



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aplicação das medidas cautelares à luz da Lei nº 12.403/2011

Brena da Silva Salmon

Rio de Janeiro  
2014

BRENA DA SILVA SALMON

**Aplicação das medidas cautelares à luz da Lei nº 12.403/2011**

Artigo Científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato  
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2014

## **APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES À LUZ DA LEI Nº 12.403/2011**

Brena da Silva Salmon

Graduada pela Universidade Cândido Mendes – Centro. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A Lei nº 12.403/2011 elencou as medidas cautelares alternativas à prisão como grande inovação na seara prisional brasileira. Assim, cabe destacar que as medidas cautelares alternativas à prisão, além de garantirem a efetividade do processo, terão importantes reflexos, haja vista reforçarem a ideia de excepcionalidade da prisão em respeito aos princípios constitucionais. Dessa forma, a essência do trabalho está em abordar a prisão cautelar como prisão subsidiária em face das novas medidas cautelares presentes no processo penal brasileiro.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Prisão. Medidas Cautelares.

**Sumário:** Introdução. 1. Princípios e Garantias Constitucionais aplicáveis às Medidas Cautelares. 2. A Prisão Processual Penal à luz da Lei 12.403/2011. 3. Medidas Alternativas e Substitutivas das Prisões Cautelares. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O trabalho ora proposto enfoca a temática das medidas cautelares como hipóteses substitutivas à prisão processual penal, especificamente no que concerne a Lei nº 12.403/2011, que elencou as medidas cautelares alternativas a prisão como grande inovação na seara prisional brasileira.

Diante disso, busca-se estabelecer medidas alternativas e substitutivas a essas prisões como forma de garantia os direitos fundamentais elencados na Carta Magna, bem como assegurar à efetividade do processo penal e a adequada tutela jurisdicional, uma vez que a lei é incapaz de prever todas as hipóteses de perigo.

Um dos objetivos do presente trabalho é reforçar a ideia de excepcionalidade da prisão cautelar, uma vez que a Lei nº 12.403/2011 tornou a prisão subsidiária em face das novas medidas cautelares. Procura-se demonstrar que o cenário das medidas cautelares foi claramente melhorado trazendo benefícios e vantagens ao sistema prisional Brasileiro, razão pela qual haverá o alargamento no oferecimento de medidas cautelares diversas do encarceramento, concentrando-se, principalmente, na efetivação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da razoabilidade e proporcionalidade, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, no primeiro capítulo será abordado os casos de privação da liberdade, anteriores a condenação; se há ou não violação dos princípios constitucionais elencados na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

No capítulo dois será abordado a temática da prisão cautelar, se está como prisão subsidiária pode ser considerada excepcionalíssima.

E, finalmente, no capítulo três, será discutido se as medidas cautelares alternativas à prisão, com redação determinada na Lei nº 12.403/2011, são um grande instrumento para garantir a efetividade do processo e trazer benefícios para a sociedade, sem, contudo, fomentar a sensação de impunidade.

Ressalta-se, por oportuno, que o trabalho ora apresentado busca, também, relatar que as medidas cautelares alternativas à prisão, além de garantirem a efetividade do processo, terão importantes reflexos jurídicos e sociais haja vista que reforçam a ideia de excepcionalidade da prisão em respeito aos princípios constitucionais da presunção de

inocência, do contraditório e da razoabilidade e proporcionalidade, sendo importante revelar que o que se espera do legislador, no futuro, é a imposição das novas cautelares como resposta penal definitiva, sempre que demonstrada sua adequação e suficiência.

## **1. PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES.**

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a imputação de penalidade, principalmente daquelas que privam o indivíduo de sua liberdade antes de condenação consubstanciada no devido processo legal, se tornou excepcional, o que, todavia não acontecia no Código de Processo Penal de 1941, sendo a antecipação da culpabilidade característica deste.

Diante disso, sob o viés do princípio da presunção de inocência, garante-se ao acusado a condição de sujeito de direitos, podendo, em sede de dilação probatória, rechaçar qualquer acusação presente na denúncia, em respeito a sua condição de mero imputado e não, de condenado.

