

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**BEATRIZ PERES OLMEDO**

**CÁRCERE E LIBERDADE: APLICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS  
PESSOAIS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO.**

São Paulo

2019

BEATRIZ PERES OLMEDO

**CÁRCERE E LIBERDADE:  
APLICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DAS  
MEDIDAS PESSOAIS CAUTELARES  
ALTERNATIVAS À PRISÃO.**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à banca examinadora da  
Faculdade de Direito da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Prof. Edson Luz Knippel

São Paulo

2019

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. (a) Dr. (a) \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. (a) Dr. (a) \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. (a) Dr. (a) \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

São Paulo, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

Dedico este trabalho ao meu avô Geraldo e à minha Tia Bel, com imenso amor, por tudo que fizeram por mim enquanto caminharam ao meu lado.

## **AGRADECIMENTOS**

Muitos foram os que me ajudaram a chegar até aqui. Seria vã a tentativa de nomear cada um deles, tamanho o apoio que recebi. Por isso decidi concentrar meus agradecimentos em Deus, e em algumas pessoas, que representam para mim tudo aquilo que alguém pode desejar para a vida.

Primeiro, agradeço ao meu avô Geraldo, pelas lições de afeto, carinho e dedicação. Sua existência foi primordial para construir meu lado “humano”. Agradeço, também, à minha tia Bel, por ter me acolhido de coração aberto e me mostrado o lado sutil da vida. Nossa amizade me proporcionou as melhores risadas do mundo, nossa cumplicidade me faz acreditar que, mesmo com Deus, você continua comigo.

Vó Nilva, por propagar tanta energia boa e simplicidade, por continuar prezando pela família e mostrando que se temos uns aos outros, temos tudo. Rafa, por ser meu braço direito, meu irmão e melhor amigo, por estar ao meu lado em todas as ocasiões. E, mãe, pela mulher de garra e de força imensurável que é, por não desistir nunca das suas batalhas e se dedicar, de um jeito singular, aos seus filhos.

Vocês são fundamentais. Devo o que sou a vocês.

Um dos maiores travões aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade. A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade (BECCARIA, 2006).

## RESUMO

A fim de minimizar o problema da superpopulação carcerária, a Lei nº 12.403/11 (Lei das Cautelares) inseriu no ordenamento jurídico as chamadas medidas pessoais cautelares alternativas à prisão. Com a introdução de tais medidas, observada a necessidade para aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal, e a adequação à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, o magistrado deverá observá-las antes de cogitar a aplicação da prisão cautelar, de forma que esta passa a ser a *ratio da ultima ratio*<sup>1</sup>. No entanto, o que se verifica no atual cenário judiciário brasileiro é o excesso de prisão cautelar e pouca aplicação das cautelares alternativas, fazendo com que a prisão, que deveria ser exceção, se torne a regra, contribuindo significativamente para o caótico sistema prisional brasileiro, reconhecido pelo col. STF como “estado de coisas inconstitucional”<sup>2</sup>. Por tais motivos, a aplicação das medidas cautelares alternativas, quando cabíveis, é imprescindível. Neste sentido, existem iniciativas que buscam ampliar a utilização das medidas cautelares, como por exemplo, através da implantação do projeto relacionado às “audiências de custódia” e com a reforma do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário Brasileiro; Prisão; Liberdade; Medidas Cautelares Pessoais; Medidas Cautelares Alternativas.

---

<sup>1</sup> GOMES, Luiz Flávio. Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2012.

<sup>2</sup> STF, Medida Cautelar na ADPF nº 347, Relator: Min. Marco Aurélio, DJe 19.02.16.

## **ABSTRACT**

In order to minimize the problem of prison overcrowding, Law nº 12.403/11 (Cautelar Law) inserted in the legal system the so-called personal precautionary measures alternative to imprisonment. With the introduction of such measures, in view of the need for criminal law enforcement, investigation or criminal investigation, and the adequacy of the crime, circumstance of the fact and personal conditions of the accused, the magistrate must observe them before considering the application of the precautionary prison, so that this becomes the extreme ratio of the last ratio. However, what is happening in the current Brazilian judicial scenario is the excess of precautionary prison and little application of alternative precautionary measures, making the prison, which should be an exception, the rule, contributing significantly to the chaotic Brazilian prison system, recognized by col. STF as "unconstitutional state of affairs". For these reasons, the application of alternative precautionary measures, where appropriate, is essential. In this sense, there are initiatives that seek to extend the use of precautionary measures, such as through the implementation of the project related to "custody hearings" and reform of the Code of Criminal Procedure.

Keywords: Brazilian Penitentiary System; Prison; Liberty; Personal Precautionary Measures; Alternative Precautionary Measures.



## LISTA DE ABREVIATURAS

CF/88	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional Do Ministério Público
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DIPO-SP	Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
LEP	Lei de Execução Penal
PLS	Projeto de Lei do Senado
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

## LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO I — Países Com Maior População Prisional No Mundo

GRÁFICO II — Total de Presos no Brasil: Condenados e Provisórios

GRÁFICO III — Audiência de Custódia em Números (SP)

GRÁFICO IV — Audiência de Custódia em Números (RS)

## SUMÁRIO

RESUMO .....	6
ABSTRACT .....	8
LISTA DE ABREVIATURAS .....	9
LISTA DE GRÁFICOS .....	10
INTRODUÇÃO .....	13
<b>CAPÍTULO 1 — MUDANÇAS INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.403/11 .....</b>	<b>15</b>
1.1 — ANTECEDENTES DA LEI Nº 12.403/11 .....	15
1.2 — PRINCIPAIS ALTERAÇÕES .....	20
<b>CAPÍTULO 2 — APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO .....</b>	<b>24</b>
2.1 — REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO .....	24
2.2 — PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A MEDIDA CAUTELAR .....	27
2.3 — CABIMENTO E CRITÉRIOS DE ESCOLHA DA MEDIDA.....	28
2.4 — CONTRADITÓRIO DA DECRETAÇÃO.....	29
2.5 — DURAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR.....	30
2.6 — DESCUMPRIMENTO, REVOGAÇÃO, SUBSTITUIÇÃO OU CUMULATIVIDADE DAS MEDIDAS.....	31
2.7 — MEIOS DE IMPUGNAÇÃO.....	33
2.8 — DETRAÇÃO PENAL.....	34
2.9 — EXTINÇÃO DA MEDIDA .....	34
2.10 — ROL TAXATIVO .....	35
<b>CAPÍTULO 3 — ESPÉCIES DE CAUTELARES ALTERNATIVAS AO CÁRCERE.....</b>	<b>36</b>
3.1 — COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO, NO PRAZO E NAS CONDIÇÕES FIXADAS PELO JUIZ, PARA INFORMAR E JUSTIFICAR SUAS ATIVIDADES.....	38
3.2 — 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.....	39
3.3 — VEDAÇÃO DE MANTER CONTATO COM DETERMINADA PESSOA QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO DELA PERMANECER DISTANTE .....	40
3.4 — PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA QUANDO A PERMANÊNCIA SEJA CONVENIENTE OU NECESSÁRIA PARA A INVESTIGAÇÃO OU INSTRUÇÃO.....	42

3.5 — RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA QUANDO O INVESTIGADO OU ACUSADO TENHA RESIDÊNCIA DE TRABALHOS FIXOS.....	42
3.6 — SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA QUANDO HOVER JUSTO RECEIO DE SUA UTILIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAS ....	43
3.7 — INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO ACUSADO NAS HIPÓTESES DE CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, QUANDO OS PERITOS CONCLUÍREM SER INIMPUTÁVEL OU SEMI-ININPUTÁVEL E HOVER RISCO DE REITERAÇÃO.....	44
3.8 — FIANÇA, NAS INFRAÇÕES QUE ADMITEM, PARA ASSEGURAR O COMPARECIMENTO AOS ATOS DO PROCESSO, EVITAR A OBSTRUÇÃO DO SEU ANDAMENTO, OU EM CASO DE RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA À ORDEM JUDICIAL .....	45
3.9 — MONITORAMENTO ELETRÔNICO .....	46
<b>CAPÍTULO 4 — ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A EFETIVA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS AO CÁRCERE .....</b>	<b>47</b>
4.1 — TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO .....	47
4.2 — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	49
<b>CAPÍTULO 5 — PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO .....</b>	<b>52</b>
5.1 — APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS POR MEIO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA .....	52
5.2 — O FUTURO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO — O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 156/09.....	59
CONCLUSÃO .....	66
REFERÊNCIAS.....	68

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.403/2011, estatuindo um rol de medidas cautelares criminais, trouxe grandes modificações no cenário da prisão que, até então, vinculava o Poder Judiciário a limites incompatíveis com o direito atual, porque ficava restritivo entre dois extremos: a prisão preventiva e a liberdade provisória. A referida lei ampliou o arsenal de medidas cautelares, instituindo nove diretivas diferentes da prisão cautelar.

Ocorre que, o que se verifica nos tribunais brasileiros é a falta da adequada fundamentação das decisões que convertem a prisão em flagrante em preventiva ou a instituem, muitas vezes, uma fundamentação genérica, não se indicando de que modo e de qual forma, a liberdade do indivíduo colocaria em risco a ordem pública, ou qual a necessidade da prisão concretamente.

Frente às decisões dos Tribunais e à realidade do sistema penitenciário brasileiro, considerado pelo col. Supremo Tribunal Federal como “estado de coisas inconstitucional”, chega-se a duas conclusões: As prisões estão superlotadas, e o encarceramento provisório contribui de forma bastante significativa para o aumento da população carcerária.

A inadequação ao cárcere é mais veemente quando se tem em vista a segregação em caráter provisório, já que submete um indivíduo que tem presunção constitucional de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF<sup>3</sup>) às condições insalubres e odiosas do sistema penitenciário brasileiro, em caráter verdadeiramente antecipado (MINTO, 2014).

O objetivo central do presente trabalho consiste em discutir a aplicação e efetivação de cada uma das medidas pessoais cautelares alternativas, de forma a verificar as dificuldades, cabimento, particularidades, problemas e perspectivas.

---

<sup>3</sup>CF/88, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Para isso, o Capítulo 1 demonstrará os antecedentes da Lei da Cautelares e as principais alterações introduzidas no ordenamento jurídico, de modo a mostrar, principalmente, que a aplicação das medidas cautelares alternativas, quando cabíveis, é imprescindível.

No Capítulo 2 serão desenvolvidos temas no tocante à efetiva aplicação das medidas cautelares, bem como às formalidades e particularidades no Processo Penal.

Já o Capítulo 3 tratará das medidas cautelares em espécie, de modo a explicar no que consiste cada uma das medidas, e seus principais aspectos.

No Capítulo 4 será analisada a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça no tocante às medidas cautelares, mostrando a atual aplicação frente à cultura do encarceramento.

Por fim, no Capítulo 5 serão trazidas as perspectivas de aplicação e efetivação das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão, por meio do denominado projeto “audiência de custódia” e, no futuro, pelas mudanças oriundas da Lei do Senado nº 156/09.

## **CAPÍTULO 1 — MUDANÇAS INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.403/11**

Uma sujeição real nasce mecanicamente de uma relação fictícia. De modo que não é necessário recorrer à força para obrigar o condenado ao bom comportamento, o louco à calma, o operário ao trabalho, o escolar à aplicação, o doente à observação das receitas. BENTHAM se maravilha de que as instituições panópticas pudessem ser tão leves: fim das grades, fim das correntes, fim das fechaduras pesadas; basta que as separações sejam nítidas e as aberturas bem distribuídas. O peso das velhas “casas de segurança” com sua arquitetura de fortaleza, é substituído pela geometria simples e econômica de uma “casa de certeza” (FOUCAULT, 2002).

### **1.1 — ANTECEDENTES DA LEI Nº 12.403/11**

A prisão cautelar, é, sem dúvida, a instituição mais cruel e angustiante no paradoxo dramático de todo o processo penal que, como repetidamente enfatizado, sendo em si mesmo um castigo, se instaura para decidir a final se é o caso de punir (PERTENCE, 2011)<sup>4</sup>.

Nosso Código de Processo Penal, previa em seu nascedouro, como única hipótese cautelar pessoal do processo, a prisão. Esta, poderia decorrer do flagrante, da decretação da prisão preventiva, da decisão de pronúncia, da sentença penal condenatória. Assim, lavrado o auto de prisão, a custódia era automática, ao menos que a infração fosse apenada com multa ou pena privativa de liberdade com máximo inferior a três meses, quando o detido seria posto em liberdade.

