

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

ANTONIO BERNARDINO ARRUDA FILHO

**DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA  
PRISÃO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.403/2011**

**ARACAJU  
2017**

ANTONIO BERNARDINO ARRUDA FILHO

**DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA  
PRISÃO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.403/2011**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Esp. Matheus Dantas Meira

**ARACAJU  
2017**

ANTONIO BERNARDINO ARRUDA FILHO

**DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA  
PRISÃO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.403/2011**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Esp. Orientador Matheus Dantas Meira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof. Esp. Laércio Ferreira Batista  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof. Esp. Marcelo de Macedo  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

“A medida cautelar é destinada não tanto a fazer justiça, mas também a dar tempo para que a justiça seja feita”.

Ada Pellegrini Grinover

## **DEDICATÓRIA**

Este trabalho é dedicado ao meu pai ANTONIO BERNARDINO DE ARRUDA (in memoriam), por suas qualidades éticas e morais, atitudes de correção, carinho e educação, razões do meu exemplo de vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a DEUS, razão de toda a existência e do todo saber, que guiou os meus passos com fé, força e saúde para realização desta conquista.

Agradeço em especial a minha mãe, filha, familiares, amigos e professores pelo apoio incondicional nesta caminhada.

Ao meu orientador Professor Matheus Dantas Meira, pelas orientações, dedicação, camaradagem, atenção sem os quais não seria possível a conclusão deste valoroso trabalho.

Enfim, agradeço a todos por me apoiarem nesta caminhada, contribuindo com a minha formação.

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar acerca da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão a partir das inovações instituídas da Lei 12.403/2011. A Lei 12.403/2011, dentre os diferentes preceitos constitucionais, buscou garantir a predominância do Princípio da Não-Culpabilidade, em que ninguém será considerado efetivamente culpado até o trânsito do processo em sentença penal condenatória; o Princípio do Devido Processo Legal em que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal; assim como, o Princípio da requisição de ordem judicial escrita e embasada para a decretação da prisão cautelar, em ninguém será aprisionado senão em flagrante crime ou por ordem escrita e baseada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de contravenção militar ou crime propriamente militar, determinados em lei. Ao instituir medidas cautelares diversas à prisão, a nova Lei 12.403/2011 ampliou significativamente a tutela cautelar no Processo Penal e deu uma nova configuração, mas não como de forma exclusiva, a prisão e liberdade provisórias. O estudo permitiu apreender que, as novas medidas cautelares, chegam ao contexto do direito processual penal como uma possibilidade de desencarcerização e humanização do sistema penal brasileiro. Como já mencionado no presente estudo, a quantidade de presos cautelares tende de aumentar, sendo que, destes que já se encontram em prisão provisória muitos poderiam estar cumprindo medidas alternativas à prisão, o que desafogaria os presídios, conservando lugar para aqueles que realmente carecem de ficar integralmente privados de sua liberdade.

**Palavras-chave:** Prisão. Medidas Cautelares. Processo Penal. Lei 12.403/2011

**ABSTRACT**The purpose of this study is to analyze the application of several precautionary measures of imprisonment based on the innovations established by Law 12,403 / 2011. Law 12,403 / 2011, among the different constitutional precepts, sought to guarantee the predominance of the Principle of Non-Guilt, in which no one will be considered guilty until the final judgment of the conviction; The Principle of Due Process of Law in which no one shall be deprived of liberty or property without due process of law; As well as the Principle of the requisition of a written judicial order and based on the order of the precautionary prison, in no one shall be imprisoned except in flagrant crime or by written and based order of competent judicial authority, except in cases of military contravention or proper military crime, Determined by law. By instituting various precautionary measures to arrest, the new Law 12,403 / 2011 significantly expanded the precautionary protection in the Criminal Procedure and gave a new configuration, but not with exclusive, provisional arrest and release. The study made it possible to understand that the new precautionary measures reach the context of criminal procedural law as a possibility of decarcerating and humanization of the Brazilian penal system. As already mentioned in the present study, the number of pre-trial prisoners tends to increase, and of those already in provisional custody many could be serving alternative measures to prison, which would relieve prisons, while retaining a place for those who really need to stay in full Deprived of their freedom.

**Keywords:** Prison. Precautionary Measures. Criminal proceedings. Law 12,403 / 2011

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS: ASPECTOS GERAIS</b> .....	14
2.1 PREVISÃO LEGAL.....	14
2.2 PRESSUPOSTO .....	15
2.3 REQUISITOS E FUNDAMENTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO .....	16
2.4 CABIMENTO .....	17
2.5 CARACTERÍSTICAS.....	19
2.6 CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS.....	20
<b>3 PRINCÍPIOS DAS MEDIDAS CAUTELARES: NOÇÕES GERAIS</b> .....	23
3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	24
3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	25
3.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (OU TIPICIDADE) .....	26
3.4 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE .....	27
3.5 PRINCÍPIO DA PRECARIEDADE.....	29
3.6 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE. ....	30
3.7 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE .....	30
3.8 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO .....	31
3.9 PRINCÍPIO DA JUDICIALIDADE OU JURISDICIONALIDADE .....	32
3.10 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO .....	33
3.11 PRINCÍPIO DA PROVISIONALIDADE .....	33
3.12 PRINCÍPIO DA PROVISORIEDADE.....	34
3.13 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PRISÃO .....	35
3.14 PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE.....	35
<b>4 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO</b> .....	37
4.1. COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO .....	37
4.2. PROIBIÇÃO DE FREQUENTAR DETERMINADOS LUGARES.....	38
4.3. PROIBIÇÃO DE CONTATO COM PESSOA DETERMINADA.....	39
4.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA .....	40
4.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR .....	41
4.6. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA.....	43

4.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA .....	45
4.8 FIANÇA. ....	46
4.9 MONITORAMENTO ELETROTÔNICO.....	47
<b>5 DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO A PARTIR DAS INOVAÇÕES INSTITUÍDAS DA LEI 12.403/2011 .....</b>	<b>49</b>
5.1 PECULARIEDADES DAS MEDIDAS CAUTELARES .....	50
5.2 PROCEDIMENTO DAS CAUTELARES.....	52
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>58</b>
<b>7 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>63</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 12.403/2011, instituída no dia 04 de maio de 2011, a qual entrou em vigor em 04 de julho de 2011, decorrência do Projeto de Lei n.º 4.208/2001, sendo disposto no ordenamento jurídico brasileiro alterando dispositivos do Código de Processo Penal, os quais estão relacionados à prisão processual, liberdade provisória, fiança e demais medidas cautelares e dando outras especificidades.

Essencialmente, o diploma legislativo teve como intuito estabelecer distintas medidas cautelares processuais penais de caráter pessoal, com a finalidade de garantir a subsidiariedade da prisão cautelar, estabelecendo a prática os preceitos da Constituição Federal de 1988.

O Código de Processo Penal após a publicação da Constituição Federal de 1988 vem passando por algumas mudanças para se adaptar de sobremaneira a contemporaneidade. A Lei n.º 12.403/2011, deste modo, faz parte de um conjunto de leis que tem como objetivo a uniformidade entre os preceitos constitucionais e o Código de Processo Penal.

Neste contexto, a Lei 12.403/2011, dentre os diferentes preceitos constitucionais, buscou garantir a predominância do Princípio da Não-Culpabilidade, em que ninguém será considerado efetivamente culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; o Princípio do Devido Processo Legal em que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; assim como, o Princípio da requisição de ordem judicial escrita e embasada para a decretação da prisão cautelar, em ninguém será aprisionado senão em flagrante crime ou por ordem escrita e baseada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de contravenção militar ou crime propriamente militar, determinados em lei.

Ressalte-se que, a Lei não trouxe intensas mudanças, pois buscou concretizar o que já vinha determinado pela Constituição Federal, que a prisão tratasse de uma medida excepcional, de *ultima ratio*. Assim sendo, para a nova sistemática estabelecida a pela Lei n.º 12.403/2011, precipuamente, as medidas cautelares alternativas à prisão, faz-se imprescindível para o presente estudo.

O presente estudo constitui-se em relevante ferramenta para o melhor entendimento da Lei 12.403/2011, no que concerne as medidas cautelares, assim como de suas implicações jurídicas e práticas na nova disposição processual penal.

O interesse pelo presente tema surgiu a partir da realização de pesquisas pertinentes à Lei 12.403/2011, as quais oportunizaram importantes mudanças referentes às prisões e liberdade provisória, ao implementar inúmeras alternativas ao cárcere e reconhecer o caráter cautelar da prisão. Levando em consideração evitar a prisão do indivíduo acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória estando em conformidade com os princípios dispostos na Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que a justificativa encontra amparo concernente aos ganhos acadêmicos, sociais, jurídicos e econômicos. Deste modo, destaca-se que o Estado apresenta uma legislação que altera efetivamente dispositivos do Código de Processo Penal, alusivos à prisão processual, liberdade provisória, fiança e demais medidas cautelares, ao apontar importância nos segmentos distintos do Direito, ampliando, deste modo a tutela cautelar.

Ao discorrer sobre as inovações da Lei ao âmbito acadêmico, a análise acerca da temática servirá para subsidiar e elucidar o conhecimento científico e possibilitar a articulação e a relação entre poderes e a racionalidade e estabelecer princípios que contribuam para um processo mais efetivo.

Ao instituir medidas cautelares diversas à prisão, a nova Lei 12.403/2011 ampliou significativamente a tutela cautelar no Processo Penal e deu uma nova configuração, mas não como de forma exclusiva, a prisão e liberdade provisória. Diante do elencado, a presente pesquisa pretende problematizar a seguinte questão: Quais as implicações evidenciadas a partir da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão em face das inovações instituídas da Lei 12.403/2011 no ordenamento jurídico brasileiro?

A presente pesquisa tem como objetivo analisar acerca da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão a partir das inovações instituídas da Lei 12.403/2011 e como objetivos específicos: contextualizar aspectos gerais sobre as medidas cautelares no Brasil; abordar sobre os principais princípios da prisão e

medidas cautelares; identificar as principais medidas cautelares diversas da prisão e descrever os requisitos introduzidos pela aplicação da Lei 12.403/2011.

A metodologia empregada no presente estudo se concentrará no referencial bibliográfico, natureza qualitativa, por meio da pesquisa exploratória, mediante a seleção de artigos, revistas da área jurídica, periódicos, digitais, registrados por especialistas no tema pesquisado. Além de livros e a pesquisa documental. Deste modo, a primeira e primordial finalidade foi realizar uma pesquisa referente aplicação das medidas cautelares diversas da prisão após o advento da Lei 12.403/2011.

As fontes empregadas para o presente estudo consistiram essencialmente na consulta de materiais como livros, Doutrina, Jurisprudências e impressos digitais, de onde se buscou o embasamento para o desenvolvimento dos objetivos norteados. O procedimento de coleta de bibliográficas empreendidas realizou-se através de fichamentos a partir das pesquisas realizadas.

Deste modo, as análises dos dados pesquisados serão individualmente interpretadas e estudadas, para em seguida serem entendidos em separados e conjuntamente, quando deu-se o início ao desenvolvimento do texto e do tema como um todo.

## 2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS: ASPECTOS GERAIS

As medidas cautelares diversas da prisão são limitações ou obrigações que podem ser determinadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se implementa a prática de determinada infração penal, durante o andamento da investigação pericial e /ou policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronuncia, com vistas a aceitar a aplicação da lei penal; o êxito da investigação ou instrução criminal, bem como evitar a prática de novas infrações penais e o encarceramento cautelar tradicional (CUNHA, 2011).

### 2.1 PREVISÃO LEGAL

O artigo 282 do Código de Processo Penal anuncia a existência de medidas cautelares que estão tratadas no Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, e fixa regras, critérios e parâmetros para aplicação. As medidas cautelares referidas, que fixam obrigações, determinam restrições à liberdade ou a direitos, são as seguintes: prisão em flagrante (artigos. 301 a 309); prisão preventiva (artigos 311 a 316); prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva (artigos 317 e 318) e medidas cautelares diversas da prisão (artigos 319 e 320).

As medidas cautelares diversas da prisão são as seguintes: “I — comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II — proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III — proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV — proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V — recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado

tenha residência e trabalho fixos; VI — suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII — internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII — fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX — monitoração eletrônica” (artigo 319).

O artigo 320 do Código Processual Penal refere-se destacadamente à proibição de ausentar-se do país, mencionando que a imposição de tal medida será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas. Logo se vê que não é possível conceber a aplicação indiscriminada destas medidas cautelares, que, embora não privativas de liberdade, determinam obrigações ou sérias restrições a direitos constitucionalmente assegurados.

Verifica-se que as medidas diversas são constrictivas ou restritivas de direitos, e precisamente por isso se determina a imposição excepcional, como toda e qualquer restrição cautelar, desempenhando que se ressalte a taxatividade do rol disponibilizado.

## 2.2 PRESSUPOSTO

Pressuposto indispensável à imposição de qualquer das medidas arroladas nos artigos. 319 e 320 é a existência de imputação relacionada à prática de delito, que pode ser doloso ou culposo. Há que se ter em mente, entretanto, que nem sempre a prática de delito sujeitará seu suposto autor a qualquer das restrições, na medida em que dispõe o § 1º do artigo 283 que as medidas cautelares previstas no Título IX não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou

alternativamente cominada pena privativa de liberdade. “As medidas cautelares ou preventivas visam ainda à segurança do direito, da pretensão, ou da prova, ou da ação, tendo ainda por finalidade prevenir, acautelar e assegurar a tutela jurídica” (PONTES MIRANDA, 1971, p. 3).

Disso decorre, por exemplo, a absoluta impossibilidade de aplicação de uma das medidas catalogadas aquele que for surpreendido na prática do crime de porte ilegal de droga para consumo pessoal (artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 — Lei de Drogas).

### 2.3 REQUISITOS E FUNDAMENTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão devem efetivamente atender aos pré-requisitos e fundamentos do Código de Processo Penal, que conforme a doutrina reconhece-os como *fumus commissi delicti e periculum libertatis*. Sendo obrigatório que as duas condições estejam presente para que sejam aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão. Lopes, Jr. (2010) sobre isso argumenta que:

[...] se houver alguma medida que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como ‘ultima ratio’ do sistema. (LOPES, JR. 2013. p 174).

A possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão já havia sido objeto de aceno quando a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, reformulou o processo dos crimes de competência do Tribunal do Júri, na medida em que o § 3º do artigo 413 do Código de Processo Penal passou a dispor que, por ocasião da decisão de pronúncia, o juiz deverá decidir, conforme Cunha (2011) motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado

solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Percebe-se que, igual abordagem, aliás, também decorreu da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que, dentre outras alterações, deu um parágrafo único ao artigo 387 do Código do Processo Penal com a seguinte redação: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

Ao consultarmos o Título IX do Livro I do Código Processual Penal, e lá não encontramos qualquer previsão relacionada às medidas cautelares cogitadas, mas a partir da vigência da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, este quadro mudou completamente e o Código de Processo Penal passou a contar com regulamentação específica a respeito da matéria que constitui objeto de análise neste capítulo.

Rogério Cunha (2011) assevera que estas novas medidas cautelares, diversas da prisão, podem ser chamadas de medidas cautelares restritivas, muito embora a medida de internação seja, de fato, privativa da liberdade. Também é possível denominá-las medidas cautelares alternativas. Neste caso, apenas por se apresentarem como opções; variantes dispostas na lei. Não é possível pensá-las em sentido restrito, como alternativas à prisão, ao contrário do que ocorre com as penas alternativas, pois embora algumas vezes possam ser utilizadas com vistas a evitar a decretação de prisão preventiva.

## 2.4 CABIMENTO

Discute-se a respeito do cabimento de medida cautelar, para saber em qual situação jurídica o juiz poderá determinar a imposição de uma ou mais dentre aquelas taxativamente previstas. Por aqui, não referindo-se aos conhecidos parâmetros ditados pelo artigo 282, inciso I e II, do Código de Processo Penal. A questão tem outro enfoque.

Segundo o entendimento de Aury Lopes Jr. (2011, p. 125):

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.

Nesta dispersão justifica o professor citado Lopes Júnior (2011, p. 137):

[...] a urgência das medidas cautelares nem sempre haverá condições de se fazer um exame de insanidade como necessário, tornando possível a criação de um laudo de constatação provisória de inimputabilidade.

E conclui:

Há que se dar um basta à banalização das prisões preventivas, reservadas seu uso aos casos em que ela é efetivamente cautelar e faz-se estritamente necessária. A prisão preventiva e todas as demais cautelares inserem-se, perfeitamente, na lógica do sofrimento, bem tratada por SCHIETTI, segundo a qual a prisão cautelar é a possibilidade de impor imediatamente um mal, uma punição, exercer a violência contra quem praticou um delito, ou seja, é a reação violenta àquele que cometeu uma violência. É nessa linha, importante que a pessoa sofra na própria carne pelo mal que fez (LOPES JUNIOR, 2010, 132).

Para Rogério Cunha (2011) existem divergências, pois as medidas cautelares podem ser impostas mesmo nos casos em que ausentes os requisitos da prisão preventiva. Não é preciso que se estabeleça, antes, toda a análise das regras ditas pelos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, para, então, só depois de identificada hipótese de decretação da prisão, determinar uma das restrições.

De início cumpre ressaltar que estas medidas catalogadas nos artigos 319 e 320 não são meras alternativas ao encarceramento preventivo, podendo ser aplicadas em casos outros. Mas não é só, segundo Lopes (2011) para afastar definitivamente o argumento no sentido de que apenas se faz possível a imposição de medida cautelar restritiva quando presentes os requisitos da prisão preventiva basta verificar que ditas medidas podem ser aplicadas no momento em que o juiz concede liberdade provisória, como decorre do disposto no artigo. 321 do Código de Processo Penal.

Vale mencionar ainda segundo Lopes (2011) é juridicamente possível conceder liberdade provisória cumulada com medida cautelar restritiva. Ora, é sabido que prisão preventiva e liberdade provisória são institutos que se antagonizam. Onde cabe prisão preventiva não cabe liberdade provisória.

Diante dessa realidade jurídica inarredável, não há como aceitar o argumento no sentido de que só cabe a aplicação dos artigos 319 e 320 do Código Processual Penal quando presentes os requisitos da prisão preventiva, já que isso implicaria dizer que na hipótese de cabimento da liberdade provisória o juiz não poderia fixar cumulativamente medida cautelar restritiva. Disso resulta afirmar que as medidas listadas nos artigos. 319 e 320 podem ser aplicadas em razão da prática de delito doloso ou culposos, exceto quando em relação a este não for cominada, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade, conforme decorre do artigo 283, § 1º, do Código de Processo Penal.

## 2.5 CARACTERÍSTICAS

Guilherme Nucci (2010) assevera que, toda e qualquer medida cautelar trazem as seguintes características fundamentais: jurisdicionalidade; instrumentalidade e; provisoriedade. Pela primeira, não existe medida cautelar sem antecedente controle jurisdicional, salvo as ocorrências de prisão em flagrante. Deste modo, em regra, existe imediata incidência da medida, fazendo-se valer pela norma da judiciedade, apenas sendo possível estabelecer a medida pela autoridade jurisdicional que for competente.

Mediante da segunda particularidade, pode-se mencionar que as medidas cautelares estão dependentes do processo penal em curso, de forma que serão concluídas com o término do processo, eliminando seus efeitos ou transformando-se em medidas executivas. Conforme Nucci (2010) costuma-se se referir que as medidas cautelares existem para servir o processo principal.

Entende-se que, pela provisoriedade, só poderão subsistir as medidas cautelares enquanto continuarem os motivos que as determinem e, ainda, até a

disposição final, momento em que submergirão sua eficácia ou serão supridas pela decisão definitiva.

## 2.6 CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS

A doutrina que trata das medidas cautelares criminais classifica o instituto jurídico em três espécies: a) Medidas cautelares pessoais (prisão temporária, flagrante, preventiva, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, prisão em decorrência de pronúncia); b) Medidas cautelares probatórias (busca e apreensão e depoimento ad perpetuam rei memoriam); e, c) Medidas cautelares reais (sequestro e arresto e hipoteca legal de bens) (PIRES DE CAMPOS BARROS, 2011).

Além disso, tem-se as denominadas: d) Medidas cautelares diversas não prisionais. Isso porque, com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, o legislador previu a eventual possibilidade de o juiz advertir, antes da decretação das medidas cautelares, diversas medidas alternativas e substitutivas à limitação de liberdade.

No que se refere às medidas cautelares prisionais, também conhecidas como prisões provisórias, têm-se as medidas restritivas de liberdade, propendendo, especialmente, acautelar as investigações policiais (inquérito policial) e criminais (processo penal), anteriores à condenação com caráter definitiva.

No entendimento de Mirabete (2006) a expressão prisão preventiva tem uma significação ampla para instituir a custódia averiguada antes do trâmite em julgado da sentença. É a prisão processual, cautelar, denominada de “provisória” no Código Penal (artigo 42) e que abrange a prisão em flagrante, a prisão decorrente da pronúncia, a prisão resultante da sentença condenatória, a prisão temporária e a prisão preventiva em sentido estrito.

De um modo geral, é comum enfatizar que se encontra em voga as seguintes modalidades: prisão preventiva, prisão decorrente da sentença condenatória irrecorrível; prisão temporária, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença da pronúncia.

Por outro lado, Nucci (2006) assinala ainda uma sexta espécie de prisão cautelar, decorrente do direcionamento coercitivo por determinação judicial daquele que se renuncie a comparecer em juízo. Apesar disso, para alguns doutrinadores, após a reforma processual penal de 2008, por meio das Leis 11.689/08 e 11.719/08, restaram apenas três modalidades.

Ressalte-se que, a prisão em razão da pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, enquanto títulos independentes de prisão processual teriam sido suprimidos por essa reforma processual, já que, nos dias atuais na fase da pronúncia (§ 3º, artigo 413, do Código de Processo Penal), ou por ocasião da sentença (parágrafo único, artigo 287, Código de Processo Penal), a prisão será regulamentada pelos mesmos critérios da prisão preventiva (NUCCI, 2006).

Deste modo, conforme explicita André Nicolliti (2011), existem, atualmente, no processo penal brasileiro, as seguintes prisões processuais: prisão temporária, prisão em flagrante e prisão preventiva. Afasta-se ainda a prisão administrativa, por se compreender ser esta estranha ao processo penal.

Assim, segue na mesma linha de raciocínio Marcellus Polastri (2013), asseverando a prisão processual, pois é esta que se enquadra como medida cautelar, e se subdivide em:

1. Prisão em flagrante; 2. Prisão temporária; prisão preventiva; prisão preventiva a ser decretada na ocasião da pronúncia (na forma da Lei 11.689 de 09.06.08), sendo que, ainda, tem-se, com a reforma pela Lei 11.719/08, a revogação do artigo 594 do Código Processo Penal de 1941, que instituía modalidade própria de prisão por sentença condenatória apelável. Em suma, fundamentalmente passa-se a ter três modalidades básicas de prisão processual: em razão do flagrante, preventiva e temporária.

Atualmente, com o advento da Lei 12.403/11, pode-se enfatizar ainda que, não existem mais outras modalidades de prisão cautelar diversas da prisão preventiva (artigos. 312 e 313 do Código de Processo Penal) e prisão temporária (Lei 7.960/89). A partir da nova concepção legislativa, é possível defender que a prisão em flagrante não se trata mais de uma medida cautelar. Isso porquanto, essa

modalidade de prisão, não possui mais o condão de sustentar ninguém preso durante o trâmite do processo penal.

Com a inovação da legislação, diante da realização da prisão em flagrante, ou o juiz decreta a preventiva, de modo fundamentado, ou aplica medidas cautelares diversas da prisão (artigo 319), podendo ainda, em algumas situações, conceder a liberdade provisória com ou até mesmo sem fiança.

Por fim, destaca-se que, a despeito das discussões doutrinárias verifica-se a necessidade do estudo sistemático das cinco anteriormente mencionadas. A prisão em flagrante está prevista entre os artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal, e incide quando o sujeito ativo está perpetrando a infração penal, acaba de cometê-la, ou perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, em situação que faça conjecturar ser autor da infração, e, ainda, se encontrado, logo depois, com mecanismos armas, objetos ou papéis que façam prever ser ele autor da infração (artigo 302 do Código de Processo Penal).

### 3 PRINCÍPIOS DAS MEDIDAS CAUTELARES: NOÇÕES GERAIS

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, que modificou dispositivos do Código de Processo Penal, a sistemática aplicável às medidas de cautelares de caráter pessoal no processo penal agora está condescendida ao texto constitucional, além do que, seus princípios norteadores encontram-se efetivamente consagrados no regulamento processual. É salutar o procedimento legislativo de implantar no conteúdo normativo positivado princípios que visa orientar a matéria que se almeja regular (CUNHA, 2011).

Lopes Jr. (2011) assevera que, não é incomum que, na confrontação ou interpretação e implementação dos vários dispositivos e comandos dos princípios, visivelmente conflitantes ou incoerentes, se configure uma solução que se apresente contraditório ou desprovido de sólido embasamento, passível de ser firmemente debatida em todas as instâncias recursais admissíveis, ocasionando instabilidade enquanto não dirimida categoricamente a controvérsia instituída acerca da adequada interpretação da lei. Quando se trata do direito à liberdade de locomoção não é favorável que se prolongue indefinidamente dúvidas sobre ser pertinente, imprescindível, ou não, a conservação ou decretação da tutela cautelar.

Ao acompanhar toda a dinâmica das decisões dos tribunais brasileiros em matéria de medida e/ou prisão cautelar e liberdade provisória, por exemplo, sabe da dificuldade até então existente para encontrar o adequado equilíbrio entre conservar a liberdade do acusado ou réu ou decretar-lhe a prisão preventiva, segundo Lopes Jr. (2013, p. 25):

Em obediência ao princípio da Jurisdicionalidade e Motivação, as medidas cautelares pessoais só podem ser adotadas por decisão judicial fundamentadas, excepcionalmente, algumas medidas podem ser adotadas por órgão ou pessoa que não a judiciária, tais como a prisão em flagrante.

Atualmente, com a ampliação do rol de medidas de cautelares introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 é de se esperar que tenha menos decisões erradas ou que

sejam diminuídas as ocorrências de prisões cautelares ilegais, imotivadas ou desproporcionais.

Segundo Edilson Bomfim (2012) com a colocação à disposição do magistrado de outras medidas cautelares diversas da prisão preventiva afirma o legislador, especialmente, a ideia de que, atento aos princípios constitucionais, designadamente o princípio da presunção de não culpabilidade e o direito à exaustão das vias recursais ordinárias e extraordinárias, a decretação da prisão no curso da persecução penal se determina tão somente desde que demonstrado a sua irrestrita necessidade e atendido às conjecturas legais que lhe são inerente, também corroborado que não cumpre sua função cautelar quaisquer das outras soluções dispostas na nova lei de reforma.

Conforme Oliveira (2013), portando, com a previsão expressa do embasamento de validade das medidas de cautelares com supedâneo no princípio da legalidade (ou da tipicidade) das cautelares, princípio da adequação e da proporcionalidade, princípio da precariedade, princípio da necessidade e princípio da subsidiariedade da prisão preventiva, as anomalias do sistema processual penal nessa matéria por certo serão minimizadas pelo que se discorrerá no presente estudo uma breve consideração dos princípios informadores das medidas cautelares pessoais, como contribuição à ponderação que se fará indispensável para a adequada aplicação das mudanças decorrentes da edição da Lei nº 12.403/2011.

### 3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

De acordo com Rogério Cunha (2011) no ordenamento jurídico Brasileiro o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Norma que, em síntese, é não deixar de perder a circunstância de que qualquer prisão anterior à condenação decisiva só podendo encontrar alegação na excepcionalidade de condições em que a liberdade do acusado possa efetivamente comprometer o regular desenvolvimento ou a efetividade da atividade processual.

Conforma o dispositivo Constitucional sob à luz do estado de inocência do acusado, não é admissível conceber nem um modo de antecipação de penalidade. Diante disso, Oliveira (2013) assevera que não se pode deixar de levar em ponderação o efetivo desígnio da medida cautelar, ou seja, institui em um instrumento jurídico a serviço do trâmite do processo, equivalente com a natureza do intuito perseguido, em busca do amparo de bens jurídicos proeminentes para o processo. Conquanto todos sejam considerados inocentes até transitado em julgado do processo, existe a precisão de determinar observações à liberdade dos acusados, como mecanismo de resguardar a verdade real.

Verifica-se deste modo, que deve ficar evidente que a prisão processual tem seu desígnio integralmente diferenciado da prisão-pena. Enquanto a segunda propende a cautela geral e debelar o delito, a prisão processual tem por escopo tutelar e resguardar os fins do processo penal, o que as caracteriza é o aspecto final de cada uma.

O princípio da presunção de inocência sofreu uma flexibilização contrariando o texto constitucional, evidenciada na visão do STF com o julgamento do HC 126.292, de 17 de fevereiro de 2016, que delimitou seu império até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, exaurindo-se o princípio da não culpabilidade, presumindo-se culpado, a partir de então o réu.

### 3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O princípio da liberdade transcorre do princípio da presunção de inocência, ou seja, toda e qualquer medida limitativa, parcial ou total, da liberdade, antes do trânsito em julgado da condenação, deve ser de natureza excepcional e cautelar, sem o desígnio de pena (CARVALHO, 2009).

Observa-se, entretanto, que no ordenamento Brasileiro, é cláusula pétrea ser a liberdade a norma, em equivalência compreende-se que a restrição da liberdade sendo a mesmo total ou parcial, é a total exceção. A partir de tal premissa onde a liberdade é a norma e a prisão a exceção, qualquer limitação à liberdade deverá ser

nomeadamente justificada no fato concreto, de natureza excepcional, por ordem escrita e embasada do magistrado, salvo nos casos de prisão em flagrante (OLIVEIRA, 2013).

A partir das mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011, a nova redação do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, deixa notória prerrogativa jurídica de liberdade do cidadão, “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautela” (artigo 319, do Código de Processo Penal). Determinando o caráter subsidiário da prisão processual, a qual dever efetivamente aplicada excepcionalmente nos casos considerados mais extremos.

### 3.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (OU TIPICIDADE)

Ricardo Anreucci (2013) afirma que o princípio da legalidade (ou tipicidade) das medidas cautelares no processo penal, com o advento da Lei nº 12.403/2011, procede, dentre outros dispositivos da lei, da inovação redação implementada do artigo 321 do Código de Processo Penal, ao asseverar, por outro modo, que ao acusado ou réu, é garantida a manutenção de sua liberdade de locomoção, exclusivamente podendo ser limitada, se, no evento concreto, o magistrado se convencer de estarem presentes as proposições para a decretação de uma das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal.

A partir da leitura do artigo 321 do Código de Processo Penal, fica claro que o indivíduo apenas poderá estar sujeito às medidas cautelares de que trata o artigo 319 (comparecimento periódico em juízo; proibição de frequentar determinados lugares; impedimento de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se do distrito da culpa ou do País; recolhimento domiciliar; suspensão de função pública ou atividade econômica ou financeira; internação provisória; fiança e monitoração eletrônica), ou então, ter decretado a sua prisão preventiva conforme previsto nos artigos 311 e demais, sempre que se observar a inconformidade ou incapacidade de outras medidas cautelares diversas da prisão (artigo 310, inciso II) e, ainda, se constatar o juiz que não é admissível a transferência da cautela extrema

por outra menos austera entre aquelas previstas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal (artigo 282, inciso I e § 6º, do Código de Processo Penal).

Ressalta-se que, as mudanças introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, segundo Eduardo Cabete (2011) consagram de forma expressa o princípio da legalidade ou tipicidade das medidas cautelares, o que implica em assegurar que, ao acusado ou réu tão somente poderão ser impostas durante toda a investigação ou instrução do feito as medidas restritivas cuja conjectura de cabimento esteja disposta no Código de Processo Penal ou, eventualmente, em preceito de mesma natureza implantada em legislação esparsa, não sendo permitido ao juiz por outra forma restringir, total ou de forma parcial, a liberdade do indivíduo no trâmite da persecução penal.

#### 3.4 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE

A Lei nº 12.403/2011 teve o mérito de condescender o texto da norma processual penal ao da Constituição Federal de 1988, trazendo a lume relevante projeção do princípio da proporcionalidade que é proeminente ao juízo de apropriação e necessidade das medidas cautelares pessoais (MACHADO, 2013).

De qualquer modo, ainda conforme Felipe Machado (2013) o juízo de proporcionalidade *lato sensu* considerado (razoabilidade, adequação e necessidade) é norma inerente ao “devido processo legal”, designadamente o devido processo legal “substancial” (artigo 5º, inciso LIV, Constituição Federal), e, ainda, pode-se asseverar que também é sua expressão, apesar do modo “implícito”, a segurança de que o indivíduo tão somente poderá ser recolhido à prisão (seja a custódia cautelar ou determinante), por decisão judicial devidamente embasada (artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal e artigo 283, *caput*, Código de Processo Penal), sendo-lhe garantida a conservação de seu “*status libertatis*” ao longo da investigação penal, sempre que não existir necessidade de aplicação de uma qualquer medida cautelar a fim de garantir efetivamente a aplicação da lei penal ou para dar garantia a investigação ou a instrução criminal, ou, em condições excepcionais, evidenciadas em concreto, para impedir a reincidência da atividade criminosa (artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal e artigo 321, Código de Processo Penal).

Ademais, para impetrar tal desiderato, a Lei nº 12.403/2011, modificando e inovando a escrita de alguns dispositivos do Código de Processo Penal, instituir à disposição do Magistrado uma maior possibilidade de decretação de medidas cautelares, acordando e sistematizando a preceito processual nessa matéria (OLIVEIRA, 2013),

Percebe-se que a partir do novo texto normativo, se não for a ocorrência de assegurar a manutenção da liberdade de locomoção do réu ou acusado, por ser imprescindível a sua restrição em alguma medida, o juiz poderá aferir qual a medida cautelar mais adequada conforme os parâmetros elencados pelo artigo 282 do Código de Processo Penal, em sua nova redação, indicando dentre as medidas restritivas apresentadas pelo artigo 319 (incisos I até IX) do Código de Processo Penal, aquela ou aquelas que melhor atender aos objetivos previstos pelo artigo 282 do Código de Processo Penal, ou, em último caso, como medida mais austera decretar a prisão preventiva (artigo 311 do Código de Processo Penal) ou a prisão domiciliar (artigo 317 do Código de Processo Penal).

Tais medidas cautelares foram ponderadas pelo legislador conforme a sua gravidade e maior capacidade de intervir ou limitar a liberdade de locomoção do indivíduo. O princípio da proporcionalidade será ressaltado na medida em, averiguada a necessidade de decretação de uma tutela cautelar, o juiz certifica-se de que, de fato, a limitação indicada sendo idônea (apropriada) para garantir as requisições cautelares do processo e proporcionais à gravidade do delito e também à pena que possível poderá ser aplicada ao réu ou acusado (TOURINHO FILHO, 2012)

Constata-se que a adequação e proporcionalidade da medida cautelar devem ser ponderadas “qualitativamente e quantitativamente”. É considerada qualitativamente apropriada uma medida cautelar quando, para conseguir o seu desígnio, o juiz indicar aquela que seja mais conveniente ou idônea a alcançar o desígnio de que trata o inciso I, do artigo 283 do Código de Processo Penal. É quantitativamente apropriada quando devidamente ponderada a sua duração e intensidade, também tendo em conta os desígnios que se procura alcançar com a sua decretação (NICOLITT, 2011).

De igual modo, o princípio da adequação e proporcionalidade, portanto, tem aplicação concreta no caso do artigo 283, § 1º do Código de Processo Penal, que proíbe a aplicação de qualquer medida cautelar à infração penal a que não for isolada, alternativamente ou cumulativa atribuída pena privativa de liberdade, se despontando também na redação do parágrafo único do artigo 310 e artigo 314 do Código de Processo Penal (OLIVEIRA, 2013).

### 3.5 PRINCÍPIO DA PRECARIIDADE

O princípio da precariedade em matéria de medida cautelar de caráter pessoal estabelece impedimento intransponível à decretação indiscriminada de medidas restritivas do direito à liberdade de locomoção no curso da ação penal ou de procedimento investigatório, em respeito, especialmente, ao princípio da presunção de não inocência ou da culpabilidade (MACIEL, 2011).

Em relação a conformidade com o princípio da precariedade, apenas é de se decretar uma medida cautelar na proporção em que a restrição imposta ao indivíduo seja admissível e “suportável”, sendo de todo condenável que a mesma se prolongue além do imprescindível para atingir aos desígnios previstos no artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

De acordo com Felipe Machado (2013), a precariedade da medida cautelar, como mencionado, determina que, para a legitimação de qualquer restrição da liberdade de locomoção estabelecida antes que se tenha uma decisão condenatória sob trâmite em julgado, apenas é permitida desde que efetivamente indispensável e possa ser suportada pelo acusado ou réu, sempre em condutância com as conjunturas em que perpetrado o delito e as circunstâncias pessoais do indivíduo que deverá suportá-la.

### 3.6 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

Atualmente, o princípio da necessidade das medidas cautelares é expressão do inciso I, do artigo 282 do Código de Processo Penal e também do § 1º, do artigo 283 e parágrafo único do artigo 310, da mesma norma processual penal, despontando tais dispositivos, desde logo, que a decretação de qualquer medida cautelar nas hipóteses que é totalmente descabida e não necessária (NICOLITT, 2011).

Verifica-se, que, o condenado, o réu, o juiz não lhe aplicará qualquer pena privativa de liberdade ou que, nas circunstâncias em que cometido o delito, o indiciado, acusado será beneficiado por algum pretexto de exclusão de ilicitude (artigo 23 do Código Penal) é notório que não será imprescindível a decretação de quaisquer das medidas cautelares elencadas na norma processual penal (TOURINHO FILHO, 2012).

### 3.7 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Quanto à medida da prisão cautelar, pode-se afirmar que sua decretação está direcionada à observância do princípio da subsidiariedade, norma que se encontra implementada no inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, expresso quanto a possibilitar a prisão tão somente quando alguém for “surpreendido em flagrante delito”, através de ordem escrita e embasada de autoridade judiciária (prisão preventiva e decorrente de sentença condenatória definitiva, deste modo), observados as ocorrências de transgressão militar ou crime propriamente militar (CARVALHO, 2009).

De acordo com Lopes Jr. (2011) o princípio da subsidiariedade da medida cautelar também é prescrição do inciso LXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, quando leciona que é vetada a prisão quando a lei aceitar a liberdade “provisória” (termo que se reputa de uso inadequado), com ou sem pagamento de fiança. Dispõe o mesmo entendimento do texto constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, em sua redação atual (Lei nº 12.403/2011). Ressalta-se, entretanto que a subsidiariedade desta cautela extrema também se encontra

expressamente disposta no artigo 282, §§ 4º e 6º, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

Conforme o disposto no § 6º ao determinar que: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (artigo 319)”, e, ainda, do quanto verifica no artigo 310, inciso II, Código de Processo Penal, que exclusivamente autoriza a adoção da prisão em flagrante delito em preventiva quando se “revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão” (a propósito também o artigo 321 do Código de Processo Penal em sua redação atual).

### 3.8 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Com a alteração instituída pela lei 12.403/2011 no Código de Processo Penal, estabeleceu no artigo 282, § 3º, a precisão do contraditório prévio na decretação das medidas cautelares. Antes da reforma, as medidas eram implementadas sem a oitiva da parte contrária, deixando o cumprimento do contraditório para depois a execução do ato (MACIEL, 2011).

O mencionado artigo, inspirado no artigo 194, inciso II, do Código de Processo Penal busca determinar um contraditório prévio nas medidas cautelares, ressalvado as ocorrências de contrassenso, impossibilidade ou de urgência.

Andrey Mendonça (2011) afirma que a nova ordem, em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos e com a Constituição Federal de 1988, assevera que a restrição à liberdade do acusado necessita proceder não meramente de uma ordem judicial, mas, fundamentalmente, de um processo qualificado por garantias mínimas, dentre estas o contraditório. Tendo pressupostos elementos que possam contraditar na decretação da medida cautelar, admitindo ao Magistrado analisar diante de ocorrências mais consistentes.

### 3.9 PRINCÍPIO DA JUDICIALIDADE OU JURISDICIONALIDADE

Greco Filho (2010) afirma que, a participação do juiz na execução da pena não transcorre excepcionalmente do princípio do amparo judiciário, consagrado de forma expressa na redação texto constitucional. A lei estabelece a aplicação dos princípios e normas do Código de Processo Penal, como implicação da lógica da integração existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança do ordenamento jurídico, especialmente os que regulamentam em caráter complementar e essencial as implicações postas pela execução, como bem leciona a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

Segundo Mendonça (2011) a jurisdicionalidade é a atividade pela qual o Estado objetiva solucionar os conflitos de interesse, aplicando de forma efetiva o Direito no caso concreto. Ressalte-se que, a jurisdição é aplicada através do processo, que é uma subsequência ordenada de atos que direcionam para a solução do litígio através da sentença e que abrange uma relação jurídica entre as partes litigantes e o poder do Estado.

A própria Exposição de Motivos acima mencionada, de modo cristalino, elucidando que é necessário a necessidade de uma justiça particularizada, sendo que a norma legal deixa claro que a atividade de execução não é meramente administrativa, ou seja, é uma atividade de caráter jurisdicional (CAPEZ, 2012, p. 17).

### 3.10 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO

Conforme leciona Misael Montenegro Filho (2014) toda a decisão judicial deve ser embasada dando às partes envolvidas o ensejo de compreender efetivamente os motivos daquela decisão e poder, se for o caso recorrer por meio de recurso para cada caso. Se isso não for considerado, a parte poderá apresentar embargos declaratórios para que o meritíssimo se manifeste sobre sua omissão. Deve-se, porquanto, ser baseada a decisão judicial, que é gênero, do qual são espécies a sentença, o acórdão e as decisões interlocutórias, esta mesma que de forma concisa.

O autor Montenegro Filho (2014, p. 87) assevera o entendimento aduzindo o seguinte:

Todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, dando-se especial enfoque às de natureza interlocutória, sobrelevando ressaltar as liminares deferidas em medidas cautelares, mandados de segurança, possessórias e ações civis públicas, além das antecipações de tutela.

Pertinente elucidar que, a motivação das decisões constitui que o magistrado deverá apresentar às partes e aos demais interessados como se convenceu, para chegar àquela decisão final. Deve de forma objetiva e clara demonstrar o porquê agiu de tal forma decidindo em favor de uma das partes e contrário à outra, não sendo suficiente mencionar, por exemplo, que o autor tem razão e a ação sendo procedente porque conforme com as provas dos autos fica evidente que o réu empreendeu ato ilícito.

### 3.11 PRINCIPIO DA PROVISIONALIDADE

No que se concerne ao princípio da provisionalidade, disposto nos §§ 4º e 5º do artigo 282 do Código do Processo Penal, este traz a possibilidade das medidas cautelares serem trocadas ou revogadas, quando existir alteração na situação concreta.

Sobre o princípio da provisioriedade ou precariedade, Gonçalves apud André Nicolitt, leciona que:

[...] A doutrina portuguesa afirma que as medidas cautelares se regem pelo princípio da precariedade, pois sendo o arguido (indiciado ou acusado) presumidamente inocente, a pena não pode ser antecipada, e qualquer limitação à liberdade individual do indiciado ou acusado, anterior ao trânsito em julgado, deve não só ser socialmente necessária como também suportável (2011, p. 38).

Ressalta-se que, o princípio da provisionalidade depois conhecido como precariedade determina que as medidas cautelares devem ter tempo delineado para sua duração, sobretudo quando a cautelar aplicada for a prisão, já que afeta o direito de liberdade da pessoa.

### 3.12 PRINCIPIO DA PROVISORIEDADE

A provisoriedade constitui que as medidas cautelares têm caráter provisório (temporário) visto que, as mesmas têm vigência restringida no tempo, durando um período determinado ou, no máximo, até o trâmite em julgado de uma sentença condenatória.

No mesmo sentido compreende Greco Filho (2012) quando afirma que a prisão cautelar, por não ser decisiva, deve persistir exclusivamente enquanto o processo principal não chegue até o final.

Ainda nessa linha de entendimento, explica Aury Lopes Jr (2013) esse princípio manifesta-se com a curta duração que deve ter a prisão cautelar, pois se trata apenas de uma tutela, não podendo assumir caráter de adiantamento de pena. Neste mesmo raciocínio, depreende-se que as medidas cautelares diversas da prisão, ao serem impostas, deverão seguir a ótica do princípio da provisoriedade, de forma que o cumprimento da mesma não se perpetue no tempo.

Observa-se que neste caso constitui um dos maiores problemas do sistema cautelar: a incondicional indeterminação acerca da duração da prisão cautelar. Interpelando-se a prisão temporária que tem tempo determinado em norma e antecede o próprio processo, a prisão preventiva prossegue sem limite temporal definido e sem que tenha a obrigatoriedade periódica de reanálise acerca de seus fundamentos e pré-requisitos.

### 3.13 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PRISÃO

O princípio da razoável duração do processo, dentre os princípios fundamentais foi inserido no rol do artigo 5º da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 45, o inciso LXXVIII, que assegura a admissível duração dos processos judiciais e administrativos, também denominado de princípio da celeridade processual. Este dispositivo tem o desígnio de assegurar a todos os litigantes tanto judicial como

administrativamente, uma medida concreta em prazo não demasiadamente longo, visando buscar uma maior celeridade, qualidade e, eficácia na atividade jurisdicional do Estado (AURY LOÉS, 2012).

No entendimento de Capez (2012), todo acusado tem o direito de ser julgado em um prazo não demasiadamente longo, não ficando o acusado, por tempo indeterminado a disposição da justiça, até porque ao final do trâmite do processo o inculpatado poderá ser absolvido e neste caso o dano ocasionado pela longa espera é muito grande.

Ressalte-se que, mediante a implementação constitucional do princípio da razoabilidade, sua observância pelos Poderes Estatais se torna imprescindível e indispensável, instituindo uma diretriz presente no senso comum. Devido à atual omissão legislativa acerca de estabelecer os parâmetros do que seja razoabilidade, o operador jurídico deve identificar a lógica do razoável no caso concreto, apreendendo a realidade em função dos valores que a instituem.