Ademais, o princípio da proporcionalidade impõe juízo de necessidade e adequação, binômio fundamental as medidas cautelares impostas, haja vista que este deve impedir que o imputado seja submetido a uma medida cautelar que se revele mais gravosa do que a sanção que porventura venha a ser aplicada. Essa deverá, sempre, estar conectada ao valor da dignidade da pessoa humana.

## 1.1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Previsto no Art. 5º, LVII, da Constituição da República, o princípio da presunção de inocência, também chamado de não culpabilidade, até a entrada em vigor da CRFB/88 existia somente de forma implícita, decorrendo do princípio do devido processo legal.

De acordo com os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima<sup>1</sup>, o princípio da presunção de inocência consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa, ampla defesa, e para a destinação da credibilidade das provas apresentadas pela acusação, contraditório.

O mencionado princípio traz consequências e gera reflexos no direito processual penal, na medida em que o acusado não poderá ser tratado como objeto do processo, mas sim como parte da relação processual, devendo ser conferido a ele todos os direitos cabíveis aos demais. Deste princípio também derivam duas regras norteadoras: a regra probatória, que é aquela que onde a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, e não este de provar sua inocência e, a regra de tratamento, que consiste em ninguém poder ser considerado culpado senão depois da sentença condenatória com o trânsito em julgado.

Diante disso, pode-se afirmar que o princípio da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Ademais, a restrição à liberdade do acusado, antes da sentença penal condenatória transitar em julgado, só deve ser admitida a título cautelar e, desde que presentes seus pressupostos legais.

Consequência desse princípio, ainda, é que toda prisão, principalmente antes da condenação, deverá se pautar na extrema necessidade, sendo vedadas as prisões automáticas

---

<sup>1</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. v. 1. Niterói: Impetus, 2011, p.1137-1139.

ou obrigatórias, bem como a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal<sup>2</sup>.

Tal afirmação é prestigiada por um dispositivo constitucional e um legal, previsto no Código de Processo Penal

Art. 5º.

(...)

LXI - 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.

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

Finalmente, seguindo essa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que o instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se ficar comprovado a real necessidade de adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do investigado ou do acusado<sup>3</sup>.

Além disso, se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal<sup>4</sup>.

## 1.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Definido como principal sustentáculo das prisões cautelares, o princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, devendo preponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

---

<sup>2</sup> DIAS apud LIMA, p. 1138.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC.n. 84.619. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5043316/>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

<sup>4</sup> CANOTILHO apud LIMA, p.1138.

Assim, deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado, conforme preceitua Aury Lopes Jr<sup>5</sup>.

Apesar da razoabilidade e da proporcionalidade ter origens diferentes, a primeira na Alemanha e a segunda nos Estados Unidos, Souza de Oliveira explica que estas guardam uma relação de fungibilidade, podendo o princípio ser classificado em razoabilidade externa e interna. A razoabilidade interna diz respeito à lógica do ato em si, enquanto que a externa exige a consonância com a Constituição.

Para o mencionado autor, há, ainda, a divisão em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação informa qual a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Desta forma, quaisquer das medidas previstas no Art.319 do CPP se apresentam igualmente aptas e menos onerosas para o imputado, devendo ser adotadas, reservadamente a prisão, nos casos mais graves, como *ultima ratio* do sistema<sup>6</sup>.

A necessidade preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja<sup>7</sup>. E, a proporcionalidade em sentido estrito, consiste no sopesamento dos bens em questão, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação.

Portanto, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade deve ser analisado de forma imprescindível nos casos de aplicação da prisão cautelar, haja vista estar conectado ao valor da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>5</sup> LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal: e a sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 793.

<sup>6</sup> OLIVEIRA apud LOPES JR, p. 794.

<sup>7</sup> Ibid., p 795.