A situação carcerária é uma das questões mais complexas e delicadas da realidade. A justiça criminal brasileira, sobretudo quando movida pelos ânimos sociais

---

<sup>4</sup> CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, Prefácio, XIV. Por: J.P. Sepúlveda Pertence.

e opiniões públicas, que rogam por uma resposta momentânea à determinado acontecimento, tende ao cárcere como punição.

A consequência dessa orientação reflete nas condições do sistema penitenciário, o qual foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como violador massivo e persistente de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais e da falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentário, sistema este caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”<sup>5</sup> (STF, Medida Cautelar na ADPF nº 347)

Na oportunidade do julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347, do STF, foi assegurado pelo Min. Edson Fachin que “os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetive — um dia — reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência”.

A situação carcerária que atua no país é herança da ditadura, que esteve no poder de 1964 até 1985. O sistema penitenciário foi completamente envolvido pela política de segurança nacional, vigente à época. A política contribuiu para a superpopulação das cadeias públicas e presídios, pois consistia na contenção da oposição política e da criminalidade a qualquer custo e o encarceramento arbitrário de suspeitos e perseguidos (PEIXOTO, 2017).

A pena privativa de liberdade é a forma mais extremada de controle penal. O regime penitenciário tem por norma regular de modo minucioso todos os momentos da vida do condenado, podendo despersonalizá-lo. A arquitetura prisional visa estabelecer no detento um estado consciente e permanente de visibilidade, de forma a obter controle pleno de suas ações (SHECAIRA, 2004).

---

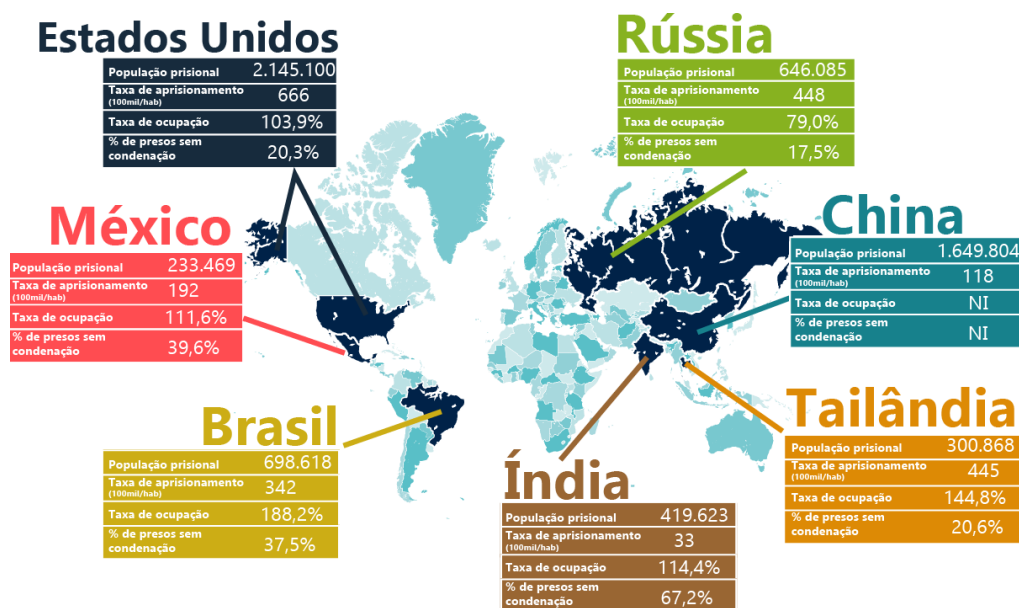
<sup>5</sup> STF, Medida Cautelar na ADPF nº 347, Relator: Min. Marco Aurélio, DJe 19.02.16.



A tendência “humanista” da reforma da legislação penitenciária sofreu grande pressão da opinião pública no início da década de 1990 (ADORNO, 2008), pois a aplicação de penas mais duras aumenta a sensação de segurança por parte da população. Para Foucault, a prisão era uma perfeita instituição disciplinar, que produzia corpos dóceis através de um programa disciplinar sistematizado e da coerção ininterrupta (FOUCAULT, 2012).

A crescente ascensão do cárcere como punição fez crescer, dia-a-dia, a população prisional do país, levando o Brasil a ocupar o terceiro lugar no *ranking* de países com maior população prisional no mundo, perdendo apenas para a China e os Estados Unidos. Tal número poderia ser ainda pior, se não fosse a valiosa mudança trazida pela Lei nº 12.403/11.

### GRÁFICO I. PAÍSES COM MAIOR POPULAÇÃO PRISIONAL NO MUNDO



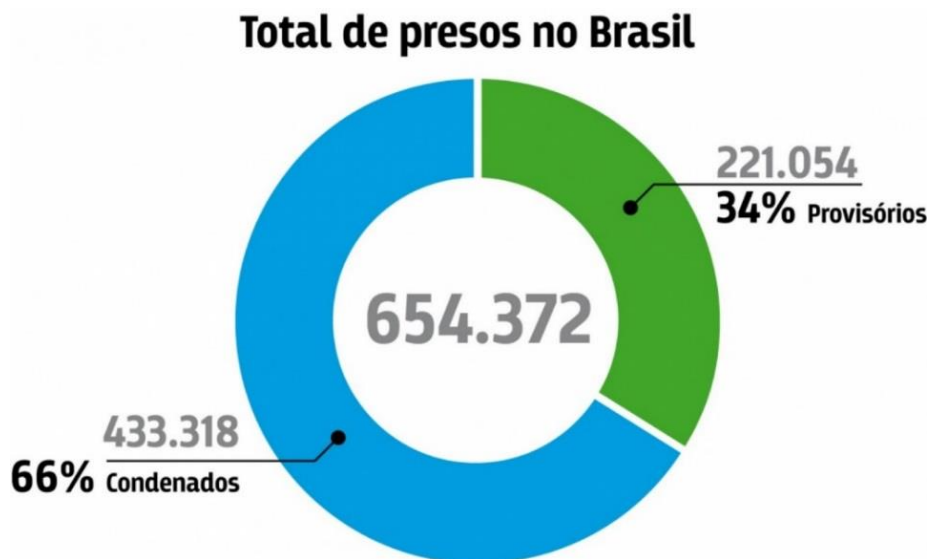
Com o objetivo de conferir maior visibilidade e transparência aos dados do superlotado sistema carcerário brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público –

CNMP<sup>6</sup> – apresentou o Projeto Sistema Prisional em Números, a partir de visitas realizadas pelos membros do Ministério Público do país.

Os dados coletados mostram que no segundo trimestre do ano de 2018 a taxa de ocupação dos presídios brasileiros foi de 163.12%, considerando o total de 1.433 estabelecimentos penais. Do total de 1.433 unidades, morreram presidiários em 221 delas. O sistema mostra ainda, que em 28 estabelecimentos houve registro interno de maus-tratos a presos praticados por servidores e em 246 presídios foi registrada lesão corporal a preso praticada por funcionários. 37,71 % dos estabelecimentos não dispõe de assistência médica. E do total de 654.372 mil presos, 221.054 são presos provisórios.

Pode-se dizer, portanto, que o encarceramento provisório contribui de forma bastante significativa para o aumento da população carcerária.

## GRÁFICO II. TOTAL DE PRESOS NO BRASIL: CONDENADOS E PROVISÓRIOS



Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (Janeiro/2017)

Wagner Ulisses/Arte CNJ

<sup>6</sup> CNMP: Sistema Prisional em Números Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>> Acesso em 26 fevereiro 2019

A prisão provisória ainda é a mais aplicada pelos tribunais brasileiros, fazendo com que o cárcere, que deveria ser exceção, se torne a regra, contribuindo para o caótico e superlotado sistema prisional brasileiro. Há muito tempo, portanto, a sociedade precisa das medidas alternativas à prisão cautelar, já que a segregação em caráter provisório submete, antecipadamente, um indivíduo com presunção constitucional de inocência às condições desumanas e odiosas do cárcere.

Ultimamente, o legislador mostrou-se mais predisposto a tratar melhor do tema, contudo, influenciado mais por motivos econômicos (pois busca reduzir investimentos), do que por valores humanitários albergados pela Carta Magna<sup>7</sup> (MARCÃO, 2012).

Dessa forma, nota-se que a tendência do país é o aumento de prisões. No entanto, estudos realizados pelo CNJ<sup>8</sup> afirmam que o crescente número de prisões não diminuiu o índice da criminalidade, sendo que o Brasil possui 19 cidades tidas como as mais violentas do Planeta. As maiores taxas de homicídios no Brasil ocorrem (em ordem decrescente) em João Pessoa, Maceió, Fortaleza, São Luís, Natal, Vitória, Cuiabá, Salvador, Belém, Teresina, Goiânia, Recife, Campina Grande, Manaus, Porto Alegre, Aracaju, Belo Horizonte, Curitiba e Macapá.

Também de acordo com o CNJ, o Brasil ocupa a 91<sup>a</sup> posição no ranking dos países mais seguros do mundo, o que revelou uma queda de cinco posições em relação à realidade experimentada no ano de 2013 e está atrás de Uruguai, Chile, Argentina, Bolívia, Paraguai, Guiana e Equador. Entre 1990 e 2013, o crescimento da população carcerária no Brasil foi de 507 %, a segunda maior taxa de crescimento prisional do mundo, mas ainda há um déficit de 206.307 vagas no sistema carcerário.

---

<sup>7</sup> MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>8</sup> CNJ: Audiência de Custódia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>> Acesso 06 maio 2019

No ano de 1980 a taxa de homicídios era de 11,7 por 100 mil habitantes. Em 2003 essa taxa chegou a 28,9 homicídios por 100 mil habitantes. Portanto, a criminalidade não diminuiu com o aumento da quantidade de pessoas presas.

Pode-se concluir, portanto, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra em uma situação de extrema preocupação, sobretudo considerando que: A) O Brasil é tido como o terceiro país que mais encarcera no mundo; B) O número de presos provisórios significa mais de 1/3 da população carcerária do país; C) A falta de vagas é flagrante e; D) O sistema penitenciário brasileiro é considerado como violador massivo e persistente de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais e da falência de políticas públicas.

O problema do sistema penitenciário brasileiro exige, portanto, uma atuação conjunta entre os operadores do direito, os legisladores e os gestores públicos, a fim de que se encontrem soluções para evitar o encarceramento em massa.

Uma das possíveis soluções veio com a Lei nº 12.403/2011, a qual incentiva a utilização das medidas cautelares alternativas à prisão cautelar e busca, com isso, dentre outros objetivos, minimizar o problema do encarceramento em massa.

## **1.2 — PRINCIPAIS ALTERAÇÕES**

Nesse cenário de superpopulação carcerária, a Lei nº 12.403/11 transformou inteiramente o sistema de medidas cautelares pessoais alternativas ao cárcere, inserindo uma série de medidas cautelares alternativas entre os extremos da prisão e da liberdade provisória. Tais medidas encontram-se nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, da seguinte maneira: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da Comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória do acusado; fiança; monitoração eletrônica; proibição de ausentar-se do País (MINTO, 2014).

Ademais, a referida lei concretizou no §6º do art. 382 do Código de Processo Penal, a ideia de que a prisão preventiva é uma medida extrema, de caráter subsidiário.

Vale dizer, sempre que eficazes, as medidas alternativas deverão ser aplicadas. Nesse sentido, a jurisprudência do eg. STF:

[...] em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/11, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas substitutivas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais (HC 106446, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 20-09-2011; HC 114098 Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 12-12-2012). (STF, 2ª Turma, HC nº 127.186, rel. Min. Teori Zavascki, 03.08.15)

No mesmo sentido, a jurisprudência do eg. STJ:

Com o advento da sistemática trazida pela Lei n. 12.403/2011, a custódia preventiva deve ser considerada como ultima ratio na busca da eficiência da persecução penal e, portanto, somente poderá ser imposta quando não se mostrar possível a sua substituição por medida cautelar menos gravosa, elencada no art. 319 do CPP. (STJ, HC nº 330.283, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 10.02.15)

A Lei 12.403/2011, para Guilherme de Souza Nucci trouxe mais vantagens que pontos negativos. Atendeu a um reclamo majoritário da doutrina e da jurisprudência pátrias, razão pela qual merece particular atenção por parte dos operadores do Direito, para que seus preceitos sejam, realmente, aplicados (NUCCI, 2014).

