



FACULDADE SANTO AGOSTINHO

UNIDADE SETE LAGOAS

FELIPE DE ALMEIDA TEIXEIRA

**MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL DIVERSAS DA PRISÃO:
UMA ANÁLISE ACERCA DAS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 12.403/11 E
SUA EFICÁCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Sete Lagoas

2021

FELIPE DE ALMEIDA TEIXEIRA

**MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL DIVERSAS DA PRISÃO:
UMA ANÁLISE ACERCA DAS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 12.403/11 E
SUA EFICÁCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professora Orientadora: M^a Gabriela Loyola de Carvalho

Sete Lagoas

2021

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	A LEI 12.403/2011.....	7
3	MUDANÇAS OFERECIDAS PELA LEI 12.403/2011.....	8
	3.1 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES.....	11
4	SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	13
	4.1 CONCEITO DAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	13
	4.2 FINALIDADE E APLICAÇÃO.....	14
	4.3 SOBRE A DECRETAÇÃO.....	15
	4.4 SUSPENSÃO, REVOGAÇÃO E NOVA DECRETAÇÃO.....	16
5	DAS ESPÉCIES DE CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	17
	5.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO.....	17
	5.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO E FREQUÊNCIA A CERTOS LUGARES...	18
	5.3 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM CERTA PESSOA.....	18
	5.4 PROIBIÇÃO DE SE AUSENTAR DA COMARCA.....	18
	5.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA.....	18
	5.6 SUSPENSÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA.....	19
	5.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA.....	19
	5.8 FIANÇA.....	19
	5.9 MONITORAMENTO ELETRÔNICO.....	19
6	MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E O PACOTE ANTICRIME.....	20
	6.1 REFLEXOS DO “PACOTE ANTICRIME” NAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	20
7	PERPECTIVAS PARA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES.....	23
	7.1 CONCEITO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	27
	7.2 IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....	24
	7.3 O PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	25
	7.4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
8	ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NA COMARCA DE SÃO PAULO.....	26

8.1	DAS DECISÕES QUE ANALISARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE E O PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA.....	28
8.2	FUNDAMENTOS LEGAIS DAS DECISÕES.....	28
8.3	ARGUMENTOS EM QUE SE BASEARAM AS DECISÕES PROFERIDAS PELOS JUÍZES.....	28
8.4	DEFINIÇÕES DAS CAUTELARES ALTERNATIVAS, QUANDO ESCOLHIDAS.....	29
8.5	CONCLUSÕES OBTIDAS PELA PESQUISA.....	29
9	ANÁLISE DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO JUDICIÁRIO MINEIRO.....	30
	CENÁRIO LOCAL.....	30
10	EFETIVIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO.....	31
10.1	INDAGAÇÕES QUANTO ÀS CAUTELARES ALTERNATIVAS.....	31
10.2	COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO.....	33
10.3	PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES.....	33
10.4	PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA.....	34
10.5	PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA.....	34
10.6	RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA.....	35
10.7	SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA.....	35
10.8	INTERNAÇÃO PROVISÓRIA.....	36
10.9	FIANÇA.....	36
10.10	MONITORAÇÃO ELETRÔNICA.....	36
10.11	PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS.....	38
11	CONCLUSÃO.....	39

Dedico este trabalho a Deus, meus
pais, minha irmã e minha namorada.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, por estar comigo em todos os obstáculos e nunca me deixar sozinho.

À minha mãe e a minha irmã, pela confiança e apoio incondicional.

Ao meu pai, por guiar todos os meus passos lá de cima.

À minha namorada, pelo companheirismo e carinho.

À minha orientadora, Gabriela Loyola, por aceitar conduzir meu trabalho, por sempre me impulsionar e acreditar na minha capacidade.

A todos os meus professores do curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas pela excelência da qualidade técnica de cada um.

A minha família e aos meus amigos que sempre estiveram ao meu lado me apoiando ao longo de toda a minha trajetória.

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo analisar as medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, como forma de tutela cautelar para garantir a aplicação da lei penal a partir da sua utilização em audiência de custódia. O objetivo do trabalho é averiguar se esta política pública atinge esta finalidade para a qual foi proposta. Procura-se inquirir também de que maneira a aplicação de medidas cautelares em audiência de custódia funciona como forma de garantia de Direitos Fundamentais e para viabilizar a compreensão, foi feita uma coleta de informações através de dados já coletados por alguns órgãos, como o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Departamento Penitenciário Nacional e o Conselho Nacional de Justiça. A pesquisa analisa as mudanças trazidas pela Lei 12.403/11, também conhecida como “Lei das Medidas Cautelares”, com o enfoque no pensamento de Renato Marcão, principalmente com referência ao conceito de medidas cautelares diversas da prisão e sua real efetividade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus pressupostos, cabimento, critérios para escolha e decretação. Para tanto, o estudo debruçar-se-á sobre as opiniões doutrinárias no que concerne aos institutos em comento, bem como sobre jurisprudências afetas. Assim, como dito, o presente trabalho utilizou como metodologia a análise e comparação de dados e o estudo das posições doutrinárias distintas, fazendo um contraponto entre ambos. De tudo que foi observado, verificou-se que a audiência de custódia tem desempenhado um papel importantíssimo na aplicação das medidas cautelares pertinentes a cada caso concreto, contribuindo para a redução do percentual de pessoas que respondem presas ao processo, mas ainda não atingiu satisfatoriamente, conforme demonstram os dados, o seu objetivo de combate à tortura. Dessa forma, concluiu-se que para alcançar a finalidade de garantir a aplicação da lei penal por meio das medidas cautelares, faz-se necessário empenho intensivo do Poder Público, buscando formas de fiscalizar o cumprimento das condições impostas, além de ser necessário a utilização pelos operadores do direito observando os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação da medida.

Palavras chave: Prisão; Medidas Cautelares Pessoais; Medidas Cautelares Alternativas; Audiência de Custódia; Tutela Cautelar; Efetividade.

1 INTRODUÇÃO

No processo penal brasileiro, tutela cautelar é um instrumento utilizado para garantir a aplicabilidade de leis e o bom funcionamento da função jurisdicional do Estado, pelo fato de, no curso do processo, existir possibilidade do investigado se ocultar e até mesmo prejudicar a investigação e instrução criminal, fazendo-se necessário o emprego dessa regra como garantia da efetividade da execução da sanção penal. Nesse cenário, as medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão funcionam como forma de avaliar esse provimento final. Instituídas com o advento da Lei nº 12.403/11, estão arroladas nos artigos 319 e 320 do CPP em nove espécies, sendo descritas como restrições ou obrigações a quem se imputa a prática de determinada infração penal, com a finalidade de garantir a aplicação da lei.

A fim de ampliar a utilização das medidas cautelares diversas no ordenamento jurídico, em 2015 o Poder Estatal promoveu a implantação do instituto denominado como “Audiência de custódia”. A iniciativa, nada mais é do que uma fase pré-processual em que o detido é apresentado ao juiz competente, dentro do prazo legal de 24 horas, para que sejam investigados eventuais violências e maus tratos no ato da prisão e, em seguida, avalie-se a legalidade da prisão, aplicando a medida cautelar condizente com o caso em questão, quando cabível, sendo a audiência de custódia um instrumento balizador para a aplicação de medidas cautelares diversas, com vistas a aumentar a aplicação das medidas e determinar que a prisão seja a *ultima ratio*, garantindo princípios fundamentais ao indivíduo.

Nesse contexto, a escolha das medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão como tema desta monografia se justifica porque (i) trata-se de uma política pública sempre atual, devido à sabida situação do sistema prisional brasileiro; (ii) a temática é objeto de diversos pontos de vista no meio acadêmico; (iii) há várias possibilidades de interpretação quanto à utilização do instituto; (iv) há, pois, um vazio jurídico e uma necessidade importante de verificar até que ponto as medidas cautelares diversas são um forma efetiva de tutela cautelar.

A presente pesquisa tem por escopo analisar as medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão como forma de tutela cautelar para garantir a aplicação da lei penal a partir da sua utilização em audiência de custódia.. O objetivo

do trabalho é averiguar se esta política pública atinge esta finalidade para a qual foi proposta.

Assim, buscar-se-á inquirir como as medidas são aplicadas na audiência de custódia, fazendo uma análise aos dados fornecidos pelo tribunal de SP, modo a verificar sua eficácia enquanto medida cautelar.

A metodologia utilizada foi à básica descritiva, visto que analisou as medidas cautelares diversas da prisão individualmente, bem como iniciativas para sua aplicação, realizando, ainda, um estudo de pesquisas e dados, a fim de observar a sua aplicabilidade na prática.

Como marco teórico observou-se a teoria apresentada pelo autor Renato Marcão, que conceitua as medidas cautelares diversas da prisão e reforça a importância da mudança que a Lei 12.403/11 trouxe para o Direito Penal brasileiro, reduzindo a massificação da prisão cautelar como forma de tutela antecipada, além de explicitar que a aplicação das medidas cautelares reclama e pressupõe efetiva fiscalização para que se busque a pretendida eficácia.

O presente estudo foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro buscará tratar sobre a origem da Lei 12.403/11, conceituar medidas cautelares diversas da prisão, bem como analisar os requisitos para sua decretação, sua finalidade, além de discorrer sobre cada uma das cautelares previstas no CPP.