### **1.3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O princípio constitucional que trata da dignidade da pessoa humana é considerado um dos mais importantes direitos consagrados na carta constitucional, na medida em que, fazendo um juízo de valor, o mencionado princípio deverá ser observado em seu caráter absoluto não havendo, todavia, nenhum princípio ou norma jurídica que o sobreponha.

Tal princípio demonstra sua preponderância no seu posicionamento no texto constitucional, eis que se encontra previsto no art. 1º, inciso III da Constituição da República, colocado como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, em sede de prisão cautelar, deve-se mencionar que esta deve obedecer aos parâmetros modernos da humanidade, consagrados internacionalmente, preservando a dignidade humana do acusado. Nesses tipos de prisão, dá-se início a uma série de privações de direitos a começar pela liberdade de locomoção.

### **1.4. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

Extremamente importante e perfeitamente compatível com algumas situações de tutela cautelar, o princípio do contraditório, via de regra, dependerá das circunstâncias do caso concreto, podendo, no entanto, ser delimitado pela urgência ou risco concreto de ineficácia da medida.

Para Aury Lopes Jr.<sup>8</sup>, o indivíduo, uma vez detido, deveria ser, desde logo, conduzido ao juiz que determinou a prisão, para que, após ouvi-lo, em sede de interrogatório, decida fundamentadamente acerca da manutenção ou não da prisão cautelar. Através desse ato, o contraditório realmente teria sua eficácia de direito à audiência e, provavelmente,

---

<sup>8</sup> LOPES JR, op. cit., p. 784-786.

evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Assim, mesmo que a prisão se efetivasse, o que via de regra é a exceção, haveria um mínimo de humanidade no tratamento para com o detido, na medida em que, ao menos, teria sido ouvido pelo magistrado.

## **2. A PRISÃO PROCESSUAL PENAL À LUZ DA LEI 12.403/11**

Com o advento da Lei 12.403/11, que alterou a sistemática da prisão processual no Código de Processo Penal, surgem inovações quanto as medidas aplicáveis a prisão, isto é, medidas alternativas as tradicionais, já existentes; liberdade provisória sem fiança e a fiança.

Cabe ressaltar que, qualquer das medidas aplicáveis, deverão observar o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, requisitos necessários para a aplicação das medidas cautelares no processo penal. Assim, a fumaça do cometimento de um fato punível em conjunto com indícios suficientes de autoria fundamentam a aplicação de uma das medidas do artigo 319 do Código de Processo Penal.

De acordo com o Art.283, parágrafo 2º, CPP, a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições quanto a inviolabilidade o domicílio, garantia constitucional de caráter absoluto, prevista no Art. 5º, inciso XI, CRFB/88. Quanto a prisão poder ser efetuada a qualquer dia, devemos destacar que entende-se por dia o período compreendido entre 6:00h e 18:00, conforme preceitua José Afonso da Silva<sup>9</sup>.

Das prisões processuais penais à luz da Lei 12.403/11, contidas no CPP, destaca-se três subespécies da prisão cautelar, provisória: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão domiciliar.

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 437.

## 2.1. A PRISÃO EM FLAGRANTE

Considerando o indivíduo em flagrante delito, pode-se definir a prisão em flagrante como medida de autodefesa a sociedade, baseada na privação da liberdade de locomoção daquele que está em situação de flagrância, independente e prévia autorização judicial, conforme dispõe o Art. 5º, inciso XI, CRFB/88.

Diante disso, é importante destacar, conforme os ensinamentos do ilustre doutrinador Renato Brasileiro<sup>10</sup>, as funções processuais da prisão em flagrante: evitar a fuga do infrator, auxiliar na colheita de elementos informativos e, impedir a consumação ou o exaurimento do delito.

Com o advento da Lei 12.403/11 fica nítido que a prisão em flagrante, por si só, não mais autoriza que o agente permaneça preso ao longo da instrução, na medida em que, o novo Art.310, CPP dispõe que o juiz deverá, fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, depreende-se do supramencionado que a prisão em flagrante nada mais é do que um ato meramente administrativo, exigindo apenas a aparência de tipicidade.