### 3.14 PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE

O princípio da excepcionalidade, também denominado por alguns doutrinadores de “caráter subsidiário da prisão cautelar”, prescreve que a segregação cautelar deve ser empregada tão somente em casos extremos. Isto sobrevém do fato de a medida cautelar ser uma medida drástica, causadora de terríveis reflexos para o sujeito passivo que a sofre, bem como na esfera social e, por conseguinte, deve fugir da regra, sendo reservada para condições extraordinárias, em que as demais medidas cautelares sejam insuficientes ou impróprias (GARCIA, 2013).

Lopes Jr. (2013) assevera que a existência de dois interesses em jogo, de complexo equilíbrio, aparentemente opostos, sobre os quais direciona o processo penal: de um lado o direito à liberdade individual e, de outro, o interesse do Estado em conservar a efetividade da instrução criminal, em face de seu direito-dever de penitenciar. Verifica-se, deste modo, a imprescindibilidade do princípio da excepcionalidade, como uma forma de impor que a decretação da prisão cautelar seja a ultima ratio, um verdadeiro remédio nefasto.

Assim, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII), pois qualquer medida restritiva, parcial ou total, da liberdade, antes do trâmite em julgado da condenação, deve ser excepcional e com natureza cautelar, principalmente porque sempre há de existir o risco de vir o acusado a ser absolvido. Enfatiza-se que as medidas cautelares não podem ter como escopo o cumprimento dos desígnios próprios da pena, ou seja, não pode ter a prisão processual caráter meramente retributivo, preventivo ou preventivo, mas exclusivamente tutelar os intuitos da própria persecução penal (LOPES JR. 2013).

## 4 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Na redação do artigo 319 do Código do Processo Penal encontra-se as seguintes medidas cautelares:

- I — comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II — proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III — proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV — proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V — recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI — suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII — internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII — fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX — monitoração eletrônica”.

O artigo 320 do Código de Processo Penal refere-se destacadamente à proibição de ausentar-se do País, dizendo que a adoção de tal medida será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

### 4.1. COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO.

A primeira medida cautelar catalogada no artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal é branda, porém, suficiente para determinados casos de menor

gravidade: comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.

Sob tal condição, deverá o agente apenas comparecer no cartório do juízo que fixou a obrigação a cada mês, bimestre, trimestre ou prazo que se determinar, tal como ocorre com o sursis (artigo 78, § 2º, c, do Código Penal) e o livramento condicional (artigo 131 da Lei de Execuções Penais). O comparecimento é pessoal e obrigatório.

Segundo Andrey Mendonça (2011), a finalidade da medida é fazer com que o agente preste contas a respeito de suas atividades profissionais e sociais. É uma espécie de monitoramento que se estabelece, mas que não se confunde com o monitoramento eletrônico, é claro. Na prática, em relação ao sursis e ao livramento condicional o cumprimento desta obrigação tem se revelado sem muito sentido ou efeito, pois tudo não passa de um simples “carimbar a carteirinha”.

#### 4.2. PROIBIÇÃO DE FREQUENTAR DETERMINADOS LUGARES

Prevista no inciso II do artigo 319 do Código de Processo Penal, consiste esta medida na 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. Mendonça (2011) discorre que, o que se busca é evitar o cometimento de nova infração penal nas mesmas circunstâncias que a anteriormente praticada, critério de necessidade da medida também apontado no artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal.

A restrição pode ser aplicada com vistas a evitar a prática de crime contra a vida, a integridade física, a incolumidade pública, o patrimônio etc., bem por isso muitas vezes estará relacionada com a proibição de frequentar estádios de futebol, bares, casas noturnas e estabelecimentos do gênero.

Não se trata de restringir a presença do agente em determinado bairro ou cidade, mas a local específico, particularizado. Sem prejuízo da aplicação de outras

medidas previstas na legislação em vigor, o artigo 22 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) permite a aplicação de medida protetiva de urgência consistente na proibição do agressor de frequentar determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

Em relação ao sursis, o artigo 78, § 2º, a, do Código Penal tem disposição semelhante, o mesmo ocorrendo quanto ao livramento condicional, conforme o artigo 132, § 2º, c, da Lei de Execuções Penais.

#### 4.3. PROIBIÇÃO DE CONTATO COM PESSOA DETERMINADA

Não raras vezes, especialmente nos casos de crimes praticados contra a mulher no ambiente familiar, para os quais a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) já dispõe de regras particulares, a proibição de manter contato com pessoa determinada é medida imprescindível, com vistas a evitar o cometimento de novos ilícitos e a intranquilidade da vítima.

Não é diferente, por exemplo, nos casos de crimes contra a dignidade sexual, especialmente aqueles praticados contra vulnerável, onde a distância do agressor é sempre recomendada. É preciso, entretanto, que esta medida se justifique por circunstâncias relacionadas com o fato que deu ensejo à instauração da investigação policial ou processo penal de onde se extrai a necessidade de sua aplicação. Não se trata de imposição aleatória, sem qualquer vinculação com o fato passado (MENDONÇA, 2011).

É imprescindível a existência de nexo entre a conduta e o comportamento futuro que agora se busca evitar, reduzindo as oportunidades de contato entre os envolvidos, por iniciativa do investigado ou acusado, daí referir a lei que sua aplicação só terá cabimento quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante da vítima.

A propósito da Lei Maria da Penha acima citada, diz seu artigo 22, inciso III, letras “a e b”, que constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a

mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I — (...)

II — (...)

III — proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação.

Estas medidas podem ser aplicadas sem prejuízo da concomitância de outras medidas previstas na legislação em vigor, especialmente aquelas listadas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

#### 4.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA

Segundo Lopes Jr. (2011) tal proibição de ausentar-se da comarca, prevista no inciso IV do artigo 319 do Código de Processo Penal, não tem por objetivo evitar a prática de novo delito, mas influenciar de forma positiva na apuração dos fatos passados, ou, como diz a lei, “quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”.

A avaliação da necessidade e adequação de sua imposição deve passar pela apuração das reais vantagens para os destinos da investigação ou instrução criminal, sem o que não estará justificada. Note-se que o afastamento proibido não é do município em que residir o agente, mas da comarca, que pode ser composta por um, dois ou vários municípios. O trâmite nos limites territoriais da comarca está permitido (LOPES JR. 2011).

Embora a lei não diga expressamente, devemos entender que é a comarca em que residir o agente, à semelhança da condição do sursis prevista no artigo 78, § 2º, b, do Código Penal, e a comarca em que residir o agente nem sempre coincidirá com a comarca em que tramitarem as investigações ou o processo.

Caso seja necessário que o investigado ou acusado se ausente da comarca, deverá formular requerimento prévio, devidamente instruído, e encaminhar ao juiz

competente, que antes de decidir deverá determinar a abertura de vista dos autos ao Ministério Público a fim de que se manifeste.

Segundo Nicolitt (2011), na hipótese de afastamento da comarca sem autorização prévia, mas por alguma razão emergencial, motivo de força maior, como é caso a necessidade de prestar socorro imediato a terceira pessoa ou mesmo buscar atendimento médico-hospitalar específico, logo após a violação deverá o agente antecipar-se em justificar o descumprimento ao juiz competente, por petição instruída com documentos, sempre que possível, a fim de que não se exponha à possibilidade de suspensão cautelar da medida restritiva até que aguarde audiência de justificação, prévia à revogação definitiva. Esta restrição tem limitação lógica e temporal: o término da instrução processual.

Encerrada a instrução, não haverá fundamento para mantê-la ou aplicá-la por ocasião do parágrafo único do artigo 387 ou do artigo 413, § 3º, ambos do Código de Processo Penal.

#### 4.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR

O recolhimento domiciliar está previsto no inciso V do artigo 319 do Código do Processo Penal e pode revelar-se restrição de imensa valia na contenção de determinados infratores. Consiste em determinar a permanência em domicílio no período noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tiver residência e trabalho fixos. Considera-se período noturno aquele compreendido entre as 18 horas de um dia e as 6 horas da manhã seguinte. É o tempo que, em regra, se destina ao repouso noturno, quando então as pessoas se recolhem aos seus lares depois de longa jornada diária, segundo os costumes sociais.

Domicílio é o lugar onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo (artigo 70 do Código do Processo Penal). A residência é o local, espaço físico habitado pelo indivíduo. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas (artigo 71 do Código Penal). Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção

manifesta de mudar (artigo 74 do Código Penal). E se o indiciado ou acusado tiver mais de uma residência? Pela letra do artigo 71 do Código Penal, considerar-se-á domicílio qualquer delas. Nesta hipótese, quando da imposição da medida, o juiz fará consignar no ato decisório em qual delas deverá permanecer.

Em tais casos não poderá ocorrer deslocamento entre uma e outra dentre as residências, salvo se o agente contar com autorização judicial prévia e específica. Ficará sem sentido a imposição da restrição caso o agente não disponha de residência tampouco emprego fixo. Se o agente estiver ativado em trabalho noturno a restrição não poderá ser imposta, por representar medida desnecessária, inadequada e limitadora da subsistência do inculpa e de seus eventuais dependentes (NICOLITT, 2011).

É indispensável, ademais, que exista nexos entre o delito praticado e a restrição, sem o que não estará evidenciada a necessidade e adequação da medida. O artigo 317 do Código de Processo Penal trata da prisão cautelar domiciliar, modalidade distinta, que não se confunde com a medida cautelar de que ora se cuida. A prisão cautelar domiciliar criada com a Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, é medida substitutiva à prisão preventiva, cabível somente naquelas hipóteses taxativamente listadas no artigo 318 do Código de Processo Penal. O ordenamento jurídico também contempla a limitação de fim de semana como pena restritiva de direitos (artigo 43, inciso VI, do Código Penal), que deve ser cumprida na forma dos artigos. 151 a 153 da Lei de Execuções Penais (NICOLITT, 2011).

O artigo 36, § 1º, parte final, do Código Penal, quando disciplina regras para o regime aberto, estabelece que o preso deverá permanecer recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. O Código Penal brasileiro também fala em repouso noturno quando trata de regras do regime fechado (artigo 34, § 1º) e de modalidade de furto com aumento de pena (artigo 155, § 1º). O artigo 132, § 2º, b, da Lei de Execução Penal lista como condição facultativa do livramento condicional o recolhimento à habitação em hora fixada (MENDONÇA, 2011).

#### 4.6. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA

O inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal estabelece uma restrição, consistente na suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

De acordo com Nicolitt (2011), a suspensão não se confunde com a perda da função pública, que constitui efeito da sentença penal condenatória (artigo 92, inciso I, letras “a e b”, do Código Penal), tampouco com a pena de interdição temporária de direitos previstos no artigo. 43, inciso V, do Código Penal, cuja execução está regulada nos artigos. 154 e 155 da Lei de Execução Penal. Nesta mesma linha, o artigo 56, § 1º, da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) instituiu a possibilidade de afastamento cautelar do funcionário público de suas atividades, por ocasião do despacho de recebimento da denúncia que imputar contra ele a prática de qualquer das condutas tipificadas nos artigos. 33, caput e § 1º, e 34 a 37.

O conceito de funcionário público, para efeitos penais, extrai-se do artigo. 327 do Código Penal, onde encontramos: “Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Por atividades de natureza econômica ou financeira tome-se a título de exemplo, dentre outras, aquelas ligadas ao Ministério da Fazenda; Secretarias Estaduais e Municipais da Fazenda Pública; bancos; bolsa de valores, mercado de capitais etc.

Como nas demais situações, e aqui um pouco mais evidente, é imprescindível que exista nexa entre o delito praticado e a medida restritiva, mas não é necessário que o delito tenha sido praticado no exercício das funções, bastando que em razão delas.

O inciso II do artigo 282 do Código de Processo Penal estabelece como critério para fixação de medidas cautelares: 1º) a necessidade para aplicação da lei penal; 2º) a necessidade para a investigação ou a instrução criminal; 3º) e, nos

casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Pois bem. Parece claro que a medida de suspensão poderá ser extremamente valiosa e até mesmo imprescindível para o êxito de determinada investigação ou instrução criminal, com vistas a preservar e garantir a fidelidade da prova.

Mas neste caso, estranhamente, o legislador preferiu restringir a aplicação da medida de suspensão apenas para as hipóteses em que houver justo receio da utilização da função pública, da atividade de natureza econômica ou financeira, para a prática de infrações penais. A propósito, deveria ter dito: justo receio de sua utilização para a prática de nova infração penal, porque a verificação de infração penal é pressuposto para a aplicação da medida (NICOLITT, 2011).

Verifica-se que não é difícil arruinar esta tentativa de limitar o alcance da restrição, está mazela da lei, de forma a permitir seja aplicada em busca da preservação da prova, já que o artigo 347 do Código Penal tipifica o crime de fraude processual, que consiste em inovar artificialmente, na pendência de investigação policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito.

Por força deste raciocínio, portanto, e sob a perspectiva da prática do crime referido, é possível se imponha a restrição que, deste modo, em última análise servirá para a idoneidade da investigação ou da instrução criminal, sob o fundamento único de evitar a prática de novas infrações penais. Contra a malícia, a inteligência.

Não admitir a medida cautelar com vistas à preservação da idoneidade da prova, no mais das vezes irá significar expor o agente à possibilidade de prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal, quando presentes os demais requisitos da lei (NICOLITT, 2011).

A suspensão cautelar não é inconstitucional, e quando determinada não poderá ensejar prejuízo no recebimento de vencimentos. Determinada a suspensão, sendo caso, a autoridade judiciária fará providenciar para que o órgão público a que o imputado esteja vincula do seja oficialmente comunicado quanto ao teor da decisão, inclusive para que não se ofenda o princípio da continuidade dos serviços, inerente às atividades da Administração Pública (MENDONÇA, 2011).

#### 4.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

A internação provisória, prevista no artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, é medida de aplicação restrita aos autores de ilícitos praticados mediante emprego de violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser ele inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.

Ao contrário das demais reguladas no artigo 319, é medida cautelar privativa da liberdade. Não tem por objetivo preservar a idoneidade da prova, mas evitar a reiteração delitiva. Embora a lei não diga expressamente, só tem pertinência em relação aos delitos praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, e não contra objetos e coisas.

Pressuposto, ainda, é a existência de laudo pericial atestando ser o agente inimputável ou semi-imputável, na forma do artigo 26 do Código Penal. Mas não é só. Também se faz imprescindível que no laudo os peritos apontem claramente a possibilidade de reiteração na conduta, afirmação que, convenhamos, não é nada fácil se fazer com responsabilidade após uma única entrevista, quiçá com muitas, em verdadeiro e questionável exercício de futurologia (NICOLITT, 2011).

Segundo Edilson Bomfim (2012) a regulamentação é falha, pois o legislador pronunciou menos do que deveria dizer. Com efeito, a internação provisória só se justifica em relação aos casos de inimputabilidade, pois, para os casos de semi-imputabilidade basta, em regra, o tratamento ambulatorial. Se considerarmos, entretanto, que quem pode o mais pode o menos, é de admitir a imposição de tratamento ambulatorial, que, em última análise, traduzirá benefício ao agente, se comparada esta com a medida de internação, que é privativa da liberdade.

Aplica-se aqui a interpretação *in bonam partem*, sem que disso decorra violação à taxatividade das medidas. Em que local deverá ocorrer a internação? Embora a lei processual penal não diga, a resposta é apresentada no artigo 96, inciso II, do Código Penal: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado.

Permite-se, portanto, diante da omissão do Estado, internação em hospital particular especializado. Como diz o artigo 99 do Código Penal, “o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”. O tratamento ambulatorial é feito em meio livre, em clínica ou hospital especializado. A qualquer tempo poderá ser realizada nova avaliação pericial para verificação da necessidade de manutenção ou adequação da medida restritiva (BOMFIM, 2012).

#### 4.8 FIANÇA

O artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal estabelece a fiança como medida cautelar diversa da prisão, a qual denominamos “fiança restritiva”, em contraste com a “fiança libertadora ou liberadora”, que se pode prestar como contracautela à prisão em flagrante. Na aferição da adequação, necessidade e suficiência, deverá o juiz pautar sua decisão com vistas a: 1º) assegurar o comparecimento a atos do processo; 2º) evitar a obstrução do seu andamento; ou 3º) em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

A fiança pode ser concedida e, portanto, prestada, em qualquer fase do inquérito ou do processo, mas esta afirmação reclama uma reflexão maior, já que o artigo 310 do Código de Processo Penal determina que no momento do controle jurisdicional que se segue à prisão em flagrante (artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal), o juiz deverá: relaxar a prisão, se ilegal; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com medidas cautelares; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, e não se revelarem suficientes ou adequadas as medidas cautelares diversas da prisão (LOPES JR, 2013).

Nestes termos, a fiança libertadora da prisão em flagrante, a rigor, só terá cabimento dentro do período que medeia a lavratura do auto de prisão e a materialização do artigo 310 do Código de Processo Penal. Daí por diante só será possível pensar em fiança enquanto medida cautelar regulada no artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal, sendo possível, neste caso, que mesmo depois de decretada a prisão preventiva por ocasião do artigo 310 ou durante o processo, reconsidere o juiz a respeito da necessidade e utilidade do encarceramento, ocasião

em que poderá fazer cessar a privação cautelar da liberdade e aplicar a medida diversa denominada fiança.

Torna-se necessário distinguir, portanto, a fiança que está vinculada ao instituto da liberdade provisória, que se segue à prisão em flagrante, da fiança regrada no artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal, pois, embora ambas estejam moldadas pelos artigos 322 e seguintes, na essência, a aplicação de cada uma tem fundamento de fato e de direito distinto. Enquanto uma pressupõe, sempre, a existência de prisão em flagrante, a outra não, e poderá ser aplicada na fase de investigação ou do processo, até mesmo em relação a quem não tenha sofrido qualquer privação de liberdade.

#### 4.9 MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Isolada ou cumulativamente, uma das medidas mais eficientes, se bem aplicada e executada, é a cautelar de monitoramento eletrônico, autorizada no inciso IX do artigo 319 do Código de Processo Penal, e são muitas as vantagens (LOPES JR, 2013).

Segundo Eugênio Oliveira (2013), o monitoramento eletrônico “evita os efeitos nefastos da dessocialização do encarceramento” — principalmente para os delinquentes primários — e facilita a manutenção pelos familiares e o exercício de uma atividade profissional. Esse sistema permite, também, diminuir a taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários, acolhendo réus e condenados, as pequenas ou médias penas, a um custo bem menor. A prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico afasta de seus beneficiários a promiscuidade e as más condições de higiene, a ociosidade e a irresponsabilidade, encontradas em tantas prisões.

Trata-se de um tipo de punição que não acarreta o estigma associado ao encarceramento, assegurando a continuação de uma vida ‘normal’ aos olhos do empregador e junto da família” (OLIVEIRA, 2013).

Existem várias tecnologias disponíveis no mercado, prontas para este tipo de monitoramento, em regra feito por GPS (Global Positioning System, ou Sistema de

Posicionamento Global), e que pode ocorrer pelo uso de pulseira; tornozeleira, implante de chip no corpo humano etc (OLIVEIRA, 2013).

No Brasil a Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010, instituiu a possibilidade de monitoramento eletrônico em relação a condenados, durante a execução da pena. Em razão dos vetos a que fora submetido o Projeto que deu origem à Lei n. 12.258/2010, no processo executório o monitoramento eletrônico somente poderá ser aplicado nas duas hipóteses taxativamente previstas. São elas: 1ª) em relação àqueles beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto (artigos 122 a 125 c/c o artigo 146-B, inciso II, todos da Lei de Execuções Penais); 2) aos que se encontrarem em prisão domiciliar (artigo 117 c/c o artigo 146-B, inciso IV, ambos da Lei de Execuções Penais).

## **5 DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO A PARTIR DAS INOVAÇÕES INSTITUÍDAS DA LEI 12.403/2011**

A Lei nº 12.403/2011 prevê que crimes praticados por organizações criminosas poderão ser processados e julgados em primeiro grau de jurisdição por órgão colegiado. Assim, estabelece o artigo 1.º da Lei que em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente para (I) decretação de prisão ou de medidas assecuratórias; (II) concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão; (III) sentença; (IV) progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena; (V) concessão de liberdade condicional; (VI) transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e (VII) inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

De acordo com o texto legal, o juiz poderá instaurar o colegiado, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento ao órgão correcional (§ 1.º do artigo 1.º da Lei 12.694/2012). Esse colegiado será formado pelo juiz do processo e por outros dois juízes escolhidos por sorteio eletrônico entre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição (§ 2.º do artigo 1.º da Lei 12.694/2012).

A competência do colegiado, ressalva o legislador (§ 3.º), deve ser limitada ao ato para o qual foi convocado (por exemplo, decretação de medida assecuratória como quebra de sigilo telefônico ou pedido de prisão preventiva. Caso a publicidade das reuniões do colegiado arrisque a eficácia da decisão, tais reuniões podem ser sigilosas (§ 4.º), havendo a possibilidade de que a reunião do colegiado ser feita pela via eletrônica caso os juízes estejam domiciliados em cidades diversas (§ 5.º).

A lei determina, ainda, que as decisões do colegiado sejam publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro (§ 6.º). Debate-se se a Lei 12.694 teria instituído no Brasil a figura do “juiz sem rosto” ou “juiz anônimo”, nos moldes do que já foi instituído em outros países, como Colômbia e Peru, para a proteção de magistrados à frente do processo e julgamento envolvendo

criminalidade organizada. Na Colômbia, por exemplo, o “juiz sem rosto”, criado no início dos anos 1990 para preservar juízes e promotores que estavam sendo vítimas de terrorismo, jamais era identificado pelo réu e seu defensor: suas decisões eram assinadas por meio de códigos. Dez anos depois a Corte Constitucional daquele país extinguiu a figura do juiz sem rosto, por violação à garantia do devido processo legal.

Observa-se que a Lei 12.694, embora esteja sendo referenciada como a “lei dos juízes sem rosto”, não mantém secreta a identidade do julgador. Ainda, as decisões do colegiado devem, como todas as decisões judiciais, ser fundamentadas e assinadas, sem exceção, por todos os seus integrantes. A diferença é que na publicação da decisão não há referência a eventual voto divergente.

Pretendeu o legislador, com a criação de um colegiado de primeiro grau, pulverizar a responsabilidade pelo ato jurisdicional praticado e assim preservar os magistrados de pressões, ameaças, riscos à vida ou integridade física sua e de seus familiares. Críticas à legislação alegam que o colegiado ofenderia a garantia do juiz natural, uma vez que os dois outros juízes designados para aquela decisão não seriam originariamente competentes para conhecer e julgar o feito.

Destaca-se a possibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão envolvendo lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e organização criminosa quando o agente é impossibilitada de atuar em vistas de integrantes responsáveis estarem presos, conforme HC 376.169-GO, julgado em 1/12/2016, Dje 14/12/2016.

## 5.1 PECULARIEDADES DAS MEDIDAS CAUTELARES

Com relação ao tema alerta Lopes Junior (2011, p. 125): “não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva”. A medida alternativa deve ser usada, mesmo que cabível a prisão preventiva, porém em razão da proporcionalidade, houver outra forma de tutelar aquela situação.

Por tal motivo pode-se haver aplicação de medidas cautelares naqueles casos no qual se veda expressamente a preventiva, nos crimes com pena máxima inferior

ou igual a 4 anos (artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal), se presentes, como já explanado o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (LOPES JUNIOR, 2010).

O artigo 313 discipline os limites de aplicação da prisão preventiva, também deverá ser utilizado como balizador nas medidas cautelares diversas, não só por uma questão de coerência e harmonia do sistema cautelar (imposto pela necessária interpretação sistêmica), mas 33 também pelo inegável caráter substitutivo, art. 282, § 6º do CPP (LOPES JUNIOR, 2011, p. 126).

Portanto, mesmo podendo ser aplicadas, quando vedada à preventiva, não podem as medidas cautelares diversas, por conter significativa restrição da liberdade, serem banalizadas.

Medidas como a de proibição de frequentar lugares, de permanecer, e similares, implicam verdadeira pena de “banimento”, na medida em que impõem ao imputadas severas restrições ao seu direito de circulação e até mesmo de relacionamento social. Portanto, não são medidas de pouca gravidade. O maior temor é que medidas sejam deturpadas, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim de expansão de controle (LOPES JUNIOR, 2013, p. 127).

Em outro sentido, cumpre destacar a existência de vedação de imposição de qualquer medida cautelar em alguns casos, mesmo que se mostrem necessárias, conforme afirma Oliveira (2013, p.519): “Trata-se da proibição de sua imposição nos casos em que não for cominada pena privativa de liberdade para a infração penal em apuração ou já sob processo (artigo 283, § 1ª, Código de Processo Penal)”. A citada vedação encontra-se no artigo 283, § 1º, do Código de Processo Penal, o qual se transcreve:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

## 5.2 PROCEDIMENTO DAS CAUTELARES

A reforma no Código de Processo Penal também, além de incluir as medidas cautelares, de acordo com a Lei nº. 12.403/2011 determinou a forma em que serão aplicadas. Inobstante, antes de entrar propriamente no procedimento para a aplicação das Medidas Cautelares, importante destacar que, as Medidas Cautelares podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, vejamos o parágrafo 1º do artigo 282, do Código de Processo Penal: artigo 282. [...] § 1º. As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. [...]

Assim sendo, pode o acusado ou investigado responder a uma ação penal sem ser preso, desde que respeitando as cautelares a ele impostas, sendo ela isolada ou cumulativa, mas substitutiva à prisão. Segundo Nucci (2013, p. 36): “Pode ser levado a cumprir duas medidas cautelares ao mesmo tempo. Em suma, várias hipóteses podem coexistir, desde que harmônicas e fundamentadamente impostas”. O parâmetro para a cumulação é o mesmo usado para a sua imposição, ou seja, a necessidade e a adequação da medida.

Assim, a imposição de fiança, por exemplo, dispensa ao recurso ao monitoramento eletrônico, que, a seu turno, nos parece mais adequado ao recolhimento domiciliar e à proibição de acesso ou frequência de determinados lugares, embora, em relação a essa última cautelar, a execução cumulativa do monitoramento dependerá do grau de tecnologia a ser empregado (GARCIA, 2013, p. 526).

Contudo, para que se possa aplicar Medida Cautelar sendo ela isolada ou cumulativa é necessário observar o procedimento constante no parágrafo 2º do artigo 282, do Código de Processo Penal: artigo 282. [...] § 2º. As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. [...] Ademais, as medidas cautelares possuem caráter autônomo, logo, não dependem de uma, possível, prisão em flagrante para que seja substitutiva dessa, em não sendo necessária a prisão preventiva (art. 312, Código de Processo Penal) (OLIVEIRA, 2013).

Para fins de decretação da medida cautelar, distinta da prisão, impõe-se o seguinte quadro: a) o juiz pode deferi-la, de ofício ou a requerimento das partes, durante o processo; b) o juiz pode decretá-la, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, na fase de investigação criminal (NUCCI, 2013, p. 36).

A fase de investigação criminal, que possui caráter administrativo, detém forte ligação com a possível ação penal dela decorrente, por este motivo, as medidas cautelares podem ser decretas por representação da autoridade policial, conforme previsto no § 2º do artigo 282 do Código de Processo Penal.

A autoridade policial possui capacidade postulatória para tanto, segundo Rangel (2010, p. 525): “a capacidade da autoridade policial, reservada às partes no processo, certamente o é a de representar no curso do procedimento administrativo, cuja consequência, ao fim e ao cabo, na fase de investigação, é a mesma”. Logo, as Medidas Cautelares podem ser decretadas tanto na investigação quanto no processo.

Tem-se, portanto, que a legitimidade para requerer as cautelares na fase de investigação pertence ao Ministério Público – requerimento – e à autoridade Policial (Delegado de Polícia) – representação -, enquanto no processo cabe ao Ministério Público e ao querelante, ao assistente de acusação habilitado e ao Juiz, de Ofício (RANGEL, 2010).

Cumprido frisar que, durante a investigação, não poderá o juiz decretar Medida Cautelar de ofício, dependerá de representação/requerimento, nesse sentido preleciona Nucci (2013, p. 36): “Aliás, essa restrição merece aplauso; quanto menos o juiz atuar, de ofício, na fase policial, mais adequado para manter a sua imparcialidade”.

Porém, quando o legislador restringiu apenas ao Ministério Público e a autoridade Policial a legitimidade para representação na fase de investigação (§ 2º do artigo 282) o fez de forma ilógica, pois excluiu o assistente de acusação e o querelante, os quais nos termos do artigo 311 do Código de Processo Penal tem legitimidade para representar a prisão preventiva, nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

Pode-se entender que, na fase policial, a vítima (futuro querelante, em caso de ação privada, ou assistente de acusação, em caso de ação pública) ainda não teria legitimidade para agir, pois não haveria ação penal ajuizada, ao menos no tocante ao pleito das medidas restritivas à liberdade do indiciado. Porém, autorizou-se que o ofendido (querelante ou assistente) atue na fase investigatória para pleitear a prisão preventiva. Noutros termos, a vítima pode o mais, mas não poderia o menos. Em interpretação sistemática, parece-nos cabível, então, possa a vítima requerer, também, medidas cautelares, diversas da prisão, na fase de investigação, embora o art. 282, §2, silencie a respeito (NUCCI, 2013, p. 37).

O assistente é considerado como parte secundária, mas se pode representar pela preventiva, de igual maneira poderá representar às Medidas Cautelares que figuram menos gravosas que aquela. Já o querelante será, na ação privada, sempre parte, razão pela qual é legítima sua representação para medidas cautelares (NUCCI, 2013).

Note-se que não se abriu à vítima a capacidade para a representação de providência cautelar na fase de investigação, o que não parece adequado e ajustado às hipóteses específicas da ação penal privada, que depende do ofendido até mesmo para que instaure o inquérito policial. Por isso, em face do sistema de persecução penal privada no Brasil, parece-nos irrecusável a legitimidade do ofendido para o requerimento de providências cautelares na fase de investigação (TUCCI, 2015, p. 527).

Ademais, ao Ministério Público deve ser legítimo pleitear Medida Cautelar, quando atuar como fiscal da lei, em ação privada, por ser parte imparcial (NUCCI, 2013). Superada a fase de investigação, não há lacunas, pois o legislador se referiu às “partes” segundo Oliveira (2013, p. 527): “ Já na fase de processo (instaurada a ação penal), caberá às partes (querelante, na ação privada e o Ministério Público, nas públicas) e ao assistente a iniciativa, bem como o juiz, de ofício”. De igual maneira refere-se à legitimidade do juiz:

Não há no direito brasileiro qualquer impedimento à decretação de medidas cautelares por iniciativa do juiz, incluindo a prisão preventiva, quando no curso do processo e justificada pela necessidade de proteção à sua efetividade. Nosso modelo acusatório não contempla a inércia do magistrado em relação à adoção de medidas tendentes a proteger a efetividade do processo, na linha, aliás, de diversos outros ordenamentos jurídicos (RANGEL, 2010, p. 527).

Na mesma esteira, depois de delimitado os legitimados a intentarem as medidas cautelares, o procedimento seguirá de acordo com o previsto no parágrafo 3º do Código de Processo Penal. Vejamos: artigo 282 [...] § 3º. Ressalvados nos 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 tal procedimento se buscou privilegiar o contraditório e a ampla defesa, pois é possível ouvir o interessado (parte contrária), antes que seja decretada a medida (NUCCI, 2013). No entanto, a título de exceção, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia, a medida será decretada sem que se oportunize a manifestação do interessado, dando a esta ciência da medida após a sua efetivação (GIACOMOLLI, 2013).

O procedimento das cautelares é tendente a prevalecer nos casos de urgência o perigo de demora, o que justifica a decretação sem a oitiva do indiciado/acusado, pois detêm o caráter de indispensabilidade nestes casos (NUCCI, 2013). Por fim, a inobservância desta garantia constitucional (artigo 5º, LV) acarretará, a nosso juízo, a nulidade da substituição, cumulação ou revogação da medida cautelar, remediável pela via do habeas corpus (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 23).

Destarte, a medida, a qualquer tempo, poderá ser substituída, conforme prescreve o parágrafo 4º do Código de Processo Penal: artigo 282. [...] § 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 (artigo 312, parágrafo único). Como descrito à Prisão Preventiva ficará, sempre, em último caso, a substituição será realizada frente ao descumprimento de medida anteriormente imposta, analisando o caso a caso, podendo também ser cumulada, além de substituída, por outra que se afigurar mais eficiente. O parâmetro de cumulação segue os termos do § 1º do artigo 282 do Código de Processo Penal, o qual já foi bem cuidado.

Quando da aprovação da nova lei, houve um embate entre as Casas do Congresso Nacional, com relação à atividade do magistrado, de ofício, em se tratando de substituição. O Senado entendia ser cabível apenas na fase processual, já a Câmara retificou, o constante no Projeto de Lei, permitindo a atuação do juiz, de ofício, em qualquer fase.

Segundo Nucci (2013, p. 39): “não deixa de ser estranho, pois o magistrado não pode decretar, de ofício, a medida restritiva, na fase investigatória; enquanto, pode revogá-la, de ofício, nessa mesma fase”. Contudo, não pode o juiz mesmo que a revogue, de ofício, decretar a prisão preventiva, por falta de previsão normativa, resta-lhe, apenas, substituir por outra considerada mais eficiente (NUCCI, 2013).

No geral, a substituição, cumulação ou conversão da medida em prisão pode ser pedida pelo Ministério Público, seu assistente ou pelo querelante. Importante ganho merece registro: finalmente, concede-se ao ofendido a oportunidade de pleitear, legitimamente, medidas mais severas em relação à liberdade do réu (NUCCI, 2013, p. 39). I

Não obstante, outro aspecto procedimental é o constante no parágrafo 5º do artigo 282, do Código de Processo Penal. Nos seguintes termos: § 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 sobrevirem razões que a justifiquem. [...]. Portanto, qualquer medida cautelar seja ela prisional ou não, poderá ser revogada ou substituída, a qualquer tempo, podendo ser novamente decretada, desde que se necessária seja (LOPES JÚNIOR, 2011).

Salvo entendimento contrário, o parágrafo 6º do art. 282, do Código de Processo Penal, é um dispositivo de suma importância incluído quando da reforma de 2011, no tema de Medidas Cautelares, pois a prisão tornou-se o último instrumento a ser utilizado, enfatiza-se assim a análise da adequação e suficiência das medidas cautelares diversas (LOPES JUNIOR, 2011).

Torna-se, assim, a Prisão Preventiva uma exceção em nosso ordenamento jurídico, em contrapartida a liberdade plena é a regra; e as Medidas Cautelares, nessa ordem, tornam-se cabíveis nos casos que se julguem necessárias e adequadas. Outro ponto positivo da nova lei é a prisão preventiva como ultima ratio

(última opção), primando pelo respeito aos direitos e garantias individuais, de acordo com o princípio penal da intervenção mínima. Eis mais um contato entre princípios penais e processuais penais: a prisão preventiva, tanto quanto a lei incriminadora, passa a ter a conotação de subsidiariedade (§§ 4º e 6º do artigo 282) (NUCCI, 2013, p. 39).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apresentação argumentativa e descritiva contida nos capítulos do presente estudo possibilitou confirmar as respostas provisórias que engendram os objetivos e problema norteador elencados na presente pesquisa, ou seja, de que é possível consolidar efetivamente a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão a partir das inovações instituídas da Lei 12.403/2011 no ordenamento jurídico brasileiro.

Verificou-se que, o processo penal no contexto brasileiro vem, ao longo do tempo, desde a sua vigência em 1941, passando por inúmeras mudanças em busca de uma harmonização com sistema prisional. Contudo, mesmo com as várias alterações legislativas engendradas neste lapso temporal, ainda era necessário desenvolver ou implementar uma medida mais harmoniosa e atual com o ordenamento que tratasse de forma individualizada e homogênea a condição cautelar no país.

A partir disso, foi idealizada no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 12.403/2011. Com o desígnio de diminuir significativamente a população carcerária, a mencionada lei alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal, com a finalidade de buscar a harmonia entre o direito do Estado em punir e o direito a liberdade do indivíduo acusado, impedindo deste modo, a aplicação da chamada pena antecipada.

Diante do exposto, evidencia-se que a presente pesquisa contemplou satisfatoriamente os objetivos contemplados que foi o de analisar acerca da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão a partir das inovações instituídas da Lei 12.403/2011 e como objetivos específicos: contextualizar aspectos gerais sobre as medidas cautelares no Brasil. Constatou-se que o ponto de equilíbrio desta lei permanece onde a segurança é protegida sem que a medida seja injusta ou dispensável.

Nesta perspectiva, evidencia-se que, as medidas cautelares diversas possuem como grandes pilares, o princípio da dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, e também o princípio da presunção de inocência do incriminado. A aplicação de tais medidas é aplicada com o intuito de tentar assegurar

a eficácia da atividade persecutória estatal, a efetiva aplicação da lei penal além da segurança da ordem pública, porquanto, antes da mudança legislativa, as únicas medidas cautelares aplicadas no processo penal, para o cumprimento de tais desígnios, eram as sessenta e seis prisões cautelares e em menor proporção a fiança.

Verificou-se que, com a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, a ordem de precedência deverá ser modificada deixando a prisão cautelar como uma última medida a ser determinada, ou seja, a medida alternativa apenas deverá ser empregada quando admissível à prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, existir outra advertência menos onerosa que sirva efetivamente para tutelar aquela condição.

Conforme o problema norteador da presente pesquisa que foi: Quais as implicações evidenciadas a partir da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão a partir das inovações instituídas da Lei 12.403/2011 no ordenamento jurídico brasileiro? Diante de tal questionamento, enfatiza-se que para a aplicação destas novas medidas cautelares diversas, o juiz deverá ficar cauteloso aos requisitos e pressupostos imprescindíveis, o *fumus comici delicti* e o *periculum libertatis*, sem os mesmos a privação cautelar de liberdade do réu estaria comprometida pela ilegitimidade.

Necessitando, também, considerar estas restrições sempre resguardadas pelos princípios norteadores do sistema jurídico processual penal brasileiro, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da proporcionalidade, princípio da judicialidade, princípio da provisoriedade, presunção de inocência, princípio da motivação das decisões, princípio do contraditório, sobretudo o princípio da legalidade.

Ressalte-se que, as “novidades” em relação às medidas cautelares diversas que estão inseridas no artigo 319 do Código de Processo Penal, elucidadas em nove incisos que, conforme com os operadores do direito, estariam expostos de forma crescente, iniciando pela mais branda (apresentação periódico em juízo) e finalizando pela mais suspensiva da liberdade do acusado (monitoramento eletrônico).

Também pode-se implementar no rol de medidas cautelares pessoais o artigo 320, pois, o referido artigo trata de um complemento do inciso IV, do artigo 319, ou seja, se o indiciado não pode sair da Comarca, por óbvio não podendo sair do país. Verifica-se que, as medidas previstas nos artigos 319 e 320, conforme com o artigo 282, § 1º do Código de Processo Penal, poderão ser aplicadas efetivamente, sempre que for necessária de forma cumulativa ou isolada, devendo sempre ser levado em consideração o caráter cautelar da medida, ou seja, a medida nunca poderá ser mais grave do que a pena a ser cumprida no final do processo caso o réu seja realmente seja condenado.

Deste modo as novas medidas cautelares, chegam ao contexto do direito processual penal como uma possibilidade de desencarcerização e humanização do sistema penal brasileiro. Como já mencionado no presente estudo, a quantidade de presos cautelares tende a aumentar, sendo que, destes que já se encontram em prisão provisória muitos poderiam cumprir medidas alternativas à prisão, o que desafogaria os presídios, conservando lugar para aqueles que realmente carecem ficar integralmente privados de sua liberdade.

Entretanto, para efetivamente estas mudanças surtirem efeitos satisfatórios, é necessário romper o vínculo inquisitorial ainda persistente, deixando para trás o binômio processual (prisão/liberdade) principiando a aceitar a possibilidade de tratar a prisão com exceção, resguardada apenas para os casos mais graves. Deste modo, destaca-se que, especificamente, ficou demonstrado que: 1) a Lei 12.403/2011 ampliou significativamente o rol de medidas cautelares penais, inclusive as de caráter pessoal, isto é, aquelas cuja ocorrência recai de forma direta sobre a liberdade do indivíduo.

Tratou-se, em especial, daquelas diversas à prisão prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal; 2) essa lei instituiu diretrizes de aplicação a todas as medidas cautelares, que, almejando assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, surgiram no desígnio de irromper com a dicotomia habitual prisão-liberdade vigente e que, no caso concreto, deverão ser aplicadas segundo a necessidade e apropriação, bem como segundo os requisitos de admissibilidade que passaram a pertencer também para estas medidas, e não exclusivamente para a prisão preventiva; 3) em face do princípio do estado de inocência, a liberdade deve

ser considerada como norma, sendo a prisão admitida exclusivamente em situações excepcionais e quando não for admissível a aplicação de uma medida cautelar; 4) a Lei n. 12.403/2011, também, quis advertir a relevância da cautelaridade no processo penal, atribuindo uma maior precaução com o réu, para que este não seja penitenciado de modo desproporcional; 5) além disso, as medidas cautelares diversas à privação total da liberdade visam reduzir a população carcerária diante do elevado índice de presos que estão sob prisão provisória, o que é um fato que repercute contra a ressocialização do indivíduo; 6) as medidas cautelares penais têm distintas particularidades específicas como a: revogabilidade, provisoriedade, substitutividade e excepcionalidade; 7) existem distintas espécies de medidas cautelares penais pessoais, em face dos diferentes graus de privação ou limitação da liberdade do acusado; 8) a detração penal, assim sendo, como as ocorrências atenuantes inominadas advêm na aplicação e na execução da pena, com embasamento no princípio da individualização da pena, em que pese o condenado deva ser efetivamente julgado de forma única e distinta, levando-se em conta todas as conjunturas essenciais do fato criminoso e do agente, tendo como objetivo evitar a padronização da aplicação da pena.

Constatou-se que no âmbito acadêmico o presente tema é muito novo e subjetivo, não havendo, por isso, ainda, uma solução aprontada para solucionar as lacunas existentes, por isso, tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda necessitam se posicionar de forma concreta com o desígnio de estabelecer possibilidades quanto às novas expectativas trazidas pela Lei n. 12.403/2011, assim como quanto às possíveis omissões, de modo a permitir a compensação das medidas cautelares na aplicação e na execução da pena. Diante disso, ressalta-se que, deve-se levar em pauta que a ponderação do juiz acerca do tempo em que o acusado teve que suportar a medida cautelar diversa da prisão visando compensar a privação imposta à liberdade, a fim de assegurar o resultado favorável e a efetividade no processo penal.

Além disso, a contrapartida das medidas cautelares diversas da prisão a título de atenuante inominada tem a finalidade de desestimular a utilização indevida e abusiva das modalidades cautelares como antecipação da pena, restringindo, deste modo, possíveis descomedimentos e/ou excessos por parte do Estado. Destaca-se que, a verdade dos fatos para as divergências, ou melhor, para toda a

conformidade e convergência em razão da decretação dos institutos, encontra-se arraigada na pretensão por parte do Estado, em fazer com que a partir das mudanças processuais oriundas da Lei 12.403/2011 caso houvesse uma drástica diminuição da população carcerária brasileira, de modo um tanto quanto dissimulado, por meio de um discurso de efetiva reestruturação humanizado do poder de punir do Estado.

Pertinente elucidar que, as maiores implicações da Lei 12.403/2011 talvez não seja a verdadeira proposta do Estado ao instituir as medidas cautelares no ordenamento jurídico, mas sim no modo com que as mesmas sejam aplicadas e, sobretudo, fiscalizadas. Pois se o Estado almejou que existisse uma diminuição de custos com a população carcerária por meio da instituição das medidas cautelares, seguramente, o mesmo pesou o custo-benefício de como ia conservá-las, ou seja, de como faria para fiscalização com o objetivo de que as mesmas não perdessem o seu desígnio, que era o de conservar o acusado sob uma custódia parcial, ainda que fora do cárcere.

Com a realização da presente pesquisa, evidenciou-se que a reforma das medidas cautelares não deveria ser exclusivamente processual e sim, estrutural, de modo que o Estado, na medida em que dispõe as medidas cautelares, deveria ter desenvolvido condições de fiscalização e monitoramento de forma efetiva tanto para o Poder Executivo quanto para o Poder Judiciário, com a finalidade de que os mesmos possam trabalhar conjuntamente e não em estado de submissão, visto que os mesmos têm autonomias distintas.

No mais, compreende-se que, de acordo com a doutrina supracitada que, as medidas cautelares são extremamente importantes para a integração e composição do ordenamento jurídico, visto que existe toda uma disposição de melhores condições para o acusado conservando não somente a sua integridade física, mas também psíquica, através das garantias da presunção de inocência e liberdade.

Portanto, enquanto que precisamente não se são identificados esses melhoramentos de forma visível, porquanto o que se observa são precárias formas e estruturas de prisão e de fiscalização das medidas cautelares diversas da prisão. Ou seja, observa-se que o Estado tenta atravancar a verdadeira realidade de seu sistema carcerário brasileiro.

## 7. REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal** – 7.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: 91 . Acesso em: 26 fev 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências**. 2011. .

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17ª edição, Editora Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches, e outros. **Prisão e medidas cautelares**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, coord. Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques, 2011.

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

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Direito Processual Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual e sua conformidade processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Felipe Daniel Amorin; OLIVEIRA, Filipe Costa. **Detração nas Medidas Cautelares Pessoais: é possível?** Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v.20, n.36, p. 63-80, abr 2013.

MACIEL, Silvio; 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: Revista dos Tribunais, 2011.

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

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas Editora, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12.03/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** – 17. Ed. rev. e ampl. Atual. de acordo com as Leis n. 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013.

PIRES DE CAMPOS BARROS, Romeu. **Processo Penal Cautelar.** São Paulo: Forense, 2013.

POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo: **Direito Processual Penal.** 18ª edição, Editora Lúmen Juris, 2010,

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1** / Fernando da Costa Tourinho Filho. – 34. ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/2011 – São Paulo : Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.