Já o segundo capítulo, inicia-se com uma discussão sobre os efeitos que a Lei 13.964/19, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, trouxe para as medidas cautelares, alterando alguns panoramas em sua aplicação. Em sequência foi feita uma explanação sobre as iniciativas do Estado para que sejam aplicadas as cautelares, com ênfase no instituto da audiência da custódia, sendo demonstrado seu procedimento e a finalidade desse ato, bem como a sua utilização como garantia de Direitos Fundamentais. Por fim foi feito um estudo baseado nos resultados publicados em uma pesquisa feita pelo IDDD, que demonstra a aplicação de medidas cautelares no judiciário paulista, além de uma averiguação com base em dados do CNJ sobre os resultados das audiências de custódia no estado de Minas Gerais e na cidade de Sete Lagoas.

No último capítulo, iremos discorrer individualmente sobre a eficácia das medidas cautelares diversas da prisão como forma de tutela cautelar.

2 A LEI 12.403/2011

A análise das alterações feitas pela Lei n. 12.403/2011 deve partir da ideia de que o Código de Processo Penal, Decreto-lei n. 3.689 de 1941, foi editado durante o período do Estado-Novo, em que Getúlio Vargas governou o país com ênfase na centralização de poderes. Quando o CPP foi editado, estava em vigor a Carta Magna de 1937, outorgada e com inspiração autoritária, refletindo esses aspectos ao Código.

Seguidamente, se sucederam três Constituições, nos anos de 1946, 1967 e 1967, e, finalmente, houve a promulgação Constituição Federal de 1988, que é vigente na atualidade. Durante todo esse período, o Código de Processo Penal sofreu inúmeras alterações legislativas. Apesar de tais modificações, ainda existiam falhas e incoerências na sistemática do processo penal, sobretudo no que diz respeito aos temas de prisão e liberdade provisória¹.

Com o intuito de gerar maior coesão ao processo penal brasileiro em relação à Constituição e promover uma justiça mais democrática, humana e racional em janeiro de 2001 foram apresentados projetos de lei pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional².

O Ministro da Justiça constituiu uma Comissão para trabalhar a reforma, por meio da Portaria 61/2000, composta por um grupo de importantes juristas, dentre eles destacamos Miguel Reale Júnior, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes. Posteriormente, dos projetos de leis apresentados, três se tornaram leis: a) Lei n. 11.689/2008, que modificou dispositivos relacionados ao Tribunal do Júri no CPP; b) Lei n. 11.690/2008, que modificou pontos relacionados ao sistema probatório; c) Lei n. 11.719/2008, que alterou o procedimento comum³.

Já as modificações relacionadas aos temas prisão e liberdade provisória foram discutidas no Projeto de Lei n. 4.208/2001. Em 2008, após tramite na Comissão formada, foi aprovada a emenda substitutiva global de Plenário

¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. São Paulo: Método, 2011, p.9

² AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. São Paulo: J.H. Mizuno, 2017, p.17

³ Ibid.loc.cit

demonstrada pelo Grupo de Trabalho de Direito Penal e Processual Penal. Tal emenda tinha como principal motivação a atualização do projeto original, com observância ao processo evolutivo da jurisprudência desde 2002.

No Senado, o PL nº 4.208/2011 foi convertido para o Projeto n. 111/2008 e foi distribuído, para que fosse emitido relatório pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a qual o aprovou, em meados de abril de 2009 ⁴.

Assim como outros projetos apresentados pela referida Comissão e que se futuramente se converteram em leis, a Lei nº 12.403/11 foi mais uma “reforma jurídica parcial” no processo penal brasileiro. Este fato, no entanto, é objeto de algumas críticas doutrinárias, uma vez que são acrescentados novos pedaços à “toalha de fuxico” que vem se formando sobre o Código de Processo Penal ⁵, criando uma complexidade no Código e o tornando, muitas vezes, incoerente e controverso..

3 MUDANÇAS OFERECIDAS PELA LEI 12.403/2011

Conhecida popularmente como a “Lei das Medidas Cautelares”, a Lei nº 12.403/11 alterou 32 artigos do CPP (282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439), incluiu um novo artigo (289-A) e revogou os seguintes dispositivos: art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1º a 3º do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o §2º e seus incisos I, II e III do art. 325 e o art. 393.

Essas alterações começaram a ter vigência em julho de 2011, gerando mudanças no sistema de prisão e liberdade provisórias no Brasil.

Acerca das motivações para a mudança, para Maximiliano Fühler:

“A linha-mestra da reforma foi o Princípio da Proporcionalidade, que visa a assegurar que as medidas gravosas impostas pelo Estado sejam realmente

⁴ GOMES, Luiz Flávio *et al.* *Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2012, p. 12.

⁵ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo*. São Paulo: J.H. Mizuno, 2017 p. 18.

eficientes e se restrinjam apenas ao mínimo estritamente necessário para a finalidade proposta.”.⁶

Para outros representantes da doutrina, as mudanças aconteceram principalmente nos temas de redução da prisão, garantia do contraditório e revitalização da fiança.

Para Antônio Scarance Fernandes é possível afirmar que, anteriormente a Lei das Medidas Cautelares, o CPP continha a previsão de medidas cautelares, mas com uma arcaica graduação da restrição da liberdade do acusado e com falhas de sistematização e lógica. A aplicação de tais medidas acontecia como forma de substituir a prisão em flagrante, e poderia ser feita com a concessão da liberdade provisória sem pagamento de fiança e sem vinculação ao processo, pela liberdade provisória sem fiança, mas com vinculação ao processo, ficando o acusado obrigado a comparecer a todos os atos do processo, por concessão de liberdade provisória com fiança e com vinculação ao processo, impondo-se a obrigação de comparecer a todos os atos processuais, além de comunicar ao juízo eventuais mudanças de residência ou por decretação da prisão preventiva caso estejam presentes os requisitos legais.⁷

Dessa forma, até a criação da lei em questão, o Código permitia ao juiz, em suma, duas opções de decisões sobre o flagrante, colocar o indivíduo em liberdade provisória, com ou sem fiança até o seu julgamento, ou então converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se houver a presença dos requisitos legais. Por outro lado, se houvesse ilegalidade no flagrante, deveria ocorrer o relaxamento da prisão⁸. Assim, ou o indivíduo responderia preso cautelarmente ao processo; responderia solto, sem nenhum vínculo ao processo; ou responderia solto, com vinculações pouco expressivas ao processo.

Com a Lei n. 12.403/2011, o juízo não deve apenas averiguar a presença dos requisitos formais da prisão em flagrante e verificar a presença da própria situação de flagrante, mas deve, também; busca a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, observando os critérios de necessidade, adequação e

⁶ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. A nova prisão e as novas medidas cautelares no processo penal. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 51

⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010 p.47

⁸ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da.op.cit,p.20

proporcionalidade estrita e decretar a prisão preventiva, se presentes os requisitos de *ultima ratio* ⁹.

Além de dispor de escassas opções para o magistrado decidir sobre o flagrante, o CPP continha outra falha de sua antiga sistematização, pois não determinava em quais delitos o acusado poderia ter direito à liberdade mediante fiança, tendo estabelecido somente os crimes considerados inafiançáveis. Concomitantemente, havia a previsão que se estivessem ausentes os requisitos necessários para a prisão preventiva, não seria o acusado impedido de pedir sua libertação sem pagar fiança, de acordo com o art.310.

Esse problema na sistematização gerou falhas teóricas e levou a contradições. Permanecia, por exemplo, a proibição de concessão de liberdade provisória com fiança aos autores de delitos hediondos e equiparados, mas facultava-se ao magistrado a concessão da liberdade provisória sem fiança, para esses mesmos crimes. Ou seja, a libertação de alguém, sem o pagamento de qualquer quantia, era viável para qualquer delito, inclusive os graves; por outro lado, os autores de crimes menos graves poderiam ser colocados em liberdade somente mediante o pagamento da fiança¹⁰.

Pela ausência da previsão legal de medidas cautelares diversas, o magistrado não tinha os meios necessários para escolher um grau maior ou menor de restrição a ser imposto ao acusado, em relação ao delito cometido. Antônio Scarance Fernandes, antes do advento da Lei nº 12.403/11, ao fazer uma analogia entre as legislações penais do Brasil, Portugal e Itália, concluiu que as medidas cautelares pessoais se resumiam em, praticamente, duas, prisão cautelar e liberdade provisória. Ou seja, duas medidas de cunho extremo, o encarceramento de caráter preventivo ou a liberdade sujeita a frágeis restrições impostas ao acusado, como fiança, obrigação de comparecer aos atos processuais. Sente-se a necessidade de aumento do rol das medidas cautelares como fizeram os citados códigos, português e italiano. ¹¹

⁹ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da.op.cit,p.21

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e Processuais Comentadas*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 350.

¹¹ FERNANDES, Antônio Scarance. Op. Cit ., p.282

3.1 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Diante do cenário apresentado, a reforma no CPP se mostrou irrefutável. E as mudanças na sistemática da liberdade provisória e prisão foram apresentadas pela Lei nº 12.403/11, sendo as principais evidenciadas a seguir¹²:

a) O rol de medidas cautelares foi ampliado, nesse sentido, foram instituídas nove cautelares alternativas à prisão, esse cenário era centrado, anteriormente, na liberdade provisória e na prisão preventiva. Esta última, por sua vez, somente pode ser utilizada quando nenhuma outra medida tiver utilidade para evitar situações de perigo concreto derivada do cometimento de um crime ou for de aplicação impossível¹³. Com esse aumento, os critérios da proporcionalidade e necessidade devem ser sempre observados;

b) Foi estabelecido um conjunto de opções ao magistrado, com quatro possibilidades de decisão ao receber o auto de prisão em flagrante de delito: relaxar a prisão quando observadas ilegalidades; conceder liberdade provisória, com a imposição de medida cautelar; conceder liberdade provisória sem tal imposição ou; converter o flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos legais. Dessa forma, foi apresentada uma nova formatação ao dispositivo da liberdade provisória, que deixou de ser uma mera contracautela para ser também uma cautela originária, que tem o fito de evitar a prisão¹⁴. Ademais, estabeleceu-se que a prisão em flagrante possui caráter precário e temporário.

c) Foi modificado o cabimento da prisão preventiva, possibilitando que ela seja decretada se houver comprovado descumprimento de medidas cautelares. Consoante, o CPP, em seu art. 313 leciona que a prisão preventiva somente terá admissão nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos; ou caso haja reincidência em delito doloso; ou se a conduta delitiva for relacionada à violência doméstica e familiar; ou se restarem dúvidas quanto à identificação do acusado; ou se não for adequada a aplicação de outras medidas cautelares.

¹² GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, pp.16-18.

¹³ Segundo Luiz Flávio Gomes, a prisão preventiva não é apenas a *ultima ratio*, mas também *extrema ratio da ultima ratio*. *Ibid.*, p.16.

¹⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011., p. 10.

d) ocorreu uma compatibilização constitucional das hipóteses de prisão: a redação anterior do artigo 319 do CPP cuidava da prisão administrativa, requisitada (decretada) por autoridade administrativa “contra os remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los para que o façam”; contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional; e nos demais casos previstos em lei. A CF/88 não recepcionou este dispositivo, pois o artigo 5º, LXI, dispõe, in verbis: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Ou seja, exceto as hipóteses de prisão em flagrante e prisão de militar, a prisão de alguém só se faz possível através de ordem judicial, jamais por ordem de autoridade administrativa. Em suma, houve uma compatibilização das hipóteses que um indivíduo pode ser preso com a regra constitucional do art. 5º, LXI, da CF/88;

e) foi solucionada a discussão sobre quais prisões processuais existem no país, consolidando as prisões temporárias e preventivas como as únicas modalidades, efetuado a revogação de todas as outras;

f) alinha a obrigação de subdivisão entre os detentos provisórios e definitivos. Caso essa norma não seja aplicada restará caracterizado constrangimento ilegal;

g) a garantia de obrigação de comunicação a Defensoria Pública caso o detento não possua defensor constituído. Além disso, foi reforçada a ideia de ser indispensável a comunicação à família, ao Ministério Público e ao juízo quando da efetivação de um flagrante;

h) Dispôs sobre quando é cabível a prisão domiciliar;

i) O dispositivo da fiança perdeu o seu aspecto substitutivo da prisão e passou a ser medida cautelar. Assim, sendo necessário (artigo 282, I, do CPP) e sendo a fiança medida adequada ao caso, não há proibições para sua utilização, mesmo que não tenha ocorrido o flagrante¹⁵;

j) Estabeleceu a necessidade do contraditório antes de decretar medidas cautelares;

¹⁵ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *op. cit.*, p. 54-55.

k) foi estabelecido que todos os mandados de prisão do Brasil devem ser registrados e destinados para banco de dados que ficará sobre responsabilidade do CNJ.

Com isso, conclui-se que a Lei das Medidas Cautelares, buscou estabelecer que a aplicação de qualquer medida cautelar, da mais simples a mais gravosa, deve sempre respeitar uma finalidade cautelar e observar princípios como a proporcionalidade, adequação e necessidade de aplicação. Em síntese, pode-se afirmar que a Lei nº 12.403/11 se configurou como uma ruptura no pensamento encarcerador. A prisão deixou de ser a única forma de tutela, e foi possível aplicar medidas mais adequadas para cada caso.

4 SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

4.1 CONCEITO DAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Arroladas nos artigos. 319 e 320 do CPP, as medidas cautelares diversas da prisão, são conceituadas por Renato Marcão como restrições ou obrigações que podem ser fixadas de isolada ou cumulativamente em detrimento do indivíduo a quem se imputa a prática de determinada infração penal, durante a fase de investigação policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com a intenção de permitir a aplicação da lei penal; a conclusão das investigações ou instrução criminal, bem como evitar reincidência e o tradicional encarceramento cautelar.¹⁶

Consoante Mendonça, o artigo 319 do CPP não estabeleceu o contexto em que cada medida cautelar deve ser aplicada e também não fixou uma escala de gravidade entre as medidas alternativas à prisão. Dessa forma, o magistrado pode definir, por seus critérios, qual medida usará em face das circunstâncias do caso concreto e à luz do princípio da adequação. O autor sugere que seja observada a seguinte ordem de gravidade: (a) comparecimento periódico em juízo; (b) proibição de acesso a determinados lugares; (c) proibição de contatos; (d) proibição de ausentar-se da Comarca; (e) proibição de ausentar-se do País; (f) recolhimento

¹⁶ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 359

domiciliar noturno; (g) suspensão no exercício de funções; (h) fiança; (i) monitoração eletrônica e (j) internação provisória do acusado.¹⁷

4.2 FINALIDADE E APLICAÇÃO

As medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão devem cumprir finalidades cumpridas exclusivamente pela prisão cautelar. O CPP, em seu art.282 dispõe sobre esses objetivos: garantir a aplicação da lei penal; assegurar a investigação ou instrução criminal e evitar a prática de infrações penais. Ainda que a garantia da ordem econômica não figure expressamente como finalidade no mencionado artigo, a medida cautelar do art. 319, VI (suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira) inegavelmente presta-se a tal objetivo.

Para Aury Lopes Jr a medida alternativa só pode ser decretada quando couber a prisão preventiva:

“A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação (...) é importante compreender que as medidas do art. 319 têm o caráter substitutivo em relação à prisão preventiva e, portanto, não podem ser desconectadas dos seus limites, requisitos e pressupostos (...) são alternativas à prisão preventiva e devem ser aplicadas com caráter substitutivo, nos limites e casos em que couber aquela.”¹⁸

Em entendimento avesso, Renato Marcão¹⁹ sustenta a ideia de que as cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas mesmo quando ausentes os requisitos ou regras da prisão preventiva.

Para o autor, aplicação das medidas cautelares restritivas não depende de toda a análise das regras inseridas no CPP. Primeiramente, ressalta que elas não são meras alternativas ao encarceramento, pois podem também se aplicadas em casos distintos; e, além disso, no momento em que o juiz determina a liberdade provisória elas podem ser decretadas, conforme o disposto no art. 321 do CPP. E segue afirmando que é sabido que a prisão preventiva e a liberdade provisória são

¹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 430.

¹⁸ LOPES JR, Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo, Editora Saraiva, 2017,p.119-121

¹⁹ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 360-361.

institutos que se antagonizam, ou seja, as duas não tem o mesmo cabimento. Diante dessa realidade, não há como aceitar o argumento no sentido de que só cabe a aplicação das cautelares diversas 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.²⁰

Acerca desses critérios leciona Aury Lopes Jr:

“São balizas para aplicação das medidas cautelares diversas nos crimes dolosos cuja pena máxima é superior a 4 anos e exista *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, poderão ser utilizadas as medidas cautelares diversas ou, se inadequadas e insuficientes, a prisão preventiva; nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos e exista *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, somente poderá haver decretação de medida cautelar diversa; nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, em que exista *fumus commissi delicti e periculum libertatis* e exista uma das situações dos incisos II ou III do art. 313, poderá ser decretada medida cautelar diversa ou, excepcionalmente a prisão preventiva.”²¹

Assim, segundo os entendimentos, a motivação para aplicação das medidas cautelares diversas da prisão deve ser pautada na prática de delito culposo ou doloso, exceto quando, em relação a esta infração, não for cominada, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade.

4.3 SOBRE A DECRETAÇÃO

Segundo Marcão somente o juiz natural, o juiz competente, que poderá submeter o agente à medida cautelar restritiva, desde que fundamente a decisão proferida.²²

Dessa forma, fica explicitado que o juiz natural é o único competente para decretar uma medida cautelar diversa da prisão, através de decisão fundamentada. Entretanto, existe a exceção da liberdade provisória com fiança, que poderá ser concedida pela autoridade policial, na figura do delegado, nos crimes cuja pena máxima seja inferior a quatro anos.

²⁰ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 360-361.

²¹ Lopes, J.A.C. L. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p.715.

²² MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 361

Nos termos do art. 282, §2º, do CPP, durante das investigações as medidas não poderão ser decretadas de ofício pelo juiz, mas apenas a requerimento do Ministério Público ou autoridade policial. Já na fase judicial, a decretação da medida poderá dar-se de ofício ou quando houver requerimento das partes.²³

Ainda segundo Marcão²⁴, em razão do fortalecimento do processo penal acusatório, a decretação ex officio só tem cabimento no curso do processo. Não obstante, mesmo na investigação policial, existe a possibilidade de o juiz, de ofício ou em razão de requerimento das partes, substituir ou impor outra medida em cumulação, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações impostas.

As medidas cautelares diversas da prisão podem ser determinadas durante a fase de investigação ou no decorrer do processo penal; no momento da sentença condenatória ou da decisão de pronúncia. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz tem o dever de decidir fundamentadamente: relaxar a prisão considerada ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do Código de Processo Penal e se as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem inadequadas ou insuficientes; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança .

4.4 SUSPENSÃO, REVOGAÇÃO E NOVA DECRETAÇÃO

Conforme disposto no art. 282, §5º, do CPP, “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Revogar é fazer com que a medida não tenha efeito, promovendo o retorno ao status quo; Substituir significa substituir a medida por outra de natureza diversa, que, no caso, seria a prisão preventiva.²⁵

Vale ainda ressaltar, que pode haver a cessão das restrições pelo juiz, com posterior decretação de prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, quando presente os requisitos legais. Nesse caso, o magistrado, ao final da

²³ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 362.

²⁴ Ibid.loc.cit

²⁵ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 369.

instrução, ao proferir a sentença condenatória, tem a opção de revogar a prisão e na mesma ocasião decretar que seja aplicada de medida cautelar diversa da prisão. Aliás, de acordo a maioria das jurisprudências, via de regra, o juiz deve revogar a prisão preventiva com o fim da instrução criminal, se esta foi a causa do encarceramento:

EMENTA: I. Habeas corpus: descabimento: questão relativa à ausência de indícios suficientes de autoria, que demanda revolvimento de fatos e provas, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do habeas corpus. II. Prisão preventiva: fundamentação inidônea. Não constitui fundamento idôneo à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo, sem indicação de fato concreto que a justifique: precedentes. III. Prisão preventiva: risco de fuga: "não é do réu o ônus de assegurá-lo previamente, mas, sim da acusação e do juízo o de demonstrar, à vista dos fatos concretos, ainda que indiciários - e não de vagas suposições - haver motivos para temer a fuga às consequências da condenação eventual" (HC 81.148, 1ª T., 11.9.01, Pertence, DJ 19.10.01.). IV. Prisão preventiva: garantia da ordem pública. Afirmação de que "a liberdade do paciente representa sério risco ao convívio social", não amparada em qualquer fato concreto que a comprove, tanto mais quanto a denúncia não abrange o aludido delito de quadrilha ou bando e não se dá notícia sequer de que teriam prosseguido as investigações para apuração desse crime por parte do paciente. V. Prisão preventiva: conveniência da instrução criminal. Firme a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que, de regra, com o fim da instrução criminal, não há falar em sua conveniência para manter a prisão preventiva. VI. Prisão preventiva: decreto de mais de 3 anos depois dos fatos, havendo o paciente se apresentado espontaneamente à Polícia, para prestar esclarecimentos, sendo liberado em seguida. VII. Liberdade provisória deferida. (g.n).²⁶

Partindo desse ensaio das medidas cautelares no processo penal e de suas principais características, faz-se de suma importância conhecer, a seguir, cada espécie, para que possam ser verificadas suas finalidades.

5 DAS ESPÉCIES DE CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

5.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO

A providência acauteladora acima descrita tem por objetivo que o investigado demonstre estar à disposição do juízo que decretou a medida cautelar para participar dos atos processuais. Comparecendo periodicamente ao juízo, o

²⁶ STF, HC 90.063/SP, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 18.05.2007

acusado também deverá informar quais as atividades laborais ou acadêmicas que estará desenvolvendo. Assim, o juízo pode acompanhar com maior riqueza de detalhes a vida social do investigado de forma a se convencer que o mesmo não está agindo de maneira delituosa.

5.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO E FREQUÊNCIA A CERTOS LUGARES

Cautelar bastante autoexplicativa, diz respeito à proibição imposta ao acusado de frequentar ou mesmo de comparecer a determinados lugares que, em vista do tipo de crime cometido, é aconselhável que o acautelado não tenha contato. Tem por objetivo impedir a prática de novos delitos, já que o lugar pode ser fator preponderante para o cometimento ou não de novas práticas delituosas por parte do agente.

5.3 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA

A medida cautelar que proíbe o contato com pessoa determinada possui dois principais objetivos. O primeiro objetivo da presente providência acautelatória é resguardar o perfeito andamento do processo, de forma que o acusado não pressione, de alguma forma, a vítima, familiares, testemunhas, autoridades, peritos e outras pessoas que tenham relação com o processo criminal em trâmite. Igualmente, tem o condão de resguardar as partes de novas ações criminosas por parte do investigado.

5.4 PROIBIÇÃO DE SE AUSENTAR DA COMARCA

Tendo o magistrado ponderado sobre a necessidade e adequação de tal medida, e vendo que a permanência do acusado na Comarca processante é de grande importância para uma melhor apuração dos fatos, deve determinar ao investigado a proibição de se ausentar do distrito da culpa.

5.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR.

Dispõe acerca do recolhimento noturno do acusado, bem como nos dias em que não esteja exercendo suas funções laborais. Obviamente, a presente

cautelar tem como requisito, que o investigado possua residência fixa, bem como trabalho regularizado. Vale ainda ressaltar, que a presente medida cautelar de recolhimento domiciliar não pode ser confundida com a prisão domiciliar.

5.6 SUSPENSÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA

Trata-se da cautelar da suspensão do exercício de função pública, ou mesmo de atividade que tenha caráter econômico ou financeiro, desde que presente justo perigo de que o autor do crime utilizará novamente sua atividade ou função para o cometimento de novas ações delituosas. O objetivo principal é garantir a preservação da ordem pública e econômica.

5.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

A cautelar de internação provisória objetiva o impedimento da prática de novos crimes pelo inimputável ou semi-imputável, como forma de resguardar a ordem pública. Observa-se que não basta o cometimento do crime pelo inimputável ou semi-imputável, deve aquele ter sido praticado com o emprego de violência ou grave ameaça.

5.8 FIANÇA

Antes do advento da Lei 12.403, a fiança somente era admitida quando tivesse havido a prisão em flagrante do acusado. Agora, a fiança passa a funcionar como medida cautelar que independe de prisão anterior, podendo ser arbitrada como forma de assegurar o comparecimento do acusado a todos os atos processuais, ou para evitar que o mesmo obstrua a tramitação da persecução criminal, ou ainda quando o acusado resiste, de forma não justificada, a alguma ordem da autoridade judicial.

5.9 MONITORAMENTO ELETRÔNICO.

Caracteriza-se pela utilização de equipamento preso ao corpo do acusado, que envia informações a um local predeterminado, a fim de verificar de forma remota se o mesmo está em lugar que não poderia frequentar ou comparecer, ou se saiu do local onde deveria permanecer.

6 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E O PACOTE ANTICRIME

Em meados de 2019, foi em votação no poder legislativo brasileiro o projeto de lei n. 13.964/2019, que popularmente foi intitulado como “Pacote Anticrime”, após sua aprovação, foram trazidas inovações e alterações na legislação penal, como o aumento cumprimento máximo de pena para 40 anos, em Direito Penal, introdução da figura do juiz das garantias, em Processo Penal, novos ditames para a progressão de regime e as mudanças no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), na Lei de Execução Penal e as relevantes alterações em várias leis penais especiais, como a Lei de Armas, a Lei de Drogas, entre outras.

A nova lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 foi publicada no mesmo dia em que foi sancionada, impondo a entrada em vigor da norma depois de 30 (trinta) dias de sua publicação oficial. Com isso Lei do Pacote Anticrime entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020.

6.1 REFLEXOS DO “PACOTE ANTICRIME” NAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

A Lei 13.964/2019 trouxe grandes inovações no âmbito das cautelares diversas e para Barroso a antiga redação do art. 282 do CPP, § 2º, permitia a decretação de ofício, contudo, a Lei n. 13.964/2019 retirou a possibilidade de o julgador decretar de ofício, assim reza o atual art. 282, § 2º, que as “medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.” (g.n.). Percebemos que a atual redação do art. 282 do CPP e parágrafos proíbe o magistrado, de ofício, decretar e substituir a medida cautelar, devendo ainda, quando possível, ser ofertado o contraditório. Mas, traz a possibilidade da revogação, substituição por medida mais leve, e redereção, de ofício, desde que surjam motivos concretos e específicos para

tanto. Assim, a nova lei autoriza o decreto de medidas alternativas ao invés de uma restrição à liberdade, face ao periculum libertatis do investigado.²⁷

Desde a reforma ocorrida nos âmbito das medidas cautelares com o advento Lei 12.403/2011, o artigo 282 do CPP passou a ser o dispositivo fundamental aplicado a todas as medidas cautelares pessoais, e isso foi aprimorado com a Lei 13.964/2019. Nos termos do artigo 282, § 2º, as medidas cautelares serão decretadas pela juíza ou pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Tais medidas sujeitam-se aos princípios orientadores da jurisdição e a motivação, do contraditório, da provisionalidade, da provisoriedade, da excepcionalidade, da adequação e da necessidade, e da proporcionalidade. E é sob a égide deste arcabouço que passamos a comentar as modificações trazidas pela Lei 13.964/2019 no que tange às cautelares, de um modo geral, e a prisão preventiva, em específico.²⁸

A primeira modificação é no § 2º do art. 282 do CPP, pois o Juiz precisará ser provocado para decretar qualquer medida cautelar pessoal, não fazê-la de ofício, com intuito de garantir a imparcialidade do juiz e havendo a decretação de ofício pelo juiz será configurado como ato ilegal sendo necessário seu relaxamento, nos termos do art.5º, LXV da Constituição Federal. Quanto ao contraditório, embora de forma tímida, desde o advento da Lei 12.403/2011, foi possível pensar em um procedimento contraditório a partir das disposições do art. 282, § 3º, do CPP, que determina a intimação da parte contrária (o imputado) assim que receber o pedido de medida cautelar, desde que isso não prejudique a eficácia ou urgência da medida.²⁹

O §3º do art.282 do CPP trouxe ainda mais ênfase a possibilidade de exercer o contraditório nas cautelares, no prazo legal de cinco dias, essa previsão já existia desde a Lei 12.403/2011, quando foi estabelecido que a intimação da parte contrária era regra geral na decretação das medidas cautelares exceto naqueles casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida nesses casos a decretação

²⁷ BARROSO, Darlan. Lei Anticrime Comentada (13.964/2019). Editora Saraiva, 2020.p 112

²⁸ MENDES, Soraia da R. Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019. Grupo GEN, 2020,p.85

²⁹ MENDES, Soraia da R. Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019. Grupo GEN, 2020,p.86

deve ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. Sendo, ademais, que em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz ou a juíza, sempre mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, sublinhe-se, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 282, § 4º).³⁰

Conforme dito no §4º do art.282 do CPP caso ocorra o descumprimento das cautelares impostas, o juiz, mediante requerimento, poderá substituí-la, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. A adequação informa que a medida deve ser apta aos seus motivos e fins. E a necessidade preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja. Ambos princípios relacionados com a nova redação do art. 282, § 5º, no qual se lê que o magistrado ou a magistrada, de ofício ou a pedido das partes, poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”³¹

O §5º do art.282 do CPP diz que O juiz de ofício ou atendendo requerimento feito pelas partes, pode revogar a medida cautelar ou substituí-la quando for verificada a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Nesta linha está a mudança legislativa, de acordo com a qual, a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 do CPP, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (art. 282, § 6º)”.³²

Por fim a ultima alteração no art.282 do CPP vêm em seu §6º que determina que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e o não cabimento da substituição por

³⁰ Ibid.loc.cit

³¹ MENDES, Soraia da R. Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019. Grupo GEN, 2020,p.87

³² MENDES, Soraia da R. Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019. Grupo GEN, 2020,p.87

outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Como já abordado anteriormente as medidas cautelares diversas da prisão são medidas que visam garantir a efetividade substituindo a prisão processual, assegurando o status libertatis do cidadão, substituindo anteriores prisões, e têm como regras a adequação, a provisionalidade, a necessidade, a proporcionalidade, a motivação e a excepcionalidade. Por fim conclui Darlan Barroso sobre o tema que a atual redação do art. 282 do CPP e parágrafos proíbe o magistrado, de ofício, decretar e substituir a medida cautelar, devendo ainda, quando possível, ser ofertado o contraditório. Mas, traz a possibilidade da revogação, substituição por medida mais leve, e redetecação, de ofício, desde que surjam motivos concretos e específicos para tanto. Assim, a nova lei autoriza o decreto de medidas alternativas ao invés de uma restrição à liberdade, face ao periculum libertatis do investigado.³³

Dessa forma é possível perceber que o “Pacote Anticrime” foi uma evolução oferecida pelo Legislador no sentido de determinar que as medidas cautelares não possam ser decretadas de ofício pelo Magistrado, dependendo sempre de provocação, de qualquer parte, demonstrando grande inovação no sistema e prezando sempre por um juízo totalmente imparcial.

7 PERPECTIVAS PARA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES

Os poderes Judiciário e Executivo, por meio do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça, respectivamente, estabeleceram orientações para promover e ampliar a aplicação das medidas cautelares pessoais alternativas, em uma demonstração da grande necessidade de aplicação dos ditames da Lei n. 12.403/11.

No dia 09 de abril de 2015³⁴, o presidente do STF, do CNJ e o Ministro da Justiça firmaram um conjunto de três acordos para cooperação técnica. Os mesmos contaram também com a participação do Instituto de Defesa do Direito de Defesa,

³³ BARROSO, Darlan. Lei Anticrime Comentada (13.964/2019). Editora Saraiva, 2020.p 112

³⁴ Portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal. *Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar a aplicação de medidas cautelares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idCon-teudo=289056&caixaBusca=N>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

que auxiliou fazendo levantamentos e analisando dados para avaliação periódica do projeto “Audiência de Custódia”.

Nesses acordos foram propostos temas como a implantação da audiência de custódia nos estados brasileiros, assegurando o alinhamento com tratados internacionais firmados pelo país; ampliação da utilização de medidas cautelares diversas da prisão, de forma cautelar ou como execução de pena e a construção de centros de monitoramento eletrônico para viabilizar o uso de tornozeleiras eletrônicas.

Dessa forma, nota-se a relação existente entre a realização de audiência de custódia e as medidas cautelares diversas da prisão, pois o Poder Público criou esse instituto visando a ampliação da utilização das cautelares como forma de tutela cautelar, tornando a prisão preventiva a *ultima ratio*.

7.1 CONCEITO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Para Caio Paiva o conceito de custódia pode ser relacionado com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal.³⁵

7.2 IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Como exposto, o projeto “Audiência de Custódia”, basicamente, consistiu na apresentação do preso em flagrante ao juízo no prazo de 24 horas, a fim de que o magistrado analise a legalidade da prisão e se sua manutenção é necessária. Nesta análise, o juiz decidirá pela decretação da prisão preventiva, concessão de liberdade provisória ou aplicação de cautelar alternativa.

³⁵ PAIVA, Caio. Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em <<http://www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>> . Acesso em 24 abr de 2021

Assim, para viabilizar a criação do projeto, foi imprescindível a pesquisa sobre a sua implantação no território nacional. Dessa forma, foram feitas reuniões com presidentes dos Tribunais de Justiça de todo o país, com o fito de incentivar a diminuição dos contingentes carcerários por meio da concretização do projeto Audiências de Custódia. O projeto foi lançado experimentalmente no estado de São Paulo em fevereiro de 2015 e em seguida foi expandido para todo o judiciário brasileiro.

7.3 O PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O procedimento que envolve a audiência de custódia consiste na sistemática de que após a elaboração do auto de prisão em flagrante, haverá a audiência de, com a presença de advogado. O flagranteado será apresentado em juízo para a realização do ato, sendo que ao indivíduo é assegurado o direito de previamente conversar reservadamente com seu defensor. Feito isto, é dado início à audiência, com a presença do Magistrado, representante do Ministério Público, detento e defensor.

Durante o ato o Magistrado questionará ao indivíduo sobre os moldes em que foi efetivada a prisão, assim como será verificado se houve exame de corpo de delito caso não tenha sido feito, o juiz determinará sua execução. Caso os registros feitos sejam considerados insuficientes, ou haja alegação de tortura e maus tratos em momento posterior ao exame realizado, ou o exame tiver sido realizado na presença de agente policial também será necessário novo exame ³⁶.

7.4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em suma, percebe-se que um dos objetivos da audiência de custódia é justamente, através da presença do preso, sejam verificados casos de tortura e maus tratos; somente através de um procedimento mais humanizado leva em

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Art 8º da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_23112018141721.pdf>. Acesso em 28 mar 2021

consideração a análise sensorial dos fatos pelo magistrado é que possíveis violações à dignidade da pessoa humana quando da prisão em flagrante podem ser identificadas de forma mais eficaz.

Em contrapartida o jurista Guilherme de Souza Nucci, critica a utilização do instituto da audiência de custódia como forma de garantia constitucional afirmando que com o passar do tempo, verificar-se-á que a audiência de custódia não vai solucionar o problema da superpopulação dos presídios (algo que depende de investimento do Poder Executivo), pois não será a presença do preso diante do juiz que incentivará esta autoridade a soltá-lo. Cada magistrado deve basear-se nas provas constantes do auto de prisão em flagrante para saber se cabe preventiva ou liberdade provisória (ou relaxamento da prisão). Sob outro aspecto, não será a apresentação do preso ao juiz que fará cessar eventual tortura policial, ocorrida no momento da prisão. Isto somente diminuiria com a punição efetiva de maus policiais e depende de provas, que não são conseguidas na audiência de custódia. Aliás, para argumentar, sem a audiência de custódia, o preso sempre teve direito a advogado, que poderia representar contra policiais abusivos e exigir a apuração de crime de tortura ou de abuso de autoridade.³⁷

Durante anos, o Brasil nutriu uma cultura punitivista, a qual desembocou, por todo esse tempo, em um grande encarceramento e, diante de todo exposto, mesmo com algumas críticas, é possível verificar que ainda que a audiência de custódia tenha muito a que ser aperfeiçoada em nossa realidade processual penal, demonstra-se como um passo humanizado, que visa a aplicação adequada da medida cautelar conforme cada caso concreto.

8 ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NA COMARCA DE SÃO PAULO³⁸

Em maio de 2014, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), divulgou um relatório que reunia dados sobre a utilização das medidas cautelares no

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal . Grupo GEN, 2021, p.682

³⁸ Estudo baseado no relatório de pesquisa denominado “O impacto da Lei nº 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista”. Disponível em: <https://remai2015.files.wordpress.com/2014/10/sos_liberdade_iddd.pdf>. Acesso em: 25 abril 2021.

judiciário da cidade de São Paulo. Esse instituto realizou, entre os anos de 2011 e 2012, o projeto “SOS Liberdade”, que objetivou a verificação dos impactos que a Lei nº 12.403/11 trouxe para a cidade. O estudo foi feito com o atendimento pessoal de 537 detentos, buscando o relaxamento da prisão em flagrante e/ou a revogação da prisão preventiva decretada; e, alternativamente, a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão. Com isso, buscou-se efetuar a coleta de dados sobre a eficácia da defesa ofertada aos indivíduos e como foi aplicada a Lei das Medidas Cautelares.

Para alcançar esses objetivos, foi feita um estudo socioeconômico dos pesquisados, além da coleta de dados em processos. O perfil traçado do preso foi: jovem entre 20 e 30 anos, trabalhador, responsável pelo sustento da família e, no geral, usuário de drogas. Outro ponto destacado é que a maioria possuía parente inserido no sistema prisional. No que diz respeito à renda, 9% não tem renda fixa, e 75% ter renda familiar até três salários mínimos.

A maioria dos casos analisados pelo projeto em questão tratava sobre o delito de furto, em sua forma tentada ou consumada, simples ou qualificado. Nos 344 processos atingidos, foram analisadas: as decisões proferidas pelos magistrados, sobretudo quanto à legalidade do flagrante e se sua conversão em prisão preventiva era necessária; e as decisões proferidas pelos juízes que atuam nas varas criminais competentes aos pedidos de liberdade postulados pelos advogados do IDDD. O produto desse ensaio realizado pelo IDDD será descrito na sequência.

8.1 DAS DECISÕES QUE ANALISARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE E O PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

No total de 344 decisões judiciais, foi constatado pelo IDDD que 171 delas converteram a prisão em flagrante em preventiva (49,71%), 154 aplicaram uma medida cautelar alternativa à prisão (44,77%) e em apenas 18 casos o acusado foi colocado em liberdade plena (5,23%). Após o oferecimento da denúncia e do encaminhamento dos autos para uma das varas criminais singulares do fórum central, dos 171 casos nos quais foi decretada a prisão preventiva pelo juiz, foi constatado que o magistrado oficiante na vara singular manteve a custódia cautelar em apenas 57 deles (33,33%). Em outros 32 casos ele concedeu a liberdade

provisória sem fiança (18,71%) e em 17 casos decidiu aplicar medida cautelar alternativa à prisão (9,94%). Em outros 51 casos (29,82%), uma vez que não houve renovação do pedido de liberdade, não houve nova manifestação judicial. Nos 14 casos restantes (8,19%), estava pendente decisão judicial. Nesse cenário, é possível afirmar que, não obstante a Lei n. 12.403/11 ter trazido várias alternativas ao cárcere, a medida cautelar da prisão continua a predominar nas decisões judiciais.

8.2 FUNDAMENTOS LEGAIS DAS DECISÕES

Primeiramente, é de suma importância ressaltar que a prisão preventiva tem seus fundamentos elencados no artigo 312 do CPP, sendo eles: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Se estiver presente qualquer desses fundamentos e houver prova da existência do delito, além de indícios de autoria, a prisão preventiva pode ser decretada.

Restou comprovado, no estudo realizado pelo instituto, que no judiciário da cidade de São Paulo, o fundamento “garantia da ordem pública” foi o mais usado para basear as decisões de decretação de prisão preventiva após o flagrante, atingindo 36% dos casos.

No entanto, decretar a prisão preventiva, pautada exclusivamente sob o fundamento de “garantir a ordem pública”, gera certa banalização desse dispositivo, uma vez que possibilita que o magistrado utilize esse argumento legal em toda e qualquer circunstância concreta. O que ocasiona, redução da utilização de medidas cautelares alternativas.

8.3 ARGUMENTOS EM QUE SE FUNDAMENTARAM AS DECISÕES PROFERIDAS PELOS JUÍZES

Ao fazer a análise dos argumentos que fundamentaram as decretações da prisão preventiva, o Instituto detectou que o mais utilizado nas decisões foi o relativo aos antecedentes criminais dos réus, totalizando 36% dos casos. Este argumento, não se encontra em consonância com o direito à presunção de inocência, já que

antevê que o acusado irá reincidir na conduta criminosa. Ademais, fica claro o caráter seletivo da justiça criminal quando justifica a prisão preventiva em razão da “falta de vínculo com o distrito da culpa” ou da “ausência de ocupação lícita”, admitindo a prisão de acusados apenas por não possuírem residência fixa e/ou emprego formal.

É importante destacar, que a liberdade foi concedida pela argumentação de “crime sem violência ou grave ameaça” em 20% dos casos, hipótese que poderia ter sido observada desde a primeira decisão proferida.

Com isso, faz-se possível deduzir que a suspeita de reiteração criminosa é pautada, em sua maioria, em argumentos rasos, permitindo a ampliação de prisões cautelares de maneira descabida e inviabilizando a utilização das medidas ajustadas à infração cometida.

8.4 DEFINIÇÕES DAS CAUTELARES ALTERNATIVAS, QUANDO ESCOLHIDAS

Conforme exposto, o juiz decidiu pela não decretação da prisão preventiva, mas pela aplicação de medida cautelar alternativa em 44, 77% dos casos. Por sua vez, a fiança foi a medida mais utilizada nas decisões que concederam alguma medida alternativa, sendo aplicada em 33% deles.

No entanto, é preciso destacar o perfil socioeconômico dos entrevistados, já mencionado: 9% não possuem renda, e outros 75% possuíam renda de até três salários mínimos, demonstrando que mesmo com a dificuldade financeira, a prestação pecuniária em forma de fiança foi a mais usada.

Além disso, foi apontada a incidência de fianças arbitradas em valores acima do correspondente ao bem furtado e maiores do que a capacidade financeira do acusado, o que torna seu pagamento inviável, impossibilitando a concessão de liberdade. Com isso, conclui-se que, sem observar a condição financeira do acusado, os juízes tendem a eleger a fiança como a medida cautelar substitutiva à prisão.

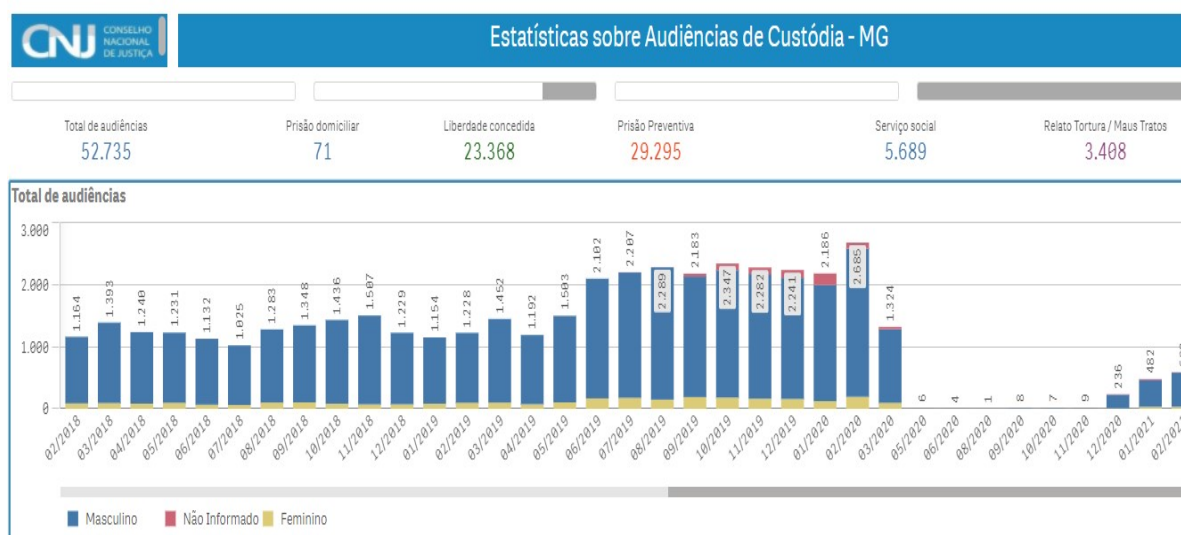
8.5 CONCLUSÕES OBTIDAS PELA PESQUISA

O instituto chegou à conclusão de que o próprio judiciário paulista incrementa a criminalidade. Contudo, essa falha pode ser reparada ou atenuada

com a utilização da prisão com melhores critérios, foi citada como possível solução, a propensão pela adoção de medidas alternativas.

Ou seja, mesmo com Lei de Medidas Cautelares, a prisão se mostra predominante no judiciário da capital paulista. Além disso, devem ser criados pelo Estado, estímulos para que os magistrados adotem, com maior veemência, medidas mais adequadas e proporcionais a cada caso.

9 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO JUDICIÁRIO MINEIRO

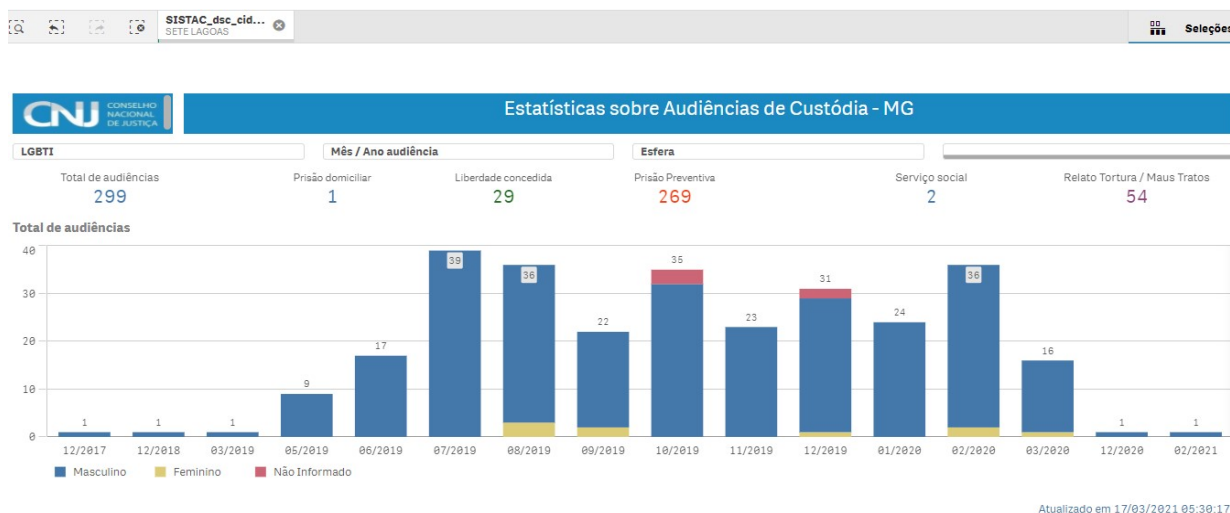


Fonte: CNJ

Conforme demonstrado estatisticamente pelo CNJ, atualmente cerca de 44% das audiências de custódia realizadas no judiciário mineiro resultam em concessão de liberdade mediante aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Demonstrando uma tendência ao entendimento de que a prisão é a *ultima ratio*.

9.1 CENÁRIO MUNICIPAL



Fonte: CNJ

Ao analisar os dados referentes à cidade de Sete Lagoas MG é possível perceber que se a prisão é a sanção mais aplicada nas audiências de custódia, com índices de liberdade provisória mediante aplicação de cautelares abaixo dos 10%, mostrando uma tendência ao encarceramento.

Isto posto, é certo que a audiência de apresentação ainda não atingiu os patamares desejados: no cenário estadual, cerca de 6% dos casos houve relato de tortura, mas como a escolta policial muitas vezes está presente no momento da realização da audiência esses números podem ser mais altos. A cultura do encarceramento e da antecipação da culpabilidade ainda está bem presente, contudo, a audiência de custódia é, sem sombra de dúvidas, um meio necessário para tutelar a dignidade da pessoa humana.

10 EFETIVIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO

10.1 INDAGAÇÕES QUANTO ÀS CAUTELARES ALTERNATIVAS.

Conforme exposto ao longo da presente monografia, a Lei de Medidas Cautelares foi instituída para reforçar a necessidade de garantir o direito à liberdade provisória e minorar a utilização da prisão como tutela cautelar. Para isso, foram elencadas as medidas cautelares diversas da prisão, dispostas nos arts. 319 e 320

do Código de Processo Penal. Porém, muitas doutrinas relacionadas à lei em questão, chegaram a conclusão que tais medidas apresentam dificuldades de fiscalização e aplicação, o que pode se caracterizar como um empecilho à efetividade do instituto. Sendo assim, é fundamental identificar os entraves e buscar meios de mitiga-los.

Para Mendonça a maior barreira que a Lei n. 12.403/11 enfrenta é a fiscalização:

“Como fiscalizar que o réu está realmente recolhendo-se ao domicílio nos períodos indicados? Quem irá verificar se o réu está ou não cumprindo as medidas? Nem se alegue que este problema prático não pode ser um impedimento à aplicação da medida, fundado em um suposto direito à aplicação da medida. (...) Caso não haja possibilidade de fiscalização, a medida não se torna adequada, na prática, para neutralizar os perigos indicados no art. 282, inc. I, do CPP. Se a medida cautelar não é adequada na prática, ao magistrado está vedada a sua decretação, pois do contrário estará estabelecendo uma medida totalmente inócua para proteger aqueles bens jurídicos. Em outras palavras, sem qualquer fiscalização, a medida é inadequada e, portanto, não pode ser decretada. Nem se alegue que se deve confiar no réu, pois se assim fosse, seria desnecessária toda e qualquer medida cautelar.”.³⁹

Renato Marcão⁴⁰ assevera que as medidas cautelares diversas necessitam de uma efetiva fiscalização, além disso, o autor indica como ela pode ocorrer.

Quanto à medida de comparecimento periódico, a fiscalização ocorre com seu próprio cumprimento, sendo facilmente detectados eventuais descumprimentos, possibilitando a comunicação ao magistrado para providências.

No que diz respeito às medidas de proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar e suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, o autor aponta após a decretação deve haver uma comunicação à autoridade policial a fim de possibilitar a devida fiscalização. Quanto à suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, faz-se necessária a comunicação aos órgãos públicos competentes.

Acerca da medida de proibição de contato com pessoa determinada, o próprio indivíduo determinado pode efetuar a comunicação do descumprimento aos órgãos judiciais ou a polícia.

³⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 439.

⁴⁰ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, pp. 384-385.

Já o descumprimento das medidas de internação provisória deve ser relatado ao juízo ao juiz pela administração do estabelecimento.

Com relação à medida de monitoramento eletrônico, o autor a aponta como a de fiscalização mais fácil, pois qualquer descumprimento pode ser comunicado rapidamente ao juiz da causa.

Por fim, para garantir fiscalização efetiva da medida de proibição de ausentar-se do país, de suma importância a às autoridades encarregadas de fiscalizar as fronteiras do país.

Logo, é possível perceber que as críticas feitas pela doutrina em relação à fiscalização do instituto das medidas cautelares ser solucionada com a criação de mecanismos eficientes de verificação do cumprimento pelo Estado.

Cada uma das espécies de medidas cautelares diversas da prisão possui certa peculiaridade, dificuldade de aplicação e fiscalização, por isso para analisar sua efetividade deve ser feito um exame específico.

10.2 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO

Para que as finalidades dessa medida sejam atingidas, Silveira afirma que é indicado que a apresentação do acusado aconteça perante o próprio juiz, evitando-se os meros comparecimentos formais em cartório para assinatura de formulário, pois:

“A generalização da prática dos comparecimentos em cartório, sem a necessidade de entrevista com Juiz da causa, poderá desmoralizar o instituto, forçando a perda da sua eficácia, com o consequente abandono da utilização da medida.”.⁴¹

Renato Marcão também sustenta que, o cumprimento desta obrigação tem se revelado sem muito sentido ou efeito, pois tudo não passa de um simples ‘carimbo na carteira’.⁴²

10.3 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES

⁴¹ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 126.

⁴² MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 373

Os delitos, em sua maioria, são determinados ou influenciados pelo ambiente, e por isso, a cautelar em questão poderá, caso funcione alcançar resultados positivos, evitando condutas delituosas. No entanto, a doutrina alerta que esse dispositivo, encontra dificuldades de fiscalização, o que o torna ineficaz.⁴³

10.4 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA

Ao instituir essa medida, gerou-se a expectativa de que ela se destacasse pelo fato de a Lei nº 12.403/11 permitir sua aplicação para além das vítimas mulheres. Também, por se tratar de medida de prevenção especial, foi discutido que sua adoção traria resultados positivos, principalmente em situações em que existe o constante conflito entre o autor do fato e a pessoa determinada.⁴⁴

10.5 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA

Em relação à medida de proibição de ausentar-se da Comarca, Luiz Flávio Gomes sustenta a seguinte ideia:

“Frise-se, outrossim, que se trata de mais uma medida que, na prática, não surtirá grande efeito, porquanto não se tem qualquer tipo de controle pelo Poder Público acerca da ausência ou não do acusado ou indiciado. Restará, pois, aplicada acreditando-se no princípio da “boa-fé processual” de seu efetivo cumprimento.”⁴⁵

Ademais, a simples decretação dessa cautelar não seria capaz de oferecer garantia ou segurança processual. Em outras palavras, se o acusado não tem intenção de acompanhar o trâmite processual, é pouco provável que essa medida desestimulará o agente a se afastar do local.⁴⁶

⁴³ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 127.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 128.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio, et al. *op. cit.*, p. 193

⁴⁶ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 129.

10.6 RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA

Para Mendonça o recolhimento domiciliar se torna eficaz somente quando o magistrado o utilizar, em regra, conjuntamente com a monitoração eletrônica ou, ainda, com a fiscalização periódica. Caso essa fiscalização seja inviável, o recolhimento, em princípio, não deve ser aplicado pelo juiz, salvo em casos devidamente justificados.⁴⁷

Ainda que existam dúvidas quanto à sua fiscalização⁴⁸, para Renato Marcão⁴⁹ o recolhimento domiciliar é um dispositivo de grande importância para conter certas infrações.

Pode-se dizer, ainda, que há um empecilho para efetivar a medida, uma vez que a lei exige comprovação de residência fixa e emprego pelo acusado.

10.7 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA

Para Silvio Maciel⁵⁰, na prática, a cautelar em questão envolve uma série de medidas que podem combater certos delitos, como, por exemplo, na suspensão de funcionários públicos que praticam concussão ou extorsão. Porém, em alguns cenários o juiz não poderá decretar a suspensão, por existência de previsão legal: a) a suspensão dos direitos políticos somente poderá ser decretada quando houver condenação criminal transitada em julgado (art. 15, III, da CF/88); b) o afastamento das funções de um juiz acusado de crime só pode ocorrer por decisão do respectivo Tribunal ou de seu órgão especial (art. 27, §3º, da Lei Complementar 35/1979).

Dessa forma, como a medida tem a prerrogativa de afastar o agente de atividade econômica ou empresarial, ela muito útil nos crimes econômicos e financeiros, que causam grandes prejuízos e atingem, muitas vezes, avultado

⁴⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 440.

⁴⁸ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op.cit.*, p. 130

⁴⁹ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, pp. 377-378.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio, Et al. *op. cit.*, pp. 195-196.

número de vítimas ⁵¹. Pode-se afirmar, ainda, que, em diversos casos, a suspensão é medida suficiente para coibir que novas infrações sejam praticadas, evitando a prisões desnecessárias, fundamentadas na garantia da ordem econômica.

10.8 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

O dispositivo que discorre sobre a internação provisória é bastante restritivo, pois não podem ser submetidos à medida, infratores que cometeram crimes sem violência ou grave. Além disso, o escasso número de vagas nos manicômios judiciários é uma grande dificuldade a ser superada, a fim de promover a viabilização dessa cautelar. No entanto, vale ressaltar que na ausência de vagas, é proibido o recolhimento do autor em prisão comum, podendo tal conduta ser considerada como constrangimento ilegal. O agente portador de doença mental deve ter garantido todos os direitos, sendo que incumbe ao Ministério Público garantir a fiscalização do cumprimento. ⁵²

10.9 FIANÇA

Alguns autores apresentam certo receio quanto à eficácia da fiança, para os fins propostos, sendo ela duvidosa. Por isso, se a sua adoção não for suficiente, principalmente para coibir obstruções no andamento do processo ou desobediência, a opção deve ser pela decretação da prisão preventiva. ⁵³

10.10 MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

Com a Lei n. 12.403/11, diversas críticas foram feitas ao uso do monitoramento eletrônico como medida cautelar, isso se deve principalmente ao fato de que para a efetivação desse instituto, são necessários investimentos públicos

⁵¹ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 132

⁵² *Ibid.*, p. 135..

⁵³ *Ibid.*, p. 136.

para a aquisição de equipamentos eletrônicos, como para a instalação de centrais para fiscalizar os monitorados.⁵⁴

Outros doutrinadores demonstram preocupação em relação aos riscos que a tornozeleira pode oferecer a saúde dos indivíduos. Porém, Mendonça afasta veementemente essa preocupação ao sustentar que todos os cidadãos estão expostos a ondas eletromagnéticas diariamente, por isso o risco é existente para toda e qualquer pessoa da sociedade.⁵⁵

Para Silvio Maciel⁵⁶, a monitoração é menos invasiva do que a prisão, mas reforça que o a decretação de outra medida cautelar menos drástica. No entanto, assevera que devida a morosidade dos processos na justiça brasileira atual, em conjunto com precárias estruturas penitenciárias, a monitoração eletrônica é uma forma de evitar encarceramentos indevidos, em muitos casos concretos:

“(...) a monitoração eletrônica será muitas vezes um sucedâneo (não ideal) da prisão provisória, que até hoje tem sido a única medida acautelatória utilizada. Se perguntarmos a qualquer preso se ele prefere as grades ou a pulseira, não haverá um detento sequer que optará pela primeira medida. Voltemos a frisar: a monitoração eletrônica é inegavelmente invasiva, mas no Brasil temos que muitas vezes aceitar um ‘garantismo tupiniquim’ para que se caminhe gradualmente para o sistema ideal. Isso inclui aceitar, pragmaticamente, a monitoração para se evitar a prisão. Mesmo porque, a tecnologia, cujas possibilidades são infinitas, pode permitir que a monitoração seja executada da forma menos invasiva possível à privacidade e à intimidade do indiciado ou acusado. Se a monitoração eletrônica for realizada com recursos eletrônicos que permitam conjugar os interesses do Estado com o direito de privacidade do indiciado ou acusado, será excelente medida cautelar substitutiva da prisão.”

Em consonância, Marcão afirma que aplicada isolada ou cumulativamente, uma das medidas mais eficientes, se bem aplicada e executada, é a cautelar de monitoramento eletrônico⁵⁷. O monitoramento eletrônico é, ainda, uma medida de maior economia para o Estado. De acordo com Mendonça, estudos apontam que o detento custa em média R\$180,00 por dia, enquanto a monitoração custa R\$ 45,00 por dia.⁵⁸

⁵⁴ *Ibid.*, p. 138

⁵⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 466.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio, Et al. *op. cit.*, pp. 199

⁵⁷ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 382.

⁵⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 465.

Outro ponto considerado benéfico, segundo o DEPEN, é a aplicação da medida em pessoas vulneráveis, como, gestantes, portadores de doenças infectocontagiosas, detentos com idade superior a 70 anos, mulheres com filhos menores e deficientes.

O órgão destaca ainda que o equipamento auxilia no controle de fugas, com sensores que identificam a tornozeleira na pele, além de outros destinados a alertar para o seu rompimento.

10.11 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS

No que diz respeito à medida de proibição de ausentar-se do país, somente o recolhimento do passaporte do acusado não garante o cumprimento da medida⁵⁹, pois podem ser utilizados meios de transporte alternativos, além de que se o embarque for para países integrantes do MERCOSUL, é dispensada a apresentação deste documento. Por isso, para garantir a efetividade da medida, é fundamental que as autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional sejam alertadas, como forma de assegurar a aplicação da lei penal.

Ante todo o exposto, é incontestável a existência de certo receio, e até mesmo dúvida, quanto à efetividade das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar. No entanto, não se pode olvidar que, caso sejam devidamente empregadas, contribuirão para assegurar garantias fundamentais dos acusados e para a atenuação dos números de presos em situação provisória.

⁵⁹ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 384.

11 CONCLUSÃO

Até o advento da Lei n. 12.403/11, o CPP possibilitava ao juízo uma dicotomia, basicamente duas opções para decidir sobre um flagrante de delito: ou se concedia liberdade provisória ao acusado, com ou sem o pagamento da fiança, até o seu julgamento; ou ocorria a manutenção da prisão em flagrante, se presentes os requisitos legais. Com a lei em questão, houve o surgimento de diversas medidas cautelares pessoais alternativas e se edificou a ideia de que a prisão preventiva é uma medida excepcional. Na nova lei, a aplicação de qualquer cautelar, da mais simples a mais gravosa, deve respeitar sempre os princípios da adequação e necessidade da medida e da proporcionalidade.

As medidas cautelares pessoais diversas da prisão são nove, e estão dispostas nos artigos 319 e 320 do CPP sendo elas: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável; monitoração eletrônica; proibição de ausentar-se do país.

Esse instituto busca, principalmente, evitar custos e danos que o encarceramento ocasiona, tais como: distância da família, afastamento do trabalho; degradantes condições de higiene existentes nos presídios; o fortalecimento de lações entre os criminosos, dentre outros. Ademais, as cautelares são uma possibilidade de promover a diminuição dos contingentes penitenciários e viabilizar a garantia constitucional da presunção de inocência. Contudo, o sistema demanda certas mudanças e requer ainda mais amadurecimento. Porém, a oportunidade de substituir a prisão por outra medida menos grave, é uma realidade que não deve ser desprezada.

Por se tratar de um dispositivo considerado inovador, não se pode esperar que existisse consenso entre os doutrinadores quanto à efetividade das medidas. Muitas das cautelares alternativas à prisão inseridas pela Lei. n. 12.403/2011 dependem de avanços nas tecnologias do país, de uma efetiva fiscalização estatal, e, principalmente, da mudança de postura dos operadores do direito. Ao mesmo tempo, há de se ter um paradigma de comparação para saber se realmente houve progresso na utilização dessas medidas.

Por isso, após análise de doutrinas e de dados afetos ao assunto, foi possível concluir que a prisão ainda prevalece como a cautelar mais aplicada para garantir a ordem processual. Além disso, são admitidas decretações de prisão preventiva baseadas em fundamentos vagos e imprecisos. Todavia, não se pode deixar de exaltar que é significativa a porcentagem de aplicação das medidas cautelares diversas do cárcere e as iniciativas que o Poder Público tem instituído para ampliar a utilização desse instituto.

Como exemplo disso, temos os interessantes resultados que a implantação das audiências de custódia, as quais garantem que o indivíduo preso seja apresentado no prazo de 24 horas a um juiz, nos casos de prisão em flagrante. Nesta audiência, são ouvidas as manifestações do Ministério Público e do defensor. O juiz, além de analisar a legalidade e necessidade da prisão, pode também verificar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos e quando possível aplicar cautelares diversas. Para tornar viável a implantação dessas audiências, o DEPEN estruturou centrais de alternativas penais e centrais de monitoramento eletrônico, para que então o juiz possa decidir por alternativas ao encarceramento provisório para atingir a finalidade de tutela cautelar.

Durante todo o desenvolvimento deste trabalho, houve a tentativa de expor pontos favoráveis e principalmente críticos das cautelares diversas da prisão. Seguindo a tese favorável, não se pode ignorar que existe um grande percurso pela frente, principalmente pelas opiniões contrárias e dificuldades encontradas para a aplicação da lei. Entretanto, é possível concluir que no momento elas, em sua maioria, ainda não conseguem atingir sua finalidade e se tornam ineficazes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo*. São Paulo, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11). Disponível em <http://dp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/2773599/medidas-cautelares-penais-lei-12403-11>. Acesso em: 23 oct. 2020.

BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, 31 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 13 fev 2021.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 14 mar de 2021

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *A nova prisão e as novas medidas cautelares no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

GOMES, Luiz Flávio (coord.)- MARQUES, Luís Ivan (coord); BIANCHINI, Alice... (et all). *Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Lex. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 09 de fevereiro de 2021.

Lex. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 18 jan de 2021

Portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal. *Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar a aplicação de medidas cautelares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289056&caixaBusca=N>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 5.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES, Jr. Aury. *Direito processual penal*. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2020.

LOPES Jr, Aury. *Prisões cautelares - DIG* . São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato . Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas, 2ª Edição .São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currssel> . Acesso em 17 mar 2021

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currssel> . Acesso em 17 mar 2021

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.guilhermenu-cci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal . 18ª edição, São Paulo Grupo GEN, 2021.

PAIVA, Caio. Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em <<http://www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades>>.

MENDES, Soraia da R. Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

Barroso, Darlan. Lei anticrime comentada (13.964/2019) . – 1. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.