Quanto à natureza jurídica da prisão em flagrante, cabe dizer que esta independe de prévia autorização judicial, limitada a uma das situações de flagrância descritas no Art. 302, CPP, prevalecendo, no entanto, o entendimento de que esta é uma espécie de prisão cautelar.

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

---

<sup>10</sup> LIMA, op. cit., p. 1269-1270.

O mencionado artigo dispõe as hipóteses em que o sujeito ativo poderá efetuar a prisão em flagrante; seja ela facultativa, quando o particular tem a faculdade de prender quem se encontra em situação de flagrante e, portanto, neste caso, a prisão configura-se exercício regular do direito, ou de forma obrigatória, quando o dever incumbe as autoridades policiais e seus agentes, configurando-se estrito cumprimento do dever legal.

O art. 302, CPP prevê, taxativamente, as espécies de prisão em flagrante.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A prisão em flagrante própria, prevista no inciso I e II do mencionado artigo, ocorre quando o agente está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la, ou seja, é encontrado imediatamente após de cometê-la. No inciso III, está previsto o flagrante impróprio, modalidade de flagrante que exige a combinação de três fatores: perseguição, ser logo após o cometimento da infração penal e haver uma situação que faça presumir a autoria. O inciso IV, por sua vez, prevê o flagrante presumido, que a lei resolveu por estabelecer ser desnecessário a perseguição. O STJ<sup>11</sup>, todavia, entende que para a caracterização do flagrante presumido não há a necessidade de se demonstrar a perseguição imediatamente após a ocorrência do fato-crime, mas sim o encontro do autor logo depois, em condições de se presumir sua ação.

De acordo com o doutrinador Renato Brasileiro Lima<sup>12</sup> existem, ainda, quatro outras espécies de flagrante: o flagrante preparado, também conhecido como provocado, crime de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador; flagrante esperado; flagrante prorrogado, também denominado de protelado, retardado ou diferido

---

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 147.839. Relator: Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 25 ago. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n 75.115/MT. Relator: Jane Silva. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

<sup>12</sup> LIMA, op. cit., p. 1281-1288.

(ação controlada) e, flagrante forjado. O primeiro, consiste no fato de o particular ou a autoridade policial, de forma insidiosa, instigar o agente à prática do delito com o objetivo de prendê-lo em flagrante, ao mesmo tempo em que adota providências para que o delito não se consuma. A segunda espécie, ocorre quando a autoridade policial ou um terceiro limita-se a aguardar o momento do cometimento do delito para efetuar a prisão em flagrante, sendo certo que, nesse caso, o agente responde pela modalidade consumada. Na terceira hipótese, haverá o retardamento da intervenção policial, que deve ocorrer no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de provas. Finalmente, na última hipótese, o flagrante é totalmente artificial, na medida em que policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, a fim de legitimar, falsamente, uma prisão em flagrante. Ressalta-se, por oportuno, que esta hipótese não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que inexistente o delito em questão.

## **2.2. PRISÃO PREVENTIVA**

No que concerne à prisão preventiva, deve-se, por oportuno, ressaltar que a decretação desta é condicionada à prova da materialidade e aos indícios de autoria ou participação, nos termos do Art. 312, CPP. Assim, conforme mencionado no item 2, imprescindível a presença do *periculum libertatis* que, nos termos da legislação pátria, consistem na manutenção da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na garantia da aplicação da lei penal.

O Código de Processo Penal traz, em seu Art. 312, os motivos ensejadores da prisão preventiva, assim como os casos em que esta será permitida ou não, conforme dispõe o Art. 313 e 314.

Quanto aos fundamentos da prisão preventiva, cabe destacar que o requisito da manutenção da ordem pública é extremamente abrangente e incompatível com os princípios constitucionais. A conveniência da instrução criminal deve ser devidamente justificada, na medida em que, em conjunto com a aplicação da lei penal, buscará sob qualquer forma a busca da verdade real. Ademais, esta última, ocorrerá quando houver suspeita concreta de fuga.

Com o advento da Lei 12.403/11 vem à baila um novo fundamento para a prisão preventiva, qual seja, o descumprimento das obrigações impostas por medida cautelar, destacando-se que as medidas cautelares diversas a prisão, devem preceder, sempre que possível a prisão preventiva, de acordo com o Art. 282, parágrafo 4º, CPC.

Última das hipóteses de prisão, a preventiva deve repetir o que dispõe o Art. 313 CPP, uma vez que estamos diante de prisão subsidiária e excepcional.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

O supracitado artigo elenca os casos em que caberá a prisão preventiva, sendo certo que, por se tratar de rol taxativo, deve ser interpretado a contrário senso, na medida em que, como não admite-se prejudicialidade ao réu, o que não estiver previsto no referido artigo não é passível de prisão preventiva.

### **2.3. PRISÃO DOMICILIAR**

Prevista nos Art. 317 e 318 do CPP, a prisão domiciliar é um espécie de prisão incluída no ordenamento jurídico brasileiro apenas após o advento da Lei 12.403/11, uma vez que, com a referida lei, passaram a existir situações especiais que comportariam a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, cujo objetivo é tornar menos desumana a segregação cautelares, permitindo que, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência<sup>13</sup>.

Vale ressaltar, por oportuno, que a citada prisão não se confunde com a medida prevista no Art.117, Lei 7210/84 - LEP, nem com o recolhimento domiciliar previsto no Art. 319, CPP<sup>14</sup>.

### **3. MEDIDAS ALTERNATIVAS E SUBSTITUTIVAS DAS PRISÕES CAUTELARES**

A Lei 12.403/11 dá uma nova roupagem ao tratamento do tema prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. A inovação legislativa tem por objetivo reformar pontualmente o Código de Processo Penal Brasileiro, adequando-o aos princípios constitucionais e eliminando o caráter inquisitivo presente no Código, haja vista que o contexto histórico atual é outro, bem diferente daquele da criação do Código.

A norma constitucional preceitua, como regra, a liberdade, que deve ser regulamentada pelos ordenamentos infraconstitucionais. Para esta, o princípio da presunção de inocência que até este momento não era observado e respeitado, ganha força e a prisão deixa de ser tutelada pelo simples arbítrio subjetivo do julgador a respeito da gravidade do fato.

---

<sup>13</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 554-555.

<sup>14</sup> LIMA, op. cit., p. 1419-1421

A principal e mais clara preocupação da nova lei foi atribuir a prisão o caráter de excepcionalidade, avaliando a possibilidade de aplicação de outras medidas coercitivas menos radicais, sendo certo que o juiz não poderá, discricionariamente, aplicar as medidas cautelares, devendo observar os critérios para sua aplicação, fixados no Art. 319, CPP.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- 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.

Por oportuno, é importante destacar que as medidas cautelares alternativas a prisão só poderão ser utilizadas quando cabível a prisão preventiva, já mencionada, na medida em que deve-se levar em consideração a proporcionalidade, podendo haver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar determinada situação.

### **3.1. DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO**

O Art. 319, CPP, conforme supramencionado, traz as hipóteses em que serão concedidas medidas cautelares diversas da prisão. Assim, em seu inciso I, a cautelar tem por objetivo o controle da vida cotidiana, bem como a certificação do paradeiro do imputado, servindo como instrumento para a tutela da eficácia da aplicação da lei penal. A periodicidade



trazida a baila não é uma completa inovação legislativa, tendo, neste caso, inspiração na suspensão condicional do processo, prevista no Art. 89 da Lei 9.099/95, deixando, no entanto, a critério do magistrado a fixação do momento de comparecimento<sup>15</sup>.

No inciso II, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares nada mais é do que uma forma de prevenção, cujo objetivo é evitar que a frequência do réu a esses lugares crie condições capazes de fazer com que o agente pratique novos delitos da mesma natureza. Ressalta-se, no entanto, que a mencionada proibição deve ser utilizada com prudência, sob pena de constituir verdadeira pena de banimento do agente<sup>16</sup>.

No inciso III, a mencionada proