas previstas no art. 319 e 320, ou seja, um rol taxativo de medidas cautelares diversas da prisão. Claro que medidas necessárias para a implantação da cautelar podem ser adotadas, inclusive porque possuem previsão legal. É o caso da entrega do

¹²² MOREIRA, 2016, 21

¹²³ Ibidem, p. 19.

¹²⁴ FREYESLEBEN, 2014, p. 60

passaporte, agora previsto no art. 320. Qualquer restrição fora desses limites é ilegal. Segue o juiz ou tribunal atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo “criar” outras medidas além daquelas previstas no ordenamento¹²⁵.

Portanto, é irregular a aplicação de alguma medida cautelar de natureza penal que seja “inominada”, de modo que as medidas cautelares diversas da prisão preventiva descritas no artigo 319 do Código de Processo Penal compõem um rol taxativo, e não exemplificativo, que veremos a seguir.

3.5 - DETRAÇÃO

Já apontamos que, apesar de serem diversas da prisão, as medidas cautelares previstas no artigo 319 não deixam de implicar ao acusado ou indiciado alguma restrição ou até mesmo privação de seu direito de liberdade. Neste sentido, é marcante que as inovações implementadas pela Lei 12.403/11 não fazem referência à possibilidade de ser realizada a detração penal das medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Sobre este aspecto, Morais da Rosa aponta que:

Além da detração do tempo de prisão cautelar (CP, art. 42), discute-se a possibilidade de detração das cautelares diversas da prisão, já que todas implicam em restrição de direitos fundamentais. Não há previsão legal e a doutrina atenta reconhece a necessidade de criação de mecanismo de equivalência. Isso porque o submetido ao regime cautelar fica alijado o direito de liberdade, fazendo com que se deva reconhecer, analogicamente, em favor do acusado, modalidade de redução da pena. O critério prevalecente é o de 1 (um) dia de pena cumprida a cada 3 (três) de cautelar imposta, a depender das medidas aplicadas¹²⁶.

Raquel Mazzuco Sant’Ana afirma que:

Sendo a Lei n. 12.403/2011 silente a respeito do referido desconto na pena final, há uma descon sideração ao princípio da proporcionalidade e da vedação do *bis in idem*, sob o ponto de vista de que a medida cautelar,

¹²⁵ LOPES JR, 2013, p. 791.

¹²⁶ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 321.

mesmo que diversa da prisão, compromete o *status libertatis* do acusado antes do julgamento e trânsito em julgado da sentença¹²⁷.

Desta forma, entendemos que deva ser aplicado o instituto da detração também em relação às medidas diversas da prisão, conforme o grau do direito de restrição da liberdade do sujeito que a medida impõe. Até porque, conforme adverte Sant’Anna, o legislador não proíbe a aplicação da detração às cautelares diversas, “apenas” silencia e, diante dessa lacuna, a omissão deve ser “suprida com o emprego da analogia *in bonam partem*, ou seja, aplicar a uma hipótese não prevista em lei à disposição relativa a um caso semelhante quando o sujeito for beneficiado”¹²⁸.

Botinni afirma que:

Para os casos em que o réu for submetido, por exemplo, à prisão domiciliar ou monitoramento eletrônico durante a instrução, a lei não prevê desconto na pena final, o que parece injusto. Se a detração da prisão tem por fundamento o princípio da equidade e a vedação ao *bis in idem*, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer¹²⁹.

A questão gira em torno da compatibilização que deve ser feita para detrair da pena imposta a restrição aplicada pela medida cautelar de forma equânime, uma vez que não têm a mesma. A esse respeito, Botinni faz o seguinte apontamento:

Caso a cautelar e a pena tenham naturezas distintas – como na hipótese da cautelar de prisão domiciliar e a pena de prisão em regime fechado – o tempo descontado não poderá ser o mesmo, mas é possível construir pela jurisprudência uma fórmula que permita deduzir proporcionalmente – com base na razoabilidade – algo da sanção para detrair a cautelar aplicada¹³⁰.

Nesse sentido, Sant’Ana sugere:

O artigo 8º, do Código Penal diz que “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.” Por analogia ao artigo mencionado, seria adequado ao menos de uma compensação de forma atenuante, ou seja, um desconto na pena proporcionalmente à gravidade da medida cautelar aplicada, levando-se em conta o seu grau de restrição de

¹²⁷ SANT’ANA, Raquel Mazzuco. **Medidas cautelares diversas da prisão e a detração penal segundo a Lei 12.403/2011 e o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009**. Julho de 2016. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/raquel-mazzuco-santana/>>. Acesso em 15 de outubro de 2016.

¹²⁸ *Ibidem*, op cit.

¹²⁹ BOTTINI, 2011.

¹³⁰ *Ibidem*, op cit.

liberdade. Para reafirmar a hipótese de atenuar a pena quando não couber a detração, o artigo 66 do Código Penal, traz a circunstância atenuante inominada, ao expor: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Quis deixar claro, o legislador, o caráter facultativo dado ao magistrado no momento do julgamento, vez que poderá atenuar a pena por qualquer circunstância independente de sua previsão legal, vindo beneficiar o réu e garantir uma correta individualização da pena.

Portanto, entendemos que o juiz deve ponderar acerca do tempo em que o acusado suportou a medida cautelar diversa da prisão com vistas a compensar a sanção que imporá limitação à liberdade do condenado, a fim de garantir o resultado útil e a efetividade no processo penal¹³¹. Neste sentido, acreditamos que se deve buscar a compensação, de forma justa e adequada, entre a medida cautelar diversa da prisão e a sanção condenatória, com base nos princípios que circunscrevem a aplicação da pena, sobretudo os da razoabilidade e da proporcionalidade.

¹³¹ SANT’ANA, 2016.

4 – AS MEDIDAS DO ART. 319: COMENTÁRIOS SOBRE CADA ESPÉCIE

4.1 – COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO

O inciso I do artigo 319 dispõe como possível medida cautelar diversa da prisão preventiva o *comparecimento periódico em juízo, em prazo e condições fixadas pelo juiz, para que o acusado informe e justifique suas atividades*.

A introdução da medida pela Lei nº 12.403/11 não trouxe novidade ao nosso sistema, já que o artigo 89, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.099, de 23 de setembro de 1995, já apresentava tal medida, não como cautelar, mas como condição para a suspensão condicional do processo.

De acordo com André Luís Nicolitt:

Essa medida foi inspirada no modelo português (art. 198º CPPP), porém, mais uma vez, a importação não foi bem feita. No modelo português, a lei exige expressamente que o comparecimento leve em conta as atividades profissionais do acusado, bem como o local onde habita, possibilitando ainda que o comparecimento se dê na delegacia de polícia e não apenas em um órgão do judiciário. Exige, ainda, para aplicação da medida, que o crime objeto do processo tenha pena máxima superior a seis meses. O nosso legislador simplesmente criou a medida sem traçar seus contornos. Não obstante, deverá o juiz, na aplicação desta, levar em consideração tais fatores. Vale lembrar que diferentemente do que ocorre com o art. 89 da Lei 9.099/95, no qual o próprio legislador fixou o comparecimento mensal, o art. 319, I do CPP, deixou ao juízo a fixação dos prazos e das condições de comparecimento¹³².

Para Lopes Jr, “é uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado, servindo como instrumento para tutela da eficácia da aplicação da lei penal”¹³³.

O dispositivo serve de mecanismo para manter o acusado vinculado ao processo¹³⁴. No entanto, Moraes da Rosa adverte que “cada caso deve ser analisado de

¹³² NICOLITT, André Luiz. As **Medidas Cautelares Elencadas no Art. 319, CPP, introduzido pela Lei 12.403/11**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_63.pdf>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

¹³³ LOPES JR, 2013, p. 864

¹³⁴ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 314

forma a não inviabilizar as atividades diárias do acusado, já que o comparecimento diário ou semanal, por exemplo, pode implicar efeitos deletérios em sua atividade laboral”¹³⁵.

Neste sentido, Lopes Jr aponta que “teria andado melhor o legislador se tivesse permitido ao juiz fixar dias e horas, conforme a jornada de trabalho do imputado, para não a prejudicar, admitindo a apresentação na polícia mais próxima de seu domicílio”¹³⁶. No entanto, “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”¹³⁷.

Outrossim, é importante destacar que há diferença entre essa medida e o “dever de comparecimento a todos os atos do processo”, imposto na liberdade provisória (art. 310, parágrafo único, CPP), como enuncia Lopes Jr:

Um [art. 310, parágrafo único, CPP] é o dever de comparecer aos atos do processo e o outro [art. 319, I, CPP], em juízo. O primeiro é para assegurar a presença do réu nos atos da instrução, numa antiga visão que negava ao réu o “direito de não ir”. Também buscava, secundariamente, controlar o risco de fuga, mas de forma muito frágil. Agora, o que se busca é o controle da vida cotidiana do imputado, sem qualquer relação com a instrução processual. O foco é outro. [...] No art. 319 não consta o dever de comparecer a todos os atos do processo, até porque se alcançou um nível de evolução democrática em que o direito de silêncio está atingindo o patamar de ‘direito de não ir’. Ademais, o imputado deixa de ser ‘objeto de prova’ para ser sujeito do processo, que pode ou não is à instrução. Ou seja, ao conceder a liberdade provisória, o juiz poderá cumulá-la com outra medida do artigo 319 (art. 321, CPP), inclusive, com o dever de comparecimento periódico em juízo. O dever de comparecimento a todos os atos do processo, por sua vez, “somente tem aplicação nos casos do parágrafo único do artigo 310, ou seja, quando o réu agiu ao abrigo de alguma causa de exclusão de ilicitude”¹³⁸.

No entanto, diante da pleora de processos que cotidianamente abarrotam os fóruns¹³⁹, na prática o cumprimento da medida resume-se à assinatura em livro próprio,

¹³⁵ Ibidem, loc cit.

¹³⁶ LOPES JR, op cit, p. 863

¹³⁷ Ibidem, loc cit.

¹³⁸ LOPES JR, 2013, p. 865.

¹³⁹ FREYESLEBEN, 2014.

pois a realização de audiência a cada apresentação do acusado inviabilizaria o funcionamento das unidades jurisdicionais.

4.2 – PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES

O segundo inciso do artigo 319 determina como possibilidade de medida cautelar diversa *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*.

Segundo Nicolitt trata-se de mais uma inspiração na legislação portuguesa, e que também já existia em nosso ordenamento, na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06, art. 22, III, c), que limitava a aplicação da medida aos casos de violência doméstica¹⁴⁰.

De acordo com Lopes Jr, a medida tem:

(...) um objetivo visivelmente profilático ou preventivo, conforme define [Rogério] Schiatti, pois busca evitar que a frequência do réu a determinados lugares possa criar condições favoráveis para que o agente pratique novos delitos de mesma natureza (ou não)¹⁴¹.

No entanto, ao examinar a questão Morais da Rosa adverte que a aplicação da medida não pode servir de alibi para restrições ao direito de ir e vir, pois a restrição deverá estar vinculada ao crime imputado, ou seja, a cautelar não deve servir de moralismo ou “bom-mocismo”. Neste sentido o autor critica a decisão que aplica tal medida proibindo, de forma ampla, o acusado de frequentar “bares zonas e locais de reputação duvidosa”, pois de tal forma não estaria demonstrado o nexo entre a medida e o fato imputado:

A cautelar deve guardar nexo com o fato imputado e não pode ser universal. Logo, em se tratando de lesão corporal acontecida no Bar do Mengo, a proibição deve se restringir ao Bar do Mengo e não a todos os bares, por ser desproporcional à garantia do objeto do processo¹⁴².

¹⁴⁰ NICOLITT, 2016.

¹⁴¹ LOPES JR, op cit, p. 866

¹⁴² MORAIS DA ROSA, 2016, p. 314.

Ademais, deve-se distinguir os termos “acesso” e “frequência” a que o dispositivo faz referência, uma vez que “acesso é a vedação de qualquer ida ao local determinado, enquanto a frequência autoriza, eventualmente, o acesso, mas impede que o acusado repetidamente reitere a ida, ou seja, que tenha habitualidade”¹⁴³.

Outro aspecto gira em torno da fiscalização da medida já que, neste sentido, é difícil vislumbrar sua efetividade caso não seja aplicada em conjunto a outra providência como, por exemplo, a monitoração eletrônica.

4.3 – PROIBIÇÃO DE CONTATO COM DETERMINADA PESSOA

O terceiro inciso do artigo 319 faz menção à *proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante*. Mais uma medida que já se encontrava presente em nosso ordenamento, na Lei Maria da Penha, em seu artigo 22, inciso III, alíneas *a e b*.

A proibição imposta pela medida tem como objeto de tutela “uma pessoa determinada, em regra a vítima, testemunha e até mesmo o coautor do crime, mas sempre alguém devidamente individualizado”¹⁴⁴.

De acordo com Moraes da Rosa, a medida:

(...) serve como alternativa às pressões decorrentes da contaminação e garantia hígidez probatória, especialmente testemunhal. Busca garantir a eficácia da prova, sem não haja interferência no estado de ânimo e/ou tranquilidade da vítima, familiares ou informantes/testemunhas¹⁴⁵.

A eficácia da medida, inclusive, é mais favorecida vez que a própria pessoa protegida poderá avisar o juízo de eventual descumprimento da medida por parte do acusado. Porém, neste caso os juízes devem ter “serenidade na avaliação de eventuais denúncias de descumprimento da medida, evitando decisões precipitadas que poderiam

¹⁴³ Ibidem, loc cit.

¹⁴⁴ LOPES JR, 2013, p. 866.

¹⁴⁵ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 314.

conduzir à prisão preventiva em flagrante violação da proporcionalidade e da necessidade”¹⁴⁶.

O termo “proibição de manter contato” é bastante amplo, mas, sugere, em geral, o contato físico, telefônico ou eletrônico¹⁴⁷. No caso de distância física, a lei não define uma distância a ser mantida, de modo que, ao aplicar a medida, o juiz deve ter como parâmetro central o princípio da razoabilidade, já que o distanciamento não pode ser insignificante, a ponto de tornar estéril a vedação, tampouco ser tão grande que implique em vedação ao direito de ir e vir do sujeito.

4.4 – PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA

O quarto inciso traz a *proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução*. Outra medida que já era conhecida em nosso ordenamento processual antes da edição da Lei nº 12.403/11 e usada na suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, Lei 9.099/95).

Tal medida busca evitar o risco de fuga do acusado, servindo para tutelar a prova e, por via reflexa, a própria eficácia da lei penal. No entanto, segundo Lopes Jr, a redação do dispositivo “se restringiu à tutela da prova, o que poderá ser objeto de profunda discussão em casos concretos, na medida em que, colhida a prova, desaparece a situação fática legitimadora”. Para o autor, o dispositivo deveria ser mais pontual, deixando claro o objetivo de “evitar a fuga”, adequando a proibição de ausentar-se do país ou da comarca à tutela da eficácia da lei penal.

Para evitar que o sujeito se evada, *e.g.*, a providência pode ser cumulada, com o dever de comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, CPP), diante da existência de concretos indícios de que a liberdade do agente coloca em risco a aplicação da lei penal.

Lopes Jr apresenta críticas ao dispositivo, asseverando que:

¹⁴⁶ LOPES, JR, op cit, p. 866.

¹⁴⁷ NICOLITT, 2016.

Não andou bem o legislador em incluir a “conveniência” da investigação ou instrução, na medida em que abre um grande espaço para exercício impróprio da discricionariedade judicial. Melhor seria manter a redação original, que exigia a “necessidade” e não mera conveniência.

Quanto ao uso da medida para tutela da prova, o autor afirma que:

Não vislumbramos fundamento legal em obrigar o réu a permanecer na comarca ou país em nome da “conveniência ou necessidade para investigação ou instrução”, na medida em que pode usar o direito de silêncio em relação a qualquer ato probatório (inclusive reconhecimento pessoal). Portanto, a medida seria melhor utilizada para minorar o risco de fuga e não para tutela da prova, cuja legitimidade é profundamente discutível, mas infelizmente não foi esse o texto final aprovado¹⁴⁸.

Ademais, caso a medida proíba o acusado de se ausentar do país, a autoridade responsável pelas fronteiras será comunicada e o acusado intimado para, em vinte e quatro horas, providenciar a entrega de seu passaporte (art. 320, CPP).

4.5 – RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO E EM DIAS DE FOLGA

O inciso quinto apresenta como medida diversa da prisão preventiva o *recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos*.

Tal medida pode servir a diferentes fins, como minorar os riscos de fuga do acusado ou tutelar a prova, embora para autores como Nicolitt “seja verdade que sua eficácia para tais escopos é pequena”¹⁴⁹.

A medida de recolhimento domiciliar é diferente da prisão domiciliar (arts. 317 e 318, CPP), pois:

A primeira, explica [Rogério] Schietti, aproxima-se mais de uma espécie de prisão preventiva atenuada, impondo ao imputado o dever de manter-se dentro de sua residência (salvo autorização judicial); enquanto a segunda, é uma modalidade menos gravosa de manter alguém em regime de liberdade

¹⁴⁸ LOPES JR, 2013, p. 867

¹⁴⁹ NICOLITT, 2016.

parcial, permitindo-lhe que trabalhe durante o dia, recolhendo-se ao domicílio apenas à noite ou nos períodos de folga¹⁵⁰.

Contudo, Moraes da Rosa adverte que, como o trabalho é direito não dever, punir o acusado por ser desempregado é autoritário. Logo, somente a residência fixa já basta para o deferimento do pedido¹⁵¹.

4.6 – SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU ATIVIDADE FINANCEIRA

O sexto inciso trata da *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*.

De acordo com Nicolitt, “a medida cautelar em comento também foi inspirada no direito português, com influência, ainda, do direito italiano, porém com maior amplitude, possibilitando a interdição de atividades, funções e direitos”¹⁵².

A medida é aplicável “nos casos de crimes contra a administração pública, nos casos em que o acusado exerça função pública ou atividade econômica ou financeira regulamentada pelo Estado”¹⁵³.

Contudo, em que pese o dispositivo trate da imposição da medida para “evitar a prática de novas infrações”, entendemos que a restrição, por seu caráter cautelar (e não exercício de futurologia), pretenda garantir a investigação ou instrução criminal. Essa é, inclusive, a crítica feita por alguns autores como Nicolitt, que aponta que a redação do dispositivo “associa a medida à prevenção específica, fundada no receio da prática de infração penal, o que lhe retira a natureza cautelar”¹⁵⁴, de modo que a medida só poderá ser aplicada para a garantia da instrução criminal, diante de fundado receio de que o agente, valendo-se de sua função ou atividade (*propter officium*), destrua documentos, intimide testemunhas, altere situações fáticas ou congêneres.

¹⁵⁰ LOPES JR, 2013, p. 868

¹⁵¹ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 314.

¹⁵² NICOLITT, op cit.

¹⁵³ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 315.

¹⁵⁴ NICOLITT, 2016.

Lopes Jr também critica o dispositivo sustentando que

É medida extremamente gravosa e que deverá ser utilizada com suma prudência, sendo inclusive de discutível constitucionalidade. Não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena¹⁵⁵.

Nestes termos, a medida deve se vincular ao interesse útil do processo – não esquecendo que o acusado continua a fazer jus à remuneração e, da mesma forma, ainda poderá sofrer, pela autonomia das instâncias, punição administrativa ou decorrente da Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92)¹⁵⁶.

4.7 – INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

O sétimo inciso trata da *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*.

O dispositivo estabelece uma espécie de “medida de segurança cautelar”¹⁵⁷, sendo claro ao estabelecer as seguintes condições, “cumulativas e não alternativas”¹⁵⁸: 1) ser o agente inimputável ou semi-imputável no termos do artigo 26 do Código Penal (quer dizer, “ser o agente, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz ou não totalmente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”), atestado por perícia; 2) deve se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa; e 3) caso haja risco de reiteração do suposto crime.

Contudo, o dispositivo abre espaço para uma questão controversa, já que não faz distinção entre a inimputabilidade à época do fato e a inimputabilidade superveniente. Para Nicolitt:

A medida pode ser aplicada tanto em relação à inimputabilidade ao tempo da ação, como relativamente à inimputabilidade superveniente, desde que haja risco à instrução ou à aplicação da pena, sem o que seria inconstitucional.

¹⁵⁵ LOPES JR, 2013, p. 869

¹⁵⁶ MORAIS DA ROSA, op cit, loc cit.

¹⁵⁷ LOPES JR, 2013, p. 869

¹⁵⁸ Ibidem, p. 870

Todavia, em caso de inimputabilidade superveniente, não poderá haver a suspensão do processo até o restabelecimento do acusado. Uma medida privativa de liberdade como a internação provisória é incompatível com a suspensão do processo. Deve-se, desta forma, nomear curador e prosseguir o feito¹⁵⁹.

Sobre essa questão, Lopes Jr entende que:

O agente que ao tempo da ação ou omissão era inimputável ou semi-imputável, submete-se ao processo criminal onde ao final é julgado e submetido, se apurada sua responsabilidade penal, à medida de segurança. (...) Na inimputabilidade superveniente, a doença mental somente se manifesta no curso do processo, ou seja, ao tempo da ação ou omissão, o agente era imputável. A inimputabilidade é posterior ao fato criminoso. Neste caso, determina o artigo 152 do CPP que o processo criminal seja suspenso até que o acusado se restabeleça. O processo somente retomará seu curso se o acusado se restabelecer¹⁶⁰.

4.8 – FIANÇA

O oitavo inciso do artigo 319 apresenta como medida diversa a *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.*

O mesmo artigo, em seu parágrafo 4º, determina que a fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI (“Da Liberdade Provisória, Com ou Sem Fiança”), podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. Neste sentido, recorreremos ao artigo 330 para registrar que a fiança consiste em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou hipoteca inscrita em primeiro lugar.

A fiança serve como uma contracautela (caução), prestada em juízo, pela qual o acusado se vê desobrigado da prisão – em liberdade provisória –, mas vinculado a uma série de obrigações processuais, como comparecimento a todos os atos do processo a que for intimado, não mudar de residência sem prévia permissão da

¹⁵⁹ NICOLITT, 2016.

¹⁶⁰ LOPES JR, op cit, p. 872.

autoridade processante e não se ausentar de sua residência por mais de oito dias sem comunicar àquela mesma autoridade (arts. 327 e 328 CPP).

De acordo com Lopes Jr, a fiança é uma garantia patrimonial prestada pelo imputado para pagar futuras despesas processuais, multa e indenização, no caso de condenação mas, também, uma garantia em caso de fuga – já que o descumprimento de alguma obrigação cautelarmente imposta ensejaria prisão preventiva, ou mesmo por futura sanção penal condenatória¹⁶¹.

Nos termo de Lopes Jr:

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. Guarda, por isso, uma relação de proporcionalidade em relação à gravidade do crime e também, e, relação às possibilidades econômicas do imputado¹⁶².

O mesmo autor ainda remonta que, a fiança, enquanto medida cautelar diversa da prisão preventiva, “tem como função precípua assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar obstrução do seu andamento ou em caso de resistência à ordem judicial”¹⁶³, com manifesto caráter de tutela do processo, seja por via de tutela da prova, seja enquanto garantia de aplicação da lei penal.

4.9 – MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

O nono e último inciso do artigo 319 refere-se à *monitoração eletrônica*, enquanto medida cautelar diversa da prisão preventiva. A medida apresenta-se como uma possibilidade de vigilância ininterrupta, viabilizando um permanente controle sobre o circulação acusado¹⁶⁴.

Tal medida tem um caráter visivelmente subsidiário, pois sua aplicação, quando descolada de outra medida, não faz o menor sentido, conforme aponta Bottini ao asseverar que:

¹⁶¹ LOPES JR, 2013, p. 900.

¹⁶² Ibidem, loc cit.

¹⁶³ LOPES JR, 2013, p. 902

¹⁶⁴ Ibidem. 873

O monitoramento eletrônico deve ser aplicado sempre em conjunto com outra cautelar, vez que o simples controle dos movimentos do réu não tem utilidade alguma se desacompanhado de outra restrição cumulativa, como, por exemplo, a proibição de freqüentar determinados lugares ou a prisão domiciliar¹⁶⁵.

Contudo, é uma medida que, embora apresente uma (suposta) perspectiva emancipatória, afinal de contas o acusado estará em “liberdade”, traz consigo uma forte alteração no modelo de controle estatal¹⁶⁶. Deste modo, sua aplicação deve-se estar alicerçada na real pertinência entre a medida e o objetivo da tutela processual, não se confundindo como mero controle social.

¹⁶⁵ BOTTINI, 2011.

¹⁶⁶ MORAIS DA ROSA, 2016, p. 316

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cultura jurídica de uma nação está inserida em sua cultura política, e serve, também, como um indicativo dos elementos dogmáticos daquela coletividade. Conforme aponta James Goldsmith: “os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa do que segmento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição”¹⁶⁷.

Inserido em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é (também) instrumento de garantia dos pressupostos constitucionais, de tal forma que, ao mesmo tempo em que procura coibir a prática criminosa, garante a todo e qualquer indivíduo o devido processo legal. .

Nesse norte, as medidas cautelares pessoais de natureza penal são instrumentos de que dispõe o processo penal para assegurar o desenvolvimento do processo. Portanto, tais medidas têm, fundamentalmente, o escopo de garantir bom e regular andamento da investigação e/ou instrução criminal, e apenas devem (podem) ser aplicadas diante de fortes indícios de que, sem a aplicação das mesmas, o processo encontrar-se-ia ameaçado.

A aplicação de tais medidas sofreu grande impacto com a edição da Lei nº 12.403/11. Isso porque, dentre outras providências, tal lei elencou uma série de medidas alternativas à prisão preventiva, liberando o juiz da dicotomia liberdade-prisão que vigia até então.

Além de apresentar alternativas à prisão, as alterações advindas da lei reforçaram a idéia do cárcere como *ultima ratio*, já que a prisão preventiva deverá ser determinada somente quando não couberem medidas diversas (art. 282, § 6º, CPP).

Contudo, a aplicação das medidas alternativas não é regra, no sentido de que, assim como as prisões cautelares, elas também devem obedecer a requisitos e hipóteses de cabimento, como o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*.

É importante destacar que, muito embora parte da doutrina e da jurisprudência não se atente a este fato, os institutos cautelares que guarnecem o direito

¹⁶⁷ LOPES JR, 2013, p. 797.

processual penal não são os mesmo do direito civil, de forma que é uma grande impropriedade falar de poder geral de cautela, medidas inominadas, *fumus boni iuris* e *periculum in mora* em sede de cautelares penais.

A medida cautelar civil não opera no mesmo sentido que a penal, de maneira que eventual “confusão” feita entre seus parâmetros e critérios de cabimento afeta negativamente a eficácia das providências acautelatórias.

A decretação das cautelares deve estar, sobretudo, pautada nos princípios de jurisdicionalidade, motivação, contraditório, provisionalidade, excepcionalidade e proporcionalidade. Distantes desses princípios as medidas se afastam de seu caráter acautelatório, correndo sério risco de se tornarem mais uma forma de punição (sanção). Ademais, um dos cânones do processo penal – e que tem sua importância alteada na seara cautelar – é a garantia ao acusado de que ele somente seja considerado culpado depois que a sentença penal condenatória transite em julgado.

Deste modo, há certo temor de que as medidas não sirvam para diminuir o número de presos provisórios, mas que consistam em instrumento de expansão do sistema penal, colocando restrições sobre aqueles que não necessitam¹⁶⁸.

São nove as medidas cautelares diversas da prisão de que trata a Lei nº 12.403/11, sendo que grande parte já era conhecida no direito penal e aplicada, em regra, como espécie sanção penal condenatória. São elas: comparecimento periódico em juízo, proibição de acessar ou frequentar a determinados lugares, proibição de contato com determinada pessoa, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar noturno e em dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou atividade financeira, internação provisória, fiança, monitoração eletrônica.

Tais medidas nos parecem adequadas, sobretudo porque fogem do terrível cotidiano das prisões cautelares – “monotemática solução de preservação da ordem processual”¹⁶⁹. Podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente (art.282, §1º, CPP) de modo que, ao cogitar a decretação de alguma delas, o julgador deve analisar o caso concreto, para que se possa aplicar uma cautelar que de fato sirva ao propósito de sua

¹⁶⁸ NICOLITT, 2016.

¹⁶⁹ BOTTINI, 2011.

imposição – desconfigurando um possível caráter de pena antecipatória que a providência poderá evocar. Para Bottini:

Importa destacar que a consolidação de uma cultura de substituição das prisões processuais não depende apenas da mudança do texto legal. As alterações legislativas são importantes, representam um marco fundamental, mas sobre elas se faz necessária a reformulação de velhos valores e do comodismo das tradições cristalizadas. O desenvolvimento de uma nova política criminal processual depende da coragem de magistrados, promotores, advogados, defensores, enfim, de todos os operadores do direito, para reconhecer e aplicar medidas alternativas, que fujam do terrível cotidiano das prisões cautelares, desta monotemática solução de preservação da ordem processual, e apontem para a valorização da dignidade, afetando o menos possível o cidadão sobre o qual não paira o peso da condenação criminal transitada em julgado¹⁷⁰.

Deste modo, insta salientar que a aplicação das mesmas cautelares diversas da prisão não deve estar descolada de uma política criminal processual que as apontem como providências garantidoras do processo, e não como possíveis formas de antecipar a punição, já que um fim alheio à tutela do processo é estranho à natureza da medida.

Creemos que o direito penal e todas as ferramentas das quais ele dispõe devam ser utilizados enquanto instrumentos para a concretização da justiça e o acesso à efetivação dos direitos democraticamente conquistados e constitucionalmente garantidos. A legalidade do processo penal não deve ser encarada como uma questão de poder, mas, sim, uma questão de justiça, para que seus mecanismos apontem para a valorização da dignidade humana.

¹⁷⁰ BOTTINI, 2011.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11)**: novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Julho de 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+pena+is+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>>. Acesso em: 09 de setembro de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2016

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

_____. **Lex**. Lei nº 12.403, de 04 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 282.509. Relator Rogério Schietti Machado Cruz. 6ª Turma. Data do julgamento: 19/11/2013. Data da publicação da decisão: 22/11/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=32518028&num_registro=201303805797&data=20131122&formato=PD> Acesso em: 03 de setembro de 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ana Pellegrini; DINAMARCO, Cláudio Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Wellington Soares da. O devido processo legal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10358>. Acesso em 29 de setembro 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FREYESLEBEN, Luiz Eduardo Ribeiro. Medidas Cautelares Processuais Penais e a Presunção de Inocência. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, p. 42 - 72, out. 2014. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0By97Yreieq0AZWxnbzFMaW12b0k>>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. **As Medidas Cautelares no Processo Penal**. 2013. 75f. . Monografia (Pós-Graduação) Curso de Formação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/CarlosEduardoGoncalves_Monografia.pdf>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACATRÃO, Silvia Tereza Ferreira. **A Supremacia da Constituição**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2857&idAreaSel=16&seeArt=yes>>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

MARTINS, Alberto André Barreto. Adequação da prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de inocência. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6866>. Acesso em 01 de outubro de 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. Junho de 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 3ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____; AGUIAR, Michelle. **Poder Geral de Cautela no Processo Penal é uma abusiva criação jurisdicional sem fundamento?** Agosto de 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-e-uma-abusiva-criacao-jurisdicional-sem-fundamento-por-por-alexandre-morais-da-rosa-e-michelle-aguiar/>>. Acesso em 01 de outubro de 2016.

_____; KHALED JR, Salah H. **In Dubio Pro Hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Da Prisão Preventiva, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória**: comentários à Lei nº 12.403/11. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. **O novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça:** A falta disciplinar e o devido processo legal. Junho de 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-novo-enunciado-da-sumula-do-superior-tribunal-de-justica-a-falta-disciplinar-e-o-devido-processo-legal-por-romulo-de-andrade-moreira/>>. Acesso em 08 de setembro de 2016.

_____. Direito ao devido processo legal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 11, nov 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4850>. Acesso em 08 de setembro de 2016.

NICOLITT, André Luiz. **As Medidas Cautelares Elencadas no Art. 319, CPP, introduzido pela Lei 12.403/11.** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_63.pdf>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

SAIBRO, Henrique. **Quais são os requisitos da prisão preventiva?** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/quais-sao-os-requisitos-da-prisao-preventiva/#_ftn3>. Acesso em 02 de novembro de 2016.

SANT'ANA, Raquel Mazzuco. **Medidas cautelares diversas da prisão e a detração penal segundo a Lei 12.403/2011 e o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009.** Julho de 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/raquel-mazzuco-santana/>>. Acesso em 15 de outubro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Marcelo Tavares Gummy. **Prisão Temporária e Prisão Preventiva.** Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/marcelo-tavares-gummy-silva.pdf>>. Acesso em 01 de outubro de 2016.