No art. 310, o legislador dispôs que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: relaxar a prisão se esta for ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP — e se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão —; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Observa-se aqui, mais uma vez, a persistência do legislador na importância das medidas cautelares diversas da prisão e a subsidiariedade da prisão preventiva. (NUCCI, 2014)

O art. 312 trouxe os requisitos para a aplicação da prisão preventiva — requisitos aplicáveis também às medidas cautelares —, são eles: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. E no parágrafo único dispôs que: a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

No art. 313 do CPC, o legislador dispôs que será admitida a decretação da preventiva: I- nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II- se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, e III- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. E o parágrafo único dispôs que também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Quando o legislador verificar, pelas provas dos autos, ter ocorrido o quanto disposto nos incisos I, II e III do art. 23, do Código Penal — Excludentes de lícitude, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito — A preventiva não deverá ser aplicada, conforme dispõe art. 314, do CPP.

Também mantedor do princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da CF/88), o art. 315, que dispõe: A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Inseridas no art. 319 do Código de Processo Penal, as novas medidas cautelares foram instituídas com o objetivo de substituir a prisão preventiva — conforme dispõe o já citado artigo §6º do art. 282: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Permanece a possibilidade de concessão de liberdade provisória, sem fiança, se o indiciado ou réu apresentar precária situação econômica. As medidas cautelares podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, constituindo instrumento para evitar a prisão cautelar (NUCCI, 2014).

Surge a prisão domiciliar, que será o cumprimento de prisão cautelar em residência para os maiores de 80 anos, debilitados por doença grave, imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos ou com deficiência.

Aumentando o arsenal de possibilidade do cumprimento da prisão cautelar em residência, a Lei nº 13.257/2016, inclui no inciso IV, as gestantes, no V, mulher com filho de até doze anos de idade incompletos e no VI, homem, — caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Para Guilherme Nucci, todos esses fatores são positivos e podem aprimorar, verdadeiramente, o sistema processual penal brasileiro, no cenário da prisão e da liberdade (NUCCI, 2014).

Nesse tocante, com o objetivo de assegurar garantias fundamentais previstas na Constituição da República e nos pactos de Direitos Humanos, o Min. Ricardo Lewandowski, assinou três acordos de cooperação técnica com o ministro da Justiça à época, José Eduardo Cardozo, e o então presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Augusto de Arruda Botelho, para facilitar a implantação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o país, de forma a viabilizar a aplicação de medidas alternativas cautelares, como o uso de tornozeleiras eletrônicas. Tal assunto será tratado posteriormente.

## **CAPÍTULO 2 — APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO**

### **2.1 — REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO**

As medidas cautelares pessoais se destinam à tutela do processo e buscam garantir o seu desenvolvimento, quando este estiver em risco. Conseqüentemente, podem assegurar a eficaz aplicação do poder punitivo, por isso, seu caráter é instrumental. Os requisitos essenciais de aplicação da medida cautelar são: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

O *fumus commissi delicti* se traduz na presença de elementos indicadores da existência de um crime e de sua autoria. Trata-se, na verdade, de um vislumbamento sobre a questão de fundo, onde temos um juízo de mera probabilidade.

No tocante ao *periculum libertatis*, este consiste no risco de que o acusado, em liberdade, possa causar ao processo. Tal perigo está disposto no art. 282, I, do CPP e deve estar atrelado à alguma das hipóteses da primeira parte do artigo 312, do CPP,



quais sejam: “[...] garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

De mais a mais, para além dos requisitos essenciais, o julgador deverá analisar algumas outras exigências, positivadas no art. 282, do CPP: necessidade e adequação.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

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

Não se pode deixar de lado que as medidas cautelares previstas envolvem várias modalidades de restrições à liberdade individual da pessoa. Por essa razão, não podem ser decretadas sem base legal e adequada ao caso concreto, porque acima das regras processuais, encontra-se o já falado princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), que se sobrepõe a qualquer outro princípio. O assunto será abordado no tópico seguinte.

Conforme dispõe a segunda parte do inciso I do art. 282, do CPP, para a aplicação das medidas cautelares, deverá ser observada a necessidade para a aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Em síntese: Garantia da aplicação da lei penal, conveniência da investigação ou instrução criminal e, evitabilidade da prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos.

O estado de inocência pressupõe que eventuais restrições à liberdade do indivíduo sejam, efetivamente, indispensáveis. Eis o primeiro requisito para a aplicação das medidas cautelares: A necessidade.

O que significa dizer: Só será aplicada a medida cautelar se mostrada a sua necessidade ao caso concreto, por meio de decisão com suficiente fundamentação.

O segundo requisito diz respeito à adequação, concernente ao princípio constitucional da proporcionalidade. Observa-se, cada vez mais, a vinculação e a integração entre os princípios constitucionais penais e processuais penais. Agora, há um vínculo entre as medidas cautelares e a proporcionalidade, ou seja, deve-se analisar o fato e seu autor, em detalhes, para aplicar a mais adequada medida cautelar restritiva da liberdade. Cuida-se de uma individualização da medida cautelar, vez que existem várias à disposição do magistrado para a aplicação ao caso concreto.

Logo, o juiz deverá separar todas as medidas previstas no artigo 319 do CPP, adequadas ao fim a que se quer alcançar. Para tanto, [...] basta que se possa estabelecer uma relação de causalidade entre ele [meio] e o fim (ZANOIDE, 2010). Em contrapartida, será inadequada quando inconcebível sua relação de causalidade, completa o autor.

Quanto aos requisitos de adequabilidade, o primeiro deles concerne à gravidade do delito. É preciso avaliá-la de forma concreta. O segundo requisito concerne às circunstâncias do fato, isto é, circunstância que dizem respeito à qualificadoras, privilégios, causas de aumento e de diminuição.

O terceiro e último requisito, diz respeito às condições pessoais do indiciado ou acusado, que consiste no modo de ser do indivíduo, tais como, menoridade relativa ser o indivíduo maior de 70 anos, ser primário ou reincidente, possuir bons ou maus antecedentes, com personalidade não voltada para a prática criminosa, a conduta social do agente, dentre outros.

Em suma: Para que se decrete qualquer medida cautelar deve-se analisar as particularidades do caso, a fim de se buscar o efetivo alcance da medida.

Para Nucci: “A tendência, no âmbito das medidas cautelares, será a prevalência dos casos de urgência ou de perigo na demora (*periculum in mora*), justificando a decretação sem prévia oitiva do indiciado ou réu. Afinal, muitas das medidas substituem a prisão, razão pela qual carregam consigo o mesmo caráter de indispensabilidade” (NUCCI, 2014).

## 2.2 — PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A MEDIDA CAUTELAR

A presunção de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal, interferindo, substancialmente, na limitação do direito de liberdade do cidadão. Quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana (GIACOMOLLI, 2013).

Quando a perspectiva de análise se parte da presunção de inocência, a regra será sempre a manutenção da liberdade, sem restrições. O direito à presunção de inocência constitui o princípio inspirador e dirigente do regime da prisão provisória. O motivado acautelamento processual, nos limites da Constituição — somente no caráter cautelar e vinculado à instrumentalidade processual — é uma consequência da presunção de inocência.

Para Tourinho:

(...) segundo Zavaleta, a prisão provisória é a medida cautelar que mais gravemente lesiona a liberdade individual, pelos intensos sofrimentos físicos, morais e materiais a que sujeita o preso, pela sua irreparabilidade, por sua longa duração e porque fere um homem ainda não definitivamente culpado. Por isso mesmo, desde tempos imemoriais, a prática, os costumes, as legislações, a doutrina e a jurisprudência de todos os países civilizados da Terra vêm incessantemente repetindo sábia expressão, elevado hoje em dia à categoria de inconcusso princípio de Direito Público: não se deve utilizar a prisão provisória senão nos casos de absoluta necessidade. (TOURINHO, 2011).

Atualmente, seu uso punitivo e de incapacitação é uma das características da prisão preventiva. Isso significa que a prisão preventiva não é uma medida provisória de “último recurso”, mas um instrumento para facilitar uma resposta rápida ao crime. Assim, há quem afirme que a presunção de inocência é principalmente retórica e não fornece orientação em como modelar a prática da prisão preventiva<sup>9</sup> (SANGUINÉ, 2014).

No entanto, mesmo que as medidas cautelares não atinjam a liberdade do indivíduo da mesma forma que a prisão preventiva atinge, deverão ser decretadas com os exatos mesmos cuidados da prisão cautelar, exatamente pelo seu caráter cautelar.

### **2.3 — CABIMENTO E CRITÉRIOS DE ESCOLHA DA MEDIDA**

As medidas cautelares diversas da prisão devem cumprir as mesmas finalidades que até hoje vem sendo cumpridas pela prisão cautelar (MINTO, 2014). O artigo 282, I, do CPP, elenca expressamente tais objetivos: garantir a aplicação da lei penal; assegurar a investigação ou instrução criminal e evitar a prática de infrações penais.

Para o Jurista Aury Lopes Jr. a medida cautelar alternativa só pode ser decretada quando cabível a prisão preventiva:

(...) a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação (...) é importante compreender que as medidas do art. 319 têm o caráter substitutivo em relação à prisão preventiva e, portanto, não podem ser desconectadas dos seus limites, requisitos e pressupostos (...) são alternativas à prisão preventiva e devem ser aplicadas com caráter substitutivo, nos limites e casos em que couber aquela (AURY LOPES JR., 2013).

---

<sup>9</sup> SANGUINÉ, Odone. Prisão Cautelar - Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Assim, tanto o requisito do *fumus comissi delicti*, quanto pelos menos um dos fundamentos que justificam o *periculum libertatis*, devem estar presentes para que a medida cautelar alternativa possa ser imposta, como discutido no tópico referente aos requisitos para a decretação.

Ademais, ainda que as medidas cautelares alternativas sejam mais brandas que a prisão cautelar, devem ser analisadas minuciosamente pelo juiz quando da aplicação, de forma a verificar se a situação dos autos requer, de fato, a restrição. Deve-se analisar, portanto, se a medida restritiva se faz necessária e se ela é adequada no caso concreto. Em suma: se a medida alternativa é proporcional em relação à situação fática apresentada, pois qualquer restrição na liberdade do acusado deve ser feita de modo razoável, buscando-se sempre o acerto para tutelar a questão.

As medidas cautelares alternativas podem ser determinadas durante a investigação policial ou no curso do processo penal, conforme o art. 282, §2º, do CPP; no momento da sentença condenatória (art. 387 § único, do CPP) ou da decisão de pronúncia (art. 413, §3, do CPP). Ao receber o auto de prisão em flagrante —o que deverá ser feito até 24 horas após a realização da prisão —, o juiz deverá, de forma fundamentada, relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória (MINTO, 2014).

## **2.4 — CONTRADITÓRIO DA DECRETAÇÃO**

O contraditório e a ampla defesa são constitucionalmente assegurados pelo art. 5º, LV<sup>10</sup>, da CF/88, e por isso o artigo 282, §3º, do CPP dispõe que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

---

<sup>10</sup> Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Conforme verifica-se do art. 282, descarta-se a intimação em duas exceções: 1) casos de urgência; 2) perigo de ineficácia da medida caso se aguarde a prévia intimação da parte contrária. Nas referidas hipóteses, o contraditório é diferido para momento posterior.

Para Guilherme de Souza Nucci: “Nada impede, por razoável, a instauração do contraditório diferido, ou seja, depois da decretação da medida cautelar, considerada urgente, pode o indiciado ou réu manifestar-se, pleiteando a sua revogação (NUCCI, 2014). É o que espelha o § 5.º do art. 282”

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

## **2.5 — DURAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR**

O legislador não trouxe o prazo máximo de duração da medida cautelar alternativa, o que, evidentemente, pode levar o judiciário ao cometimento de excessos nesse tocante.

Todavia, não se pode admitir que elas durem todo o processo, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, duração razoável do processo e o próprio caráter provisório das medidas. Por isso, deve o magistrado, à luz da razoabilidade e proporcionalidade, verificar se houve ou não excesso de prazo.

No julgamento *habeas corpus* nº 90.617/PE em 30.10.07, o eg. STF fixou algumas balizas no tocante à alegação de excesso de duração das medidas cautelares, sustentando o deferimento da ordem de somente em hipóteses excepcionais, nas quais a mora processual: a) seja decorrente de diligências suscitadas pela atuação da acusação; b) resulta da inércia do próprio aparato judicial em atendimento ao princípio da razoável duração do processo, nos termos do art. 5º,

LXXVIII; e, por fim, c) seja incompatível com o princípio da razoabilidade, ou, quando o excesso de prazo seja gritante.

No STF, é firme a jurisprudência no sentido de que, “com o fim da instrução criminal, não há falar em sua conveniência para manter a prisão preventiva (...)”. (HC nº 87730, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.06.06).

Ainda, como assevera o Prof. Aury Lopes Jr. “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” (AURY LOPES JR., 2012). Daí porque “sendo muito natural que ocorram fatos novos durante a investigação ou instrução, e as situações que ensejam a decretação de uma determinada medida cautelar possam sofrer modificações substanciais, o legislador faz menção à possibilidade de revogação ou substituição da medida, prevendo também que o juiz possa dotá-la novamente.<sup>11</sup>”

## **2.6 — DESCUMPRIMENTO, REVOGAÇÃO, SUBSTITUIÇÃO OU CUMULATIVIDADE DAS MEDIDAS**

O descumprimento de uma medida cautelar alternativa, analisado o caso concreto, permite ao Juiz substituí-la por alguma outra mais eficiente, cumular com alguma outra ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. No entanto, a decretação da prisão preventiva é a última opção, conforme artigo 282, §4º do CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

---

<sup>11</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães; PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e FERNANDES, Og. Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas Alternativas. São Paulo: RT, 2011.

Para o advogado Alberto Zacharias Toron:

O legislador de 2011 cuidou de deixar bem pontuado o caráter de último recurso da prisão preventiva para evitar automatismos incomparáveis com a presunção de inocência ou para forçar uma mentalidade menos aprisionadora de modo a conjugar menos intervenção com mais eficácia. Portanto, o juiz, ao se deparar com a quebra de uma medida cautelar para validamente impor a prisão preventiva deverá fazê-lo fundamentadamente, demonstrando a indeclinabilidade da medida (TORON, 2018).

No tocante à revogação da medida, se dará quando cessados os pressupostos de aplicação, quais sejam, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Nos termos do artigo 282, §5º, do CPP, “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

O juiz também poderá modificá-la em razão de uma reavaliação da relação de necessidade, adequação e proporcionalidade, com base nos fatos preexistentes.

Para Guilherme Nucci: “(...) mesmo que a revogue, não poderia decretar, de ofício, a prisão preventiva, pois não há previsão legal para tanto. Resta-lhe substituir por outra, considerada mais eficiente” (NUCCI, 2014).

No que atina à substituição da medida cautelar, Gustavo Badaró<sup>12</sup> entende que a substituição poderá ocorrer nos casos em que haja simples alteração do estado de fato (por exemplo, o acusado muda de emprego, e a nova atividade exige constantes viagens para outras cidades, tendo-lhe sido imposta a proibição de ausentar-se da comarca), ou da situação processual, por exemplo, já ter sido ouvida a testemunha em relação a qual se impôs ao acusado a proibição de manter contato (BADARÓ, 2018).

---

<sup>12</sup> TORON, Alberto; BADARÓ, Gustavo; MAGALHÃES, Antônio. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.



Para o autor, ainda poderá ser substituída a medida cautelar, “caso surjam novas provas que alterem a convicção judicial sobre o *fumus commissi delicti* (por exemplo, substituir a fiança pela liberdade provisória sem fiança do art. 310, parágrafo único, se surgirem provas de que o fato foi praticado em situação de excludente de ilicitude) ou de *periculum libertatis* (por exemplo, substituir a proibição de ausentar-se do país por uma fiança elevada, caso o acusado adquira uma aeronave helicóptero, dando sinais de que poderia fugir).

Ademais, conforme dispõe o artigo 282, §1º do CPP: § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Assim, não sendo o caso de prisão preventiva, tendo em vista as finalidades das cautelares de assegurar a instrução processual ou de garantir a aplicação da lei penal, podem ser atingidas, de forma adequada, pela imposição de uma medida cautelar diversa da prisão, ou mais de uma delas, de forma cumulativa.

## **2.7 — MEIOS DE IMPUGNAÇÃO**

No tocante aos meios de Impugnação, conforme prevê o art. 581, V, do CPP, caberá recurso em sentido estrito da decisão que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante.

Assim, como as medidas cautelares alternativas à prisão são hipóteses de liberdade provisória, caberá recurso em sentido estrito da decisão que concedê-las.

Ademais, poderá ser usada a via do *habeas corpus* em casos de flagrante ilegalidade atinentes às medidas cautelares, por exemplo, excesso de prazo, indeferimento da substituição da prisão por medida cautelar alternativa, falta de fundamentação, dentre outros.

## **2.8 — DETRAÇÃO PENAL**

Quanto à possibilidade de detração, Guilherme de Souza Nucci entende pela possibilidade de se utilizar a medida cautelar alternativa para tal efeito *se e somente se* a pena aplicada for idêntica à cautelar experimentada pelo acusado. Exemplo: aplicada a medida cautelar de proibição de frequentar lugares, seguida pela pena restritiva de direitos de proibição de frequentar lugares, por óbvio, há que se operar a detração. Afinal, o réu não deve cumprir duas vezes a mesmíssima restrição. Seria um inadmissível *bis in idem* (NUCCI, 2014),

Entende ainda que, se a medida cautelar restringe algum direito, como a proibição de manter contato com pessoa determinada, seguindo-se pena privativa de liberdade, em qualquer dos regimes (fechado, semiaberto ou aberto), inexistente palco para a detração. São sanções penais completamente diversas, não se podendo compensá-las (NUCCI, 2014).

Por fim, caso a medida cautelar estabelecida pelo magistrado for considerada mais grave que a própria pena, pode-se, também, falar em detração, por analogia *in bonam partem*. É o que temos defendido quando o acusado enfrenta um período de prisão cautelar, para, ao final, ser apenado ao pagamento de multa. Não há sentido algum em lhe cobrar a sanção pecuniária se o pior já lhe adveio, que foi a prisão.

## **2.9 — EXTINÇÃO DA MEDIDA**

A extinção das medidas alternativas ocorrerá automaticamente em caso de arquivamento do inquérito policial, de rejeição da denúncia, de extinção da

punibilidade ou, ainda, de absolvição do acusado, conforme prevê o artigo 386, § único, II, do CPP:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;

Também, a extinção poderá decorrer do término da instrução, conforme art. 319, IV, do CPP. Contudo, é possível que a medida alternativa à prisão decretada em primeira instância, após sentença condenatória proferida, continue a ser aplicada, desde que haja necessidade e o juiz a mantenha na sentença (art. 387, parágrafo único, do CPP). Nesse caso, com a remessa dos autos ao Tribunal, será este quem decidirá sobre quaisquer incidentes relativos à medida cautelar<sup>13</sup> (MENDONÇA, 2011).

A medida poderá também ser extinta se verificada a necessidade de decretação da prisão preventiva, se houver descumprimento injustificado da medida — sem prejuízo de substituição por outra —, e quando o agente passar a cumprir efetivamente a pena que lhe fora imposta, nos casos de condenação transitada em julgado ou execução provisória da pena.

## **2.10 — ROL TAXATIVO**

Neste tópico, discute-se o “poder geral de cautela do juiz”. Há dois posicionamentos doutrinários antagônicos.

O primeiro posicionamento é no sentido de que existe o poder geral de cautela no processo penal. Desta forma, poderá o juiz determinar outras medidas cautelares além das elencadas no artigo 319, do CPP, como por exemplo: a proibição de

---

<sup>13</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. São Paulo: Método, 2011.

comunicação telefônica, vedação à utilização de internet, a entrega de armas ou instrumentos vulnerantes, a suspensão do pátrio poder, entre outros.

Em sentido contrário, o entendimento de que o magistrado, no processo penal, não possui o poder geral de cautela, pois somente pode decretar aquelas medidas que estão, de forma expressa, previstas em lei, em razão do princípio da estrita legalidade e da tipicidade das medidas cautelares.

Tendo em vista que Processo Penal é um instrumento que limita o poder punitivo estatal, entendemos pela observância da legalidade e da tipicidade processual, para qualquer restrição a algum direito do indivíduo, sobretudo, o da liberdade.

O extenso rol das medidas cautelares diversas da prisão trazidas pelo CPP torna vã a criatividade judicial de imaginar outras medidas não previstas em lei. Isto porque se essas medidas não forem suficientes, sejam aplicadas isolada ou cumulativamente, será mesmo o caso de se recorrer à medida extrema, de *ultima ratio*, que é a prisão (MINTO, 2014).

Para o jurista Aury 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 processo." (AURY LOPES JR., 2017)

Portanto, conclui-se que no Processo Penal, não existe o poder geral de cautela, de modo que o magistrado só poderá aplicar as medidas cautelares previstas na legislação. Trata-se, portanto, de rol taxativo.

### **CAPÍTULO 3 — ESPÉCIES DE CAUTELARES ALTERNATIVAS AO CÁRCERE**

A Lei nº 12.402/11 trouxe a previsão das medidas alternativas ou substitutivas ao encarceramento cautelar. Diferente do que ocorria Código de Processo Penal

antes da nova lei – em que o legislador consagrava o critério do “*tudo ou nada*”<sup>14</sup>, agora abriram-se possibilidades de restrição cautelar, de forma que a prisão passa a ser medida de *extrema ratio*, justificável apenas quando não cabível restrição menos gravosa.

Pode-se afirmar que, mesmo antes da Lei nº 12.403/11, o Código de Processo Penal já previa medidas cautelares pessoais. A aplicação dessas medidas ocorria em substituição à prisão em flagrante e poderia ser feita das seguintes formas: i) concessão da liberdade provisória sem pagamento de fiança e sem vinculação ao processo; (ii) concessão de liberdade provisória sem pagamento de fiança, mas com vinculação ao processo, impondo-se a obrigação de comparecimento a todos os atos deste; (iii) concessão de liberdade provisória com pagamento de fiança e com vinculação ao processo, impondo-se a obrigação de comparecer a todos os atos processuais de comunicar ao juízo mudanças de residência; (iv) decretação da prisão preventiva caso os requisitos legais se façam presentes<sup>15</sup>.

Como citado anteriormente, com o advento da Lei nº 12.403, as medidas cautelares diversas da prisão trouxeram enorme avanço para o direito criminal brasileiro, isso porque, além de significarem um ponto de equilíbrio entre dois extremos, se coadunam com o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF),.

Para o eg. STJ: “Com a inovação legislativa introduzida pela Lei 12.403/2011, o Código de Processo Penal passou a capitular diversas providências substitutivas à prisão, sendo essa aplicada apenas quando aquelas não se mostrarem suficientes à repressão e a reprovabilidade do delito.” (HC 219.101/RJ, 5.ª.T., v.u., rel. Min. Jorge Mussi, 10.04.2012).

---

<sup>14</sup> TORON, Alberto; BADARÓ, Gustavo; MAGALHÃES, Antônio. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Sendo assim, as medidas alternativas constituem, como o próprio nome diz, meios alternativos que só deverão ser utilizados quando houver real necessidade. As medidas previstas no, como vimos, rol taxativo<sup>16</sup> do 319 e objeto de estudo do presente capítulo são: 1) Comparecimento periódico em juízo; 2) Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; 3) Vedação de manter contato com determinada pessoa; 4) Permanência na Comarca; 5) Recolhimento domiciliar; 6) Suspensão do Exercício da função pública ou de atividade; 7) Internação Provisória; 8) Fiança; e 9) Monitoramento eletrônico.

### **3.1 — COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO, NO PRAZO E NAS CONDIÇÕES FIXADAS PELO JUIZ, PARA INFORMAR E JUSTIFICAR SUAS ATIVIDADES**

O comparecimento periódico em juízo veio na Lei nº 12.403, mas não significou novidade no sistema penal. O art. 89, §1º, IV da Lei nº 9.099/95<sup>17</sup> já previa sua aplicação como uma condição para suspensão condicional do processo.

No entanto, diferente do que ocorre na Lei dos Juizados Especiais, no qual o legislador fixou o comparecimento mensalmente, o art. 319, I, do CPP, deixou ao magistrado a fixação de prazos e requisitos de comparecimento.

Essa primeira medida cautelar alternativa à prisão, prevista no artigo 319, I, do CPP, consiste no comparecimento pessoal do acusado em juízo em prazo e condições fixadas pelo magistrado, onde informará o endereço em que está residindo, se está ou continua empregado e assinará declaração de comparecimento, que poderá ser controlado facilmente pelos serventuários da secretaria do juízo.

---

<sup>17</sup>Lei nº 9.099/95 - Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Embora não haja definição específica da finalidade da medida, em tese, o comparecimento periódico a juízo poderá cumprir as finalidades de cautelar instrumental e de cautelar final, segundo a regra geral do art. 282, caput, I, 1ª parte, do CPP.

A princípio, é possível impor que alguém compareça periodicamente a juízo com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal (cautela final) (...) Também seria possível que essa medida tivesse finalidade, ainda que mediata, de uma cautela instrumental, assegurando a realização de meios de prova: seria mais fácil encontrar e intimar o acusado para atos processuais cuja realização exija sua presença<sup>18</sup>.

Ou seja, a cautelar de comparecimento vincula o acusado ao processo, sendo pertinente sua aplicação principalmente em casos em que o réu não possui vínculo com o distrito da culpa e poderia facilmente empreender fuga. Ademais, serve para acompanhar todo o caminho percorrido pelo acusado e, apesar de ser uma medida, em tese, branda, é altamente eficiente para casos em que seja necessário o monitoramento do acusado.

### **3.2 — 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**

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares está prevista no inciso II, do artigo 319 do CPP. Essa medida cautelar determina que, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante de determinados locais para evitar o risco de novas infrações.

---

<sup>18</sup> TORON, Alberto; BADARÓ, Gustavo; MAGALHÃES, Antônio. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Deve-se haver nexos entre o local que será proibido de ser frequentado e o crime cometido pelo acusado, ou seja, o local deve guardar correspondência com o fato praticado, tudo para que se evite a reiteração da conduta delituosa ou cometimento de outros crimes. A delimitação, no entanto, deve ser precisa, para não haver infrações induzidas pela dúvida e por ilações.

É comum ser impedido o acesso à bares, botecos, baladas e locais de alto consumo de bebida alcoólicas, em particular quando o juiz rotula a pessoa como agressiva, cuja prática delituosa foi ocasionada por embriaguez.

Faz-se necessário distinguir o acesso da frequência. O acesso é a ação de entrar em determinado lugar, já a frequência traduz a ideia de repetição sistemática de um fato ou comportamento num lugar específico. Percebe-se, então, que a vedação do acesso é mais grave. Assim, dependendo das circunstâncias fáticas, bem como, dependendo do risco de cometimento de novas infrações, o juiz determinará o quanto necessário para o caso.

Para Guilherme de Souza Nucci, representa um autêntico desastre em matéria de política criminal, pois denota consagrada inutilidade e ausência de compromisso com o sistema penal eficiente. Quase impossível de ser fiscalizada (NUCCI, 2017).

A referida medida cautelar tem, para muitos doutrinadores, abrangência para o afastamento do lar, já previsto na Lei Maria da Penha e Lei dos Juizados Especiais. Ou seja, há a possibilidade de que o acusado se afaste do próprio lar quando se tratar de crimes cometidos no ambiente doméstico familiar e haja coabitação com a vítima do delito.

### **3.3 — VEDAÇÃO DE MANTER CONTATO COM DETERMINADA PESSOA QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO DELA PERMANECER DISTANTE**



Inserida no inciso III do artigo 319, essa medida vem, principalmente, proteger a vítima do delito, na maioria das vezes quando se trata de crime cometido com violência ou grave ameaça. Aqui, cita-se, por exemplo, o crime de lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal, tentativa de homicídio, também nos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica.

Tal medida objetiva impedir situações, por exemplo, em que o contato do acusado com determinada pessoa frustrasse a investigação do caso; proteger determinadas pessoas como a vítima ou até mesmo testemunhas.

A distância que é tratada nesse inciso, não se refere apenas à distância física (em quilômetros) mas também a proibição de contato por redes sociais, telefone, e-mail, whatsapp etc.

Para Guilherme Nucci, sua aplicação é de extrema utilidade, contanto com o fato de ser interessada a pessoa em relação à qual deve o acusado distanciar-se; ela mesma pode comunicar ao magistrado do processo a infringência da medida cautelar (NUCCI, 2017).

Faz-se imprescindível sua aplicação quando o crime envolver a Lei Maria da Penha ou crimes sexuais, isso porque são crimes em que se recomenda o afastamento do agressor da vítima. As medidas da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) podem ser aplicadas em conjunto com as outras medidas previstas no artigo 319 do CPP.

Mais uma vez, necessário se faz que seja justificada a referida medida às circunstâncias atinentes ao fato criminoso. Precisa haver nexos causal entre o ocorrido e o que se busca evitar.

### **3.4 — PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA QUANDO A PERMANÊNCIA SEJA CONVENIENTE OU NECESSÁRIA PARA A INVESTIGAÇÃO OU INSTRUÇÃO**

Prevista no inciso IV do artigo 319 do CPP, essa medida busca, primordialmente, evitar a fuga do acusado do distrito da culpa.

Frisa-se que a proibição de afastamento não é do município em que reside o acusado, mas sim da comarca. A lei fixa como condição a esta medida, a conveniência ou necessidade para investigação ou instrução processual.

Quando aplicada à determinado caso, caso haja necessidade de o acusado ausentar-se da comarca, deverá informar ao juízo competente, por meio de petição devidamente instruída com documentos comprobatórios, a fim de que não indique risco caso o juiz defira o pedido do acusado.

Conforme prevê o referido inciso, a proibição ocorre quando a permanência na comarca seja conveniente para a investigação ou instrução criminal. Assim, cessado o motivo que ensejou a aplicação da referida medida, esta deverá ser revogada.

### **3.5 — RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA QUANDO O INVESTIGADO OU ACUSADO TENHA RESIDÊNCIA DE TRABALHOS FIXOS**

O recolhimento domiciliar está previsto no inciso V do artigo 319 do CPP e consiste em determinar a permanência do acusado em domicílio no período noturno e folgas, quando o acusado tiver residência e trabalho fixos.

Tal medida pode ser aplicada, especialmente, à situação em que a privação do trabalho traria prejuízo não só ao réu, mas também aos que dependem de seu trabalho para sobreviver, de forma que não acarrete prejuízo à família e dependentes do acusado.

A imposição do recolhimento domiciliar exige que se comprove a prova da residência e trabalho fixo; o que traz a presunção de que o indiciado não está praticando atos indicativos de fuga, garantindo, assim, a aplicação da lei penal.

Existem no ordenamento jurídico penal brasileiro dispositivos semelhantes ao recolhimento domiciliar, mas que não se confundem com a medida cautelar. São eles: a prisão cautelar domiciliar prevista no artigo 317 do CPP – que é medida substitutiva de prisão preventiva cabível quando presentes as hipóteses do artigo 318 do CPP, e que pressupõe o recolhimento em domicílio em período integral; Há também a limitação de finais de semana, inserida no artigo 43, VI, do CP, que é pena restritiva de direitos; Recolhimento do preso no período noturno e nos dias de folga, medida prevista no artigo 36, §1º, do CP, dentro das regras do regime aberto, repouso noturno no regime fechado (artigo 34, §1º, do CP) e no crime de furto com aumento de pena – artigo 155, §1º. Ainda há recolhimento à habitação em hora fixada, como condição ao livramento condicional (artigo 132, §2º, b, da LEP).

### **3.6 — SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA QUANDO HOVER JUSTO RECEIO DE SUA UTILIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS**

Para Guilherme de Souza Nucci, a suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira correlaciona-se à pena restritiva de direitos de igual matiz. Esta, porém, é pesarosa e inútil, pois proíbe o condenado de exercer trabalho honesto. No entanto, a medida cautelar, prevista no inciso VI do artigo 319 do CPP é eficiente especialmente porque evita-se a prisão preventiva, em particular nos casos de crimes econômico-financeiros (NUCCI, 2017).

A função pública está ligada ao funcionalismo público em geral, enquanto a atividade de natureza econômica e financeira ao particular dentro das empresas privadas. A medida depende de justo receio da prática de novos ilícitos. O pressuposto para a decretação dessa cautelar é a possibilidade de o agente utilizar

sua função para a prática de novas infrações. Por isso, essa medida tem finalidade de garantir a preservação da ordem econômica.

Assim como as outras medidas cautelares, deverá haver para aplicação dessa medida, o nexo causal entre o delito praticado e a necessidade da medida de suspensão da função.

Essa medida não pode ensejar prejuízos ao recebimento de vencimentos, inclusive em razão do princípio da presunção de inocência. Isso porque, devemos sempre lembrar, que se trata de medida cautelar.

Caso decretada, o juiz deverá avisar de forma imediata o órgão público ao qual o acusado é vinculado, de forma a não ofender a continuidade dos serviços, inerente às atividades da Administração Pública.

### **3.7 — INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO ACUSADO NAS HIPÓTESES DE CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, QUANDO OS PERITOS CONCLUÍREM SER INIMPUTÁVEL OU SEMI-ININPUTÁVEL E HOVER RISCO DE REITERAÇÃO**

A medida de internação provisória está prevista no inciso VII do artigo 319. Os inimputáveis e semi-imputáveis quanto cometem delitos com violência ou ameaça, precisam ser recolhidos, não sendo cabível aguardar o término do processo para que seja instituída a medida.

Assim que decretada tal medida, se preciso, se realizará o exame de insanidade mental, ficando-se a indispensabilidade da internação provisória, a ser decretada pelo juiz.

O inciso VII do artigo 319, no qual a medida está inserida, prevê também a existência do risco de reiteração, o que, para Guilherme Nucci (NUCCI, 2017), representa a quase totalidade das hipóteses de inimputáveis ou semi-imputáveis, que

praticam fatos violentos. Esse risco, em verdade, advém da periculosidade do agente, algo inerente à doença mental.

Ao contrário das demais medidas, a internação provisória é medida cautelar privativa de liberdade, e somente cabível após iniciado o processo penal, já que o dispositivo se refere, de forma expressa, ao “acusado”.

Embora a lei não se pronuncie expressamente, por analogia ao artigo 96, II, do CP, a internação deverá ocorrer em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, em estabelecimento adequado, como hospital particular especializado. Em qualquer tempo poderá ser realizada nova avaliação pericial para que se verifique a necessidade de que o acusado permaneça com a referida medida ou se é necessária à sua adequação.

### **3.8 — FIANÇA, NAS INFRAÇÕES QUE ADMITEM, PARA ASSEGURAR O COMPARECIMENTO AOS ATOS DO PROCESSO, EVITAR A OBSTRUÇÃO DO SEU ANDAMENTO, OU EM CASO DE RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA À ORDEM JUDICIAL**

O inciso VIII do artigo 319, do CPP, estabelece a fiança restritiva como medida cautelar diversa da prisão.

Já a fiança como medida cautelar do art. 319 do CPP pode ser aplicada na fase de investigação ou na fase processual, mesmo para aquele que não sofreu qualquer privação de liberdade. Desta feita, é possível que, mesmo depois de decretada a prisão preventiva por ocasião do art. 310 ou durante o processo, o juiz reconsidere a respeito da necessidade e utilidade do encarceramento, ocasião em que poderá fazer cessar a privação cautelar da liberdade e aplicar a fiança (MARCÃO, 2012)

Tal medida consiste em depositar determinado valor em dinheiro (ou objetos, pedras preciosas, metais preciosos etc.) com objetivo de assegurar que o acusado responda ao processo em liberdade, vinculando-o pela imposição das obrigações.

Ressalta-se, que a Lei nº 12.403/11 foi inovadora ao estabelecer que o dinheiro ou objeto valioso depositado como fiança servirá ao pagamento de custas, indenização, prestação pecuniária e multa, se o réu vier a ser condenado.

Um ponto importante na aplicação da fiança diz respeito à fixação do valor da fiança e se o acusado realmente poderá pagá-la, sob pena de se tornar a medida um instrumento para inviabilizar a liberdade provisória.

### **3.9 — MONITORAMENTO ELETRÔNICO**

O monitoramento na Lei de Execuções Penais é chamado de “monitoramento-sanção”, e o sistema é conhecido como *back-door*, pois visa retirar antecipadamente do sistema carcerário aquelas pessoas presas que possuam condições de terminar de cumprirem a pena longe do cárcere.

Com a Lei nº 12.403/11, o monitoramento eletrônico foi introduzido no artigo 319, em seu inciso IX. Com isso, a lei adotou o sistema *front-door*, que busca evitar o ingresso do agente no cárcere.

A medida consiste na fixação de dispositivo no corpo da pessoa, o qual indicará a sua localização geográfica, permitindo o controle de seus atos fora do cárcere.

Tal medida pode ser aplicada isoladamente ou cumulativamente com outras medidas alternativas à prisão – sendo a monitoração eletrônica compatível com algumas medidas, tais como, a prisão em domicílio, proibição de frequência a determinados lugares, proibição de contato com determinada pessoa, proibição de ausentar-se da comarca e recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga.

## **CAPÍTULO 4 — ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A EFETIVA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS AO CÁRCERE**

### **4.1 — TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) no ano de 2014, publicou o relatório de um projeto nomeado “SOS Liberdade” que reúne dados sobre a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, pelo judiciário da capital paulista. O projeto consistiu na verificação do impacto da Lei nº 12.403/11 no Judiciário Paulista, em especial no uso abusivo da prisão preventiva.

O estudo se desenvolveu a partir de 537 presos provisórios no CDP I de Pinheiros, e posterior assistência *pro bono* aos acusados que não tinham advogados.

A maioria dos casos analisados pelo projeto versava sobre o crime de furto, tentado ou consumado, simples ou qualificado. Foram analisadas as decisões proferidas pelos Juízes do DIPO-SP, principalmente no tocante à legalidade da prisão em flagrante e se havia, de fato, necessidade de sua conversão em prisão preventiva. Também, foram analisadas as decisões judiciais proferidas pelos magistrados atuantes nas varas criminais, relativas aos pedidos de liberdade formulados pelos advogados no IDDD. Verificou-se que: se foi concedida a liberdade; se foi mantida a custódia provisória ou, se foi decretada outra medida cautelar alternativa. De igual forma, verificou-se o argumento utilizado pelo magistrado para fundamentação as decisões e; quando aplicadas as medidas alternativas, qual a modalidade mais escolhida.

No total de 344 decisões, constatou-se que em 171 delas converteram a prisão em flagrante em preventiva (49,71%), 154 aplicaram medida cautelar alternativa (44,77%) e em apenas 15 casos, o acusado foi colocado em liberdade.

Após o oferecimento da denúncia, das 171 prisões, constatou-se que foi mantida a custódia cautelar em 57 delas (33,33%). Em 32 casos (18,71%), concedida

a liberdade provisória e, em 17 casos, aplicou-se medida cautelar alternativa ao cárcere (9,94 %). Em 51 casos (29,82%) não houve manifestação judicial e, nos 14 casos restantes (8,19%), estava pendente de decisão.

Dos dados coletados, pode-se dizer que não obstante a Lei nº 12.403/11 ter trazido várias medidas cautelares alternativas, a prisão cautelar ainda continua predominante nas decisões judiciais.

No tocante aos fundamentos utilizados para a decretação da prisão preventiva, ficou constatado que em 36% do total dos 344 casos, no DIPO-SP, utilizou-se o fundamento da “garantia da ordem pública”. O mesmo se verificou nas varas singulares, em 33,33% dos casos.

Já nas decisões que converteram a prisão em flagrante em preventiva, o argumento utilizado foi o relativo aos antecedentes do acusado, tanto no DIPO-SP quanto nas varas singulares.

Quanto aos casos em que foram aplicadas medidas cautelares alternativas do DIPO-SP, em 33% deles, escolheu-se a fiança. Nesse tocante, importa consignar o quanto destacado no tocante ao perfil socioeconômico dos entrevistados: 9% declararam não possuir renda e 75% possuíam renda de até três salários mínimos.

Nas varas singulares, houve maior flexibilidade e disposição na aplicação das medidas alternativas e diversas da fiança.

O instituto concluiu que mesmo após o advento da Lei, a prisão revela-se predominante no judiciário da capital paulista; e listou como possíveis soluções a criação de mecanismos como a introdução de audiência de custódia no CPP e a preferência pela adoção de medidas alternativas, sobretudo na primeira prisão.

Apesar dos números trazidos pelo IDDD, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entende a prisão como exceção no sistema. Confira-se:



“Tráfico ilícito de entorpecentes. Conversão da prisão em flagrante em preventiva – Vedação da liberdade provisória aos flagrados pelo crime de tráfico declarada inconstitucional pelo Pleno do STF (HC 104.339/SP, j. 10.05.2012) Análise da prisão cautelar sob o enfoque do art. 312, CPP, sob a ótica da Lei 12.403/2011 – Prisão cautelar que se mostra como exceção no nosso sistema – Inexistência de elementos que, concretamente, justifiquem a prisão preventiva Liberdade provisória concedida.” (TJSP, HC 0151464-57.2012.8.26.0000-SP, 16.<sup>a</sup> Câ. Dir. Crim., rel. Newton Neves, 05.09.2012).

E quando ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva: “(...) de rigor o deferimento da liberdade provisória, sem fiança, mediante a imposição de medidas cautelares, nos termos do artigo 319, incisos I, II, IV e V, do Código de Processo Penal, com sua nova redação dada pela Lei 12.403/2011.” (TJSP, HC 0139079-77.2012.8.26.0000-12.<sup>a</sup> Câ. Dir. Crim., rel. Paulo Rossi, 05.09.2012).

## 4.2 — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Superior Tribunal de Justiça, a Secretaria de Jurisprudência, mediante pesquisa na base de julgados, divulgou o resumo de algumas teses sobre cautelares que vem sendo adotados pelo Superior Tribunal e que sevem como orientação às instâncias inferiores. São elas<sup>19</sup>:

(i) As medidas cautelares diversas da prisão, ainda que mais benéficas, implicam em restrições de direitos individuais, sendo necessária fundamentação para sua imposição.

No tocante à orientação (i), o eg. STJ entende que, nas medidas cautelares alternativas, também há restrição de direitos individuais, fazendo-se necessária, portanto, fundamentação para sua imposição.

---

<sup>19</sup>STJ, Jurisprudência em Teses – Prisão Preventiva <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2032%20-%20PRIS%C3%83O%20PREVENTIVA.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2032%20-%20PRIS%C3%83O%20PREVENTIVA.pdf)> Acessado em 07 maio 2019.

(ii) Os fatos que justificam a prisão preventiva devem ser contemporâneos à decisão que a decreta.

Aqui, o Tribunal entende só ser possível a aplicação da preventiva quando os fatos forem contemporâneos à decisão que a decreta. De forma que a passagem do tempo evidencia a desnecessidade da medida.

(iii) A alusão genérica sobre a gravidade do delito, o clamor público ou a comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva.

(iv) A prisão cautelar deve ser fundamentada em elementos concretos que justifiquem, efetivamente, sua necessidade.

Nos tópicos *iii* e *iv* verifica-se a importância da fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva, no caso concreto. Meras ilações não constituem fundamentação idônea.

(v) Não pode o tribunal de segundo grau, em sede de habeas corpus, inovar ou suprir a falta de fundamentação da decisão de prisão preventiva do juízo singular.

Aqui, afirma-se a tese de impossibilidade de inovação dos fundamentos ensejadores da prisão cautelar. Ou seja, o tribunal deverá limitar-se aos fundamentos da decisão originária e não suprir ou inovar a fundamentação para possibilitar a aplicação da prisão.

(vi) A segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no tocante aos crimes de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico, e o decreto de prisão processual exige a especificação de que a custódia atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse tópico entende-se pelo caráter excepcional da prisão cautelar. Sendo que, mesmo no tocante aos crimes de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico, exige-se especificação de que a custódia atende os requisitos do art. 312 do CPP.

Por outro lado, também entende que:

(vii) As condições pessoais favoráveis não garantem a revogação da prisão preventiva quando há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia.

Aqui, entende que, as condições pessoais favoráveis, não podem, *per si*, garantir a revogação da Prisão Preventiva, se houver elementos hábeis à sua decretação ou manutenção.

(viii) A prisão cautelar pode ser decretada para garantia da ordem pública potencialmente ofendida, especialmente nos casos de: reiteração delitiva, participação em organizações criminosas, gravidade em concreto da conduta, periculosidade social do agente, ou pelas circunstâncias em que praticado o delito (*modus operandi*).

Não obstante diversas críticas doutrinárias quanto à garantia da ordem pública, o eg. STJ admite tal expressão.

(ix) Inquéritos policiais e processos em andamento, embora não tenham o condão de exasperar a pena-base no momento da dosimetria da pena, são elementos aptos a demonstrar eventual reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva.

Esse último entendimento citado afronta a presunção constitucional de inocência e vai à contramão da própria essência da Lei nº 12.403/11, que é a utilização da prisão como *extrema ratio da ultima ratio*.

Portanto, para o Superior Tribunal de Justiça, parecer ser possível afirmar que ora garante a excepcionalidade da prisão preventiva; ora entende pela utilização desmedida da referida cautelar.

## **CAPÍTULO 5 — PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO**

### **5.1 — APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS POR MEIO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Através do CNJ e do Ministério da Justiça, os poderes Judiciário e Executivo, estão estabelecendo diretrizes com o intuito de incentivar a aplicação das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão da Lei nº 12.403/11, por meio das Audiências de Custódia.

A audiência de custódia é um ato judicial pré-processual que assegura a garantia que todo cidadão preso em flagrante tem em face do Estado de ser apresentado pessoalmente e com rapidez à autoridade judiciária para a aferição da legalidade de sua prisão.

Nesta audiência, o juiz ouvirá o próprio preso, a acusação e a defesa, exclusivamente sobre questões atinentes direta ou indiretamente à prisão e suas consequências, à integridade física e psíquica e aos direitos do preso. Em seguida, proferirá uma decisão fundamentada sobre a continuidade ou não da custódia. Longe de ser um procedimento meramente burocrático, a audiência de custódia é um instrumento de “humanização do processo penal. (MASIM, 2015)<sup>20</sup>”

O artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer

---

<sup>20</sup> MASIM, Carlos. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento, RT, 2015.

funções judiciais (...). No mesmo sentido, assegura o art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que “Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”

O Brasil aderiu à Convenção em 1992, promulgando-a em 06 de novembro daquele ano pelo Decreto nº 678. Igualmente, após aderir o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, também em 1992, o promulgou por meio do Decreto nº 592.

A audiência de custódia é o meio mais eficiente de possibilitar que a autoridade judiciária analise os requisitos do auto de prisão em flagrante, relaxando eventual prisão ilegal; verifique pessoalmente se o preso foi vítima de maus tratos, tortura ou práticas extorsivas durante a abordagem policial ou logo após a prisão por agentes estatais; e promova um breve contraditório acerca da possibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e, em último caso, da necessidade ou não da conversão do flagrante em prisão preventiva.

É, portanto, uma forma de resguardo da dignidade e dos direitos fundamentais do imputado, especificamente daqueles positivados no art. 5.º, III, XXXV, XLIX, LV, LXII, LXIII, LXV, LXVI e LXXVIII da CF/1988:

CF/88, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;  
LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;  
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

De igual forma, é a medida apta a dar concretude ao “contraditório prévio”, instituído após a reforma do sistema de cautelaridade no processo penal brasileiro pela Lei nº 12.403/2011 — art. 282, § 3º, do CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Com o objetivo de assegurar garantias fundamentais previstas na Constituição da República e nos pactos de Direitos Humanos, o Min. Ricardo Lewandowski, assinou três acordos de cooperação técnica com o ministro da Justiça à época, JOSÉ Eduardo Cardozo, e o então presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Augusto de Arruda Botelho, para facilitar a implantação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o país e para viabilizar a aplicação de medidas alternativas cautelares, como o uso de tornozeleiras eletrônicas.

O primeiro acordo de Cooperação Técnica objetivou implantar a audiência de custódia dos estados, que é o meio pelo qual, permite-se um contato pessoal do acusado com o juiz, de modo a assegurar o respeito a direitos fundamentais e garantir o quanto disposto nos tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Para isso, o acordo prevê o apoio técnico aos estados, para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e Câmaras de mediação penal.

No tocante ao segundo acordo, pretende-se ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, tanto cautelarmente quanto na execução penal. Busca aumentar

aplicação das penas restritivas de direitos, medidas cautelares alternativas ao cárcere, medidas protetivas de urgência, conciliação e mediação.

O terceiro e último acordo de cooperação traça diretrizes para a promoção de política de monitoração eletrônica. Incentiva-se o uso de tornozeleiras a) no monitoramento de medidas cautelares aplicadas, exceto aos acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenados por outro crime doloso; b) no monitoramento de medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo e pessoa com deficiência.

O projeto “Audiência de Custódia”, elaborado pelo CNJ, consiste na garantia da rápida apresentação — em até 24 horas — do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante, para que o magistrado analise a validade da prisão e se realmente há a necessidade de concreta de sua efetivação. Será feita nessa audiência, portanto, uma primeira avaliação sobre a necessidade da manutenção da prisão ou adoção das medidas cautelares alternativas. O magistrado poderá também avaliar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

De acordo com o CNJ<sup>21</sup>, atuarão, conjuntamente, para o bom êxito da implementação da audiência de custódia o Poder Judiciário, Poder Executivo, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil e instituições com atuação no âmbito da justiça criminal.

Também de acordo com o CNJ, pretende-se com o projeto a apreciação mais adequada e apropriada da prisão que se impôs, considerando a presença física do autuado em flagrante, a garantia do contraditório e a prévia entrevista pelo juiz da pessoa presa. Permite que o juiz, o membro do ministério público e da defesa técnica conheçam de possíveis casos de tortura e tomem as providências. Previne o ciclo da

---

<sup>21</sup> CNJ: Audiência de Custódia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>> Acesso 06 maio 2019

violência e da criminalidade, quando possibilita ao juiz analisar se está diante da prisão de um criminoso ocasional ou daqueles envolvidos com facções penitenciárias.

Por tratar-se de um projeto que visa ampliar a aplicação das medidas cautelares, faz-se imprescindível a pesquisa sobre a sua implantação no território nacional.

Nesse sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, em 2015, reuniu-se com os presidentes de Tribunais de Justiça de todo o país, com o intuito de incentivar o combate à cultura do encarceramento por meio da concretização do projeto “Audiências de Custódia”. O CNJ tem visitado as Cortes estaduais para explicar e disseminar o projeto.

Experimentalmente, o projeto foi lançado em São Paulo, no Fórum Criminal Ministro Mário Guimarães e, segundo informações divulgadas pelo CNJ, o programa já reduziu em 45% o número de prisões provisórias, em um total de duas mil audiências realizadas<sup>22</sup>.

Em todo o território brasileiro, até junho de 2017, foram realizadas 258.485, resultaram em liberdade, 115.497 (44,68%) dos casos e em prisão preventiva, 142.988 (55,32%). Também, estimou-se em 12.665 (4,90%) os casos em que houve alegação de violência no ato da prisão e 27.669 (10,70%), os casos em que houve encaminhamento social/assistencial.

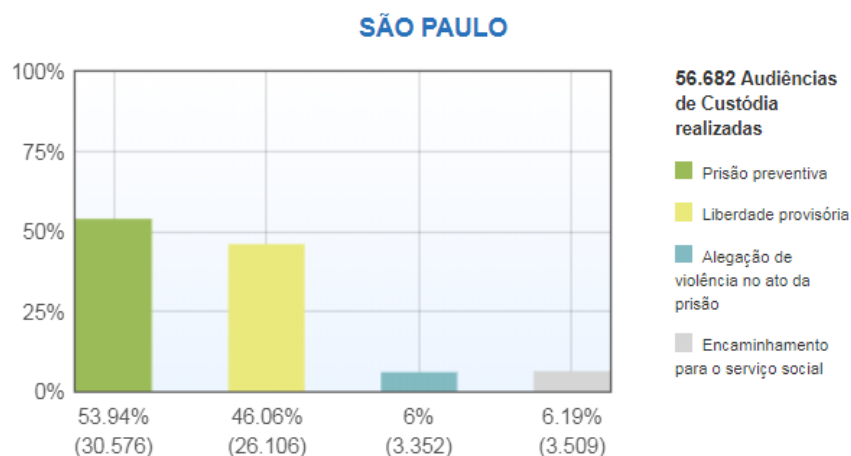
Das 56.682 Audiências de Custódia realizadas no período de 24.02.2015 a 30.06.2017 no Estado de São Paulo, em 53,94% das audiências, foi decretada a prisão preventiva.

---

<sup>22</sup>CNJ: Lewandowski conclama tribunais a combaterem cultura do encarceramento. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79277-lewandowski-conclama-tribunais-a-combaterem-cultura-do-encarceramento>> Acesso em 30 abril 2019.



### GRÁFICO III – Audiência de Custódia em Números (SP)

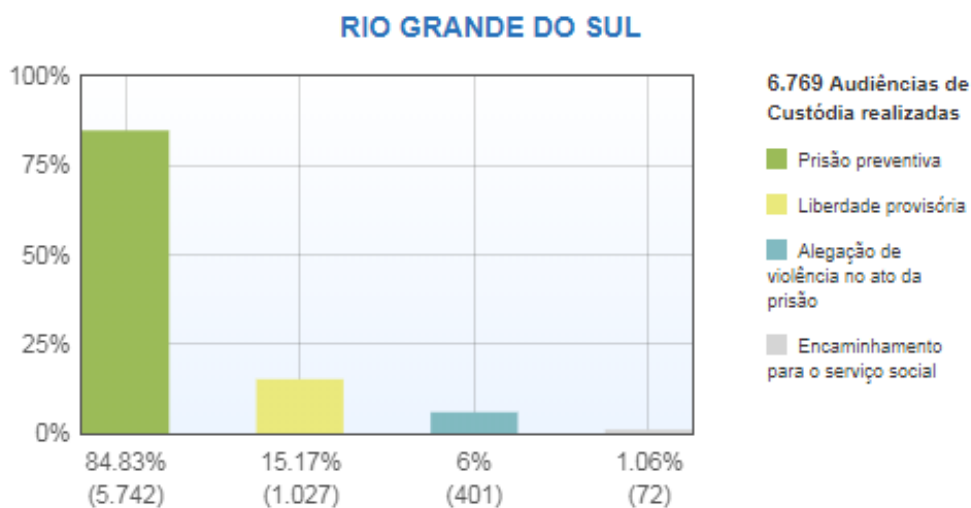


Fonte: TJSP

Período: 24/02/2015 a 30/06/2017

Apenas nos estados do Amapá, Bahia, que teve o menor índice — 38,75% —, Distrito Federal, Mato Grosso e Santa Catarina, a porcentagem ficou abaixo de 50%. O estado com maior índice de prisão foi o Rio Grande do Sul, 84.83% dos casos resultaram em prisão.

### GRÁFICO IV — Audiência de Custódia em Números (RS)



Fonte: TJRS

Período: 30/07/2015 a 30/06/2017

Notório, portanto, que a ideia de que a prisão seria a melhor, se não a única, alternativa para “combater” crimes de natureza “grave” e evitar sua reiteração nunca deixou de permear a atuação dos juízes criminais em geral.

Os números são representativos daquilo que podemos chamar de “cultura do encarceramento”, que há muito está impregnada na prática judicial criminal brasileira e contribui para os processos de vitimização dos acusados.

O discurso da inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão revela-se ainda o caminho mais fácil e preferido. Como entende Ferrajoli, isso demonstra uma evidente “*crise de jurisdicionalidade*”, que transforma o processo num “*mecanismo punitivo em si*” (FERRAJOLI, 2011).

A prisão preventiva é a medida mais severa que se pode aplicar ao acusado de um delito, motivo pelo qual sua aplicação deve ter um caráter excepcional, em virtude do que se encontra limitada por princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade justa e democrática.

Afinal, a prisão preventiva é uma medida cautelar não punitiva, cuja prolongação arbitrária, sem que se haja demonstrado a responsabilidade penal da pessoa a que se aplica esta medida, a converte em um castigo. Toda espécie de prisão provisória, como medida cautelar, deve observar, dentre outros, os princípios da necessidade e da proporcionalidade, sem descuidar da dignidade da pessoa humana, valor supremo a ser preservado num Estado Democrático de Direito<sup>23</sup> (MASIM, 2015).

A audiência de custódia serve justamente para assegurar a observância dessas balizas, merecendo incentivo num contexto cultural como o brasileiro, que ainda hoje exalta o encarceramento processual sem apoio em critérios normativos razoáveis.

Nesse sentido, e representando um grande avanço no Processo Penal Brasileiro, citamos o recente julgamento do *Habeas Corpus* nº 485.355, de Relatoria

---

<sup>23</sup> MASIM, Carlos. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento, RT, 2015.

do Ministro Rogério Schietti Cruz do eg. STJ, cuja ordem foi concedida para “relaxar a prisão em flagrante do autuado, sem prejuízo da possibilidade de decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP”, em razão da ilegalidade decorrente da não realização da audiência de custódia (HC 485.355, DJe 26.03.2019).

As cautelares alternativas buscam, principalmente, evitar os custos sociais do encarceramento: afastamento do preso da família e do trabalho; más condições de higiene existentes e as frequentes doenças e mortes no estabelecimento carcerário; o fortalecimento do vínculo entre criminosos dentro do cárcere; dentre outros. A audiência de custódia serve justamente para assegurar, num primeiro momento, a observância das medidas cautelares, sendo sua realização, portanto, de valor imensurável.

## **5.2 — O FUTURO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO — O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 156/09<sup>24</sup>**

O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que reforma o Código de Processo Penal brasileiro, entre as alterações propostas para o sistema processual penal como um todo, emerge, também, com uma proposta atual de medidas cautelares alternativas ao cárcere, que permitem vincular o imputado aos expedientes estatais.

Nesse sentido, o referido PLS objetiva inaugurar, no quadro legislativo brasileiro, uma nova sistemática da tutela cautelar, apresentando medidas cautelares que se distanciam da “bipolaridade” do sistema processual nacional, como critica Rogério Schietti Machado Cruz (SCHIETTI, 2011). Conforme aponta o autor, no Brasil, “a única medida alternativa à prisão cautelar — a liberdade provisória — ao contrário do que ocorre com outros ordenamentos, onde a liberdade provisória é uma de tantas

---

<sup>24</sup> Projeto de Lei nº 8.045/10. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acessado em 28 abril 2019.

outras medidas cautelares autônomas, que podem, ser impostas mesmo a quem se encontre em liberdade total.

Não se pretende, todavia, uma análise exaustiva dos dispositivos do Projeto de Lei nº 156/09. O objetivo do item é apresentar as principais mudanças trazidos no tocante às medidas cautelares alternativas à prisão, objeto do presente estudo. Por trazer mudanças importantes e significativas nesse tocante, é que será analisado neste capítulo.

O Projeto de Lei, em seu Livro III, trata das medidas cautelares adotadas no curso da persecução penal. O Título I traz as disposições gerais, dedicando os artigos 525 até 532 à aplicação e efetivação das medidas cautelares em geral. O Título II, por sua vez, trata das medidas cautelares pessoais (art. 533 a 611).

A primeira grande modificação no tocante às medidas cautelares é a quantidade de artigos dedicados ao tema. Com isso, várias dúvidas que hoje surgem na aplicação de alguma medida, quando apenas referenciadas no artigo, poderão ser sanadas com a leitura da lei. Ademais, o PLS estabelece um modelo polimorfo, com 16 medidas cautelares pessoais previstas no art. 533, que são: i) prisão provisória (*ultima ratio* do sistema); ii) fiança; iii) recolhimento domiciliar; iv) monitoramento eletrônico; v) suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica; vi) suspensão das atividades de pessoa jurídica; vii) proibição de frequentar determinados lugares; viii) suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; ix) afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; x) proibição de ausentar-se da comarca ou do país; xi) comparecimento periódico em juízo; xii) proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; xiii) suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; xiv) suspensão do poder familiar; xv) bloqueio de endereço eletrônico na internet; e xvi) liberdade provisória.

No artigo 526 do PLS, previu o legislador a taxatividade das medidas aplicáveis: “(...) as medidas cautelares dependem de expressa previsão legal (...)”.

O projeto de lei inova também em outras questões, tais como: cabimento da medida cautelar, fixação do prazo máximo de duração, aumento do número de medidas, taxatividade do rol, regulamentação de questões doutrinárias e jurisprudenciais, como por exemplo, a vedação de aplicação de medidas mais graves que a própria pena possível, a forma de fundamentação da fixação e a detração.

Sem dúvidas, muitas destas inovações resultaram da incorporação ao texto do Projeto de Lei nº 156/2009 de recomendações e orientações da doutrina e da jurisprudência.

Em seu Título I, sobre as disposições gerais sobre o tratamento da tutela cautelar no processo penal, o legislador iniciou com a afirmação da característica da legalidade, excepcionalidade, instrumentalidade (art. 526, *caput*), jurisdicionalidade (art. 525, *caput*), provisoriedade (art. 532, VII), proporcionalidade (art. 527 e 529, parágrafo único), motivação da decisão (art. 532). Todas essas considerações ressaltam a preocupação do legislador em conferir caráter mais técnico e preciso à atuação da tutela cautelar, o que corrobora com a segurança jurídica e reduz o risco de decisões arbitrárias.

O Título II do Projeto, em harmonia com o princípio da presunção de inocência, princípio motivador de toda a reforma do sistema cautelar no processo penal, dispõe, em seu artigo 535, que “antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prisão ficará limitada às seguintes modalidades, a saber: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária”. Em especial, quanto à aplicação da prisão preventiva, o Projeto é expresso ao determinar, em seu artigo 556, §1º que esta “(...) jamais será utilizada como forma de antecipação de pena”.

Houve, no art. 527 do PLS, uma preocupação com a observância da proporcionalidade na atuação da tutela cautelar de caráter pessoal, ao vedar a aplicação de medida cautelar mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação.

Em seguida, o Projeto prevê que a escolha da medida será orientada pela necessidade, adequação e vedação do excesso, que correspondem aos requisitos intrínsecos da proporcionalidade, determinando, ainda, ao juiz que atente para as exigências cautelares do caso concreto, considerando a natureza e as circunstâncias do crime (artigo 529), o que deverá ser revelado na motivação da decisão, conforme o artigo 532, incisos IV, V e VI especialmente.

No inciso IV do art. 533 do projeto, embora já implementado pela Lei nº 12.403/11, temos regulado o monitoramento eletrônico, o qual, assim como na aplicação atual, depende da prévia anuência do acusado. No referido projeto, só poderá ser aplicado aos crimes cuja pena máxima seja superior a quatro anos.

O art. 553 do Projeto acertadamente define que, recebendo o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, no prazo de 24 horas: (i) relaxar a prisão considerada ilegal; (ii) converter a prisão em flagrante em preventiva, fundamentadamente, quando presente os seus pressupostos legais; (iii) arbitrar fiança ou (iv) aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; ou, por fim, (v) conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação

Com relação à decretação da prisão preventiva, em atenção à proporcionalidade que deve orientar as restrições a direitos fundamentais, veda-se a, no artigo 557, prisão preventiva nos crimes culposos, nos crimes dolosos, cujo limite máximo da pena privativa de liberdade seja igual ou inferior a três anos, salvo a ocorrência de violência ou de grave ameaça à pessoa, ou se o estado de saúde do agente tornar incompatível a prisão provisória. A prisão preventiva poderá ser cumprida em regime domiciliar (art. 557, § 1º) nos seguintes casos: custodiado maior de setenta e cinco anos, gestante a partir do sétimo mês ou gestação de alto risco, ou quando a prisão domiciliar for imprescindível aos cuidados especiais devidos a criança menor de seis anos de idade ou com deficiência.

Um dos pontos de maior inovação é a previsão expressa da duração máxima das medidas, sejam elas de encarceramento ou não. Os artigos 606 e seguintes do Projeto de Lei estipulam o dever de o magistrado fixar fundamentadamente o prazo de duração da medida aplicada, respeitando alguns limites legais: (i) 180 dias nos casos de suspensão do exercício de função pública, profissão ou atividade econômica e suspensão das atividades de pessoa jurídica; (ii) 360 dias para recolhimento domiciliar, monitoramento eletrônico e suspensão do poder familiar; (ii) 720 dias para as demais medidas cautelares pessoais diversas da prisão:

Art. 606. A duração das medidas cautelares pessoais previstas neste Capítulo deve ser especificada na decisão judicial, respeitados os limites máximos de:

- I- 180 (cento e oitenta) dias, nas hipóteses dos arts. 595 e 596;
- II- 360 (trezentos e sessenta) dias, nas hipóteses dos arts. 588, 591 e 604;
- III - 720 (setecentos e vinte) dias, nas demais medidas cautelares pessoais previstas neste Capítulo.

Parágrafo único. Findo o prazo de duração da medida, o juiz poderá prorrogá-la ou adotar outras cautelares, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Aury Lopes Junior<sup>25</sup> defende que o prazo máximo de duração das medidas adequa o Código de Processo Penal ao Direito Constitucional a um julgamento em prazo razoável (art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal) (AURY LOPES JR., 2010).

Ainda, o art. 562 traz a obrigatoriedade, em noventa dias, do reexame obrigatório do decreto de prisão preventiva, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo, inclusive, substituir por outra medida cautelar.

---

<sup>25</sup> LOPES JR., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). Boletim IBCCrim, edição especial, p. 8, ago. 2010;

Ademais, a decisão acerca das medidas cautelares de caráter pessoal passa a ser mais complexa, já que o juiz deverá indicar não somente a presença dos pressupostos cautelares, mas também a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da medida selecionada. A diversidade das medidas tem por objetivo possibilitar ao juiz a escolha da que mais se ajusta ao caso concreto.

Outro aspecto relevante do PLS, consiste na previsão do contraditório prévio à decretação da medida cautelar, somente obstado no caso de perigo de sua ineficácia (artigo 531). O juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, deve determinar a intimação da parte contrária, que poderá valer-se desta oportunidade para manifestar-se pela imposição de medida menos gravosa.

O Projeto de Lei também apresenta resoluções de questões doutrinárias e jurisprudenciais, como por exemplo a já citada vedação de aplicação de medida cautelar mais grave que a pena decorrente de eventual condenação e a detração. O artigo 607 do Projeto de Novo Código de Processo Penal traz o instituto da Detração. Assim, o tempo de recolhimento domiciliar será computado se a pena final cominada tiver como regime inicial fixado o aberto.

Também como boa inovação, prevê o art. 553 que, em até em até 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas. E, recebendo o auto de prisão em flagrante, a teor do art. 555, o juiz deverá, no prazo de 24 horas: (i) relaxar a prisão considerada ilegal; (ii) converter a prisão em flagrante em preventiva, fundamentadamente, quando presente os seus pressupostos legais; (iii) arbitrar fiança ou (iv) aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; ou, por fim, (v) conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

O projeto de novo Código de Processo Penal, então, mantendo a essência das mudanças trazidas pela Lei nº 12.403/11, incorpora renovações importantíssimas,



como o instituto da detração, prazo de duração e, diretrizes mínimas de fundamentação da aplicação das medidas cautelares.

Ocorre que, como acertadamente coloca Aury Lopes Junior<sup>26</sup> ao comentar a polimorfologia do sistema cautelar no referido PLS, mais do que uma reforma legal, deverá haver uma reforma cultural, para que os atores judiciários rompam “*com a simplicidade do passado*” e aprendam “*a conviver com um modelo complexo*”, cabendo ao Estado (daí a necessidade de comprometer também os poderes legislativo e executivo para o judiciário conseguir dar conta) estruturar-se para atender à nova realidade (AURY LOPES JR., 2010).

---

<sup>26</sup> LOPES JR., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). Boletim IBCCrim, edição especial, p. 8, ago. 2010;

## CONCLUSÃO

Conforme ficou ressaltado no presente trabalho, o Brasil ainda vive um problema de encarceramento em massa, com presídios superlotados e, na maioria das vezes, em situações insalubres. Grande parte da população carcerária ainda abrange os acusados que sequer foram condenados, sendo aquelas prisões decorrentes de uma medida assecuratória processual.

A prisão provisória, no entanto, com a introdução da Lei nº 12.403/93 e devido à sua característica nefasta, passou a ser a última opção de aplicação pelo Poder Judiciário, que possui, agora, um leque de novas possibilidades de aplicação: as medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Essencialmente, face às garantias constitucionais, qualquer que seja a medida, há restrição de liberdade do acusado, devendo ser aplicada, portanto, moderadamente e adequadamente conforme o caso concreto.

O princípio da proporcionalidade traça critérios de orientação na hora de se aplicar e escolher a medida conveniente, de forma a harmonizar a restrição da liberdade pré-processual com os ditames constitucionais e direitos fundamentais.

A despeito do novo rol taxativo de opções, a aplicação no judiciário, ainda desliza em costumeiras práticas antecedidas, que aplica e mantém o encarceramento em detrimento de um quadro de possibilidade que podem ser usadas.

A progressão, todavia, vem ocorrendo paulatinamente.

Sendo uma forma de resguardo da dignidade humana e dos direitos fundamentais do imputado, a audiência de custódia é de extrema importância para a aplicação das medidas cautelares alternativas, merecendo incentivo num contexto cultural como o brasileiro, que ainda hoje exalta o encarceramento processual sem apoio em critérios normativos razoáveis.

De igual forma, vaticina projeto de novo Código de Processo Penal, que, mantendo a essência das mudanças trazidas pela Lei nº 12.403/11, incorpora renovações importantíssimas, como o instituto da detração, prazo de duração e, diretrizes mínimas de fundamentação da aplicação das medidas cautelares.

Em suma, caminhamos no sentido de um Direito Processual Penal Constitucional mais justo e eficiente, sobretudo no que concerne às limitações da liberdade dos acusados, onde, cada vez mais, diferentes medidas são aplicadas, no intuito de se manter a segurança necessária, de um lado, sem nos afastarmos dos direitos fundamentais, do outro.

## REFERÊNCIAS

- ADENAUER IX – **Segurança Pública**: Fundação Konrad Adenauer, 2008.
- ADORNO, Sérgio. Políticas públicas de segurança e justiça penal. *Cadernos*
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal**: impossibilidade de decretação de medidas atípicas; impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Rio de Janeiro: Revista do Advogado, nº 113, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Ricardo Rodrigues Fama. Campinas: Russel Editores, 2006.
- CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, Prefácio, XIV. Por: J.P. Sepúlveda Pertence.
- DAMACENO DE ASSIS, Rafael. **A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**, Revista CEJ, Brasília, Ano XI, nº 39, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mahino, Juan Terradillos Bosoca e Rocio Cantarero Bondrés. Madrid: Trotta, 2001.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 25. ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GIACOMOLLI, José Nereu. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães; PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique;

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.), **Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e FERNANDES, Og. **Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas Alternativas**. São Paulo: RT, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2012.

IDDD, SOS Liberdade, Relatório de Pesquisa – **O Impacto da Lei nº 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista**, 2014.

LOPES JR., Aury, **Prisões cautelares**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)**. Boletim IBCCrim, edição especial, p. 8, ago. 2010;

MACHADO DE ALMEIDA CASTRO, Pedro. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão à luz da proporcionalidade**. 256 p.; Dissertação Pós-Graduação. São Paulo, 2015.

MARCÃO, Renato. **Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASIM, Carlos. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**, RT, 2015.

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

MINTO, Andressa. **A efetividade das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar**. 153 p.; Trabalho de Conclusão de Curso. Ribeirão Preto, 2015.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOURA GONÇALVES, Marianna. Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade. 497 p.; Dissertação de Mestrado. São Paulo, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_ **Direito Processual Penal**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_ **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_ **Prisão e Liberdade**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEIXOTO, Paula Carvalho. **Vítimas Encarceradas**. São Paulo, IBCCRIM, 2017.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar - Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TORON, Alberto; BADARÓ, Gustavo; MAGALHÃES, Antônio. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal Vol. 03**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_ Boletim Informativo: Projeto de Novo Código de Processo Penal Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>> Acesso em: 28 abril 2019

\_\_\_\_\_ Brasil, Constituição da República Federal do Brasil de 1988.

\_\_\_\_\_ Brasil, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

\_\_\_\_\_ Brasil, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

\_\_\_\_\_ Brasil, Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_ Brasil, Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

\_\_\_\_\_ CNJ: Audiência de Custódia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>> Acesso 06 maio 2019

\_\_\_\_\_ CNJ: Lewandowski conclama tribunais a combaterem cultura do encarceramento. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79277-lewandowski-conclama-tribunais-a-combaterem-cultura-do-encarceramento>> Acesso em 30 abril 2019.

\_\_\_\_\_ CNMP: Sistema Prisional em Números Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>> Acesso em 26 fevereiro 2019.

\_\_\_\_\_ STF, HC nº 127.186, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 03.08.2015.

\_\_\_\_\_ STF, HC nº 87730, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 16.06.2006.

\_\_\_\_\_ STF, Medida Cautelar na ADPF nº 347, Relator: Min. Marco Aurélio, DJe 19.02.16.

\_\_\_\_\_ STJ, HC 219.101/RJ, 5.<sup>a</sup>.T., v.u., rel. Min. Jorge Mussi, DJe 10.04.2012.

\_\_\_\_\_ STJ, HC nº 330.283, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 10.02.2015.

\_\_\_\_\_ STJ, HC nº 485.355, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 26.03.2019.

\_\_\_\_\_ TJSP, HC 0139079-77.2012.8.26.0000-12.<sup>a</sup> Câm. Dir. Crim., rel. Paulo Rossi, DJe 05.09.2012.

\_\_\_\_\_ TJSP, HC 0151464-57.2012.8.26.0000-SP, 16.<sup>a</sup> Câm. Dir. Crim., rel. Newton Neves, DJe 05.09.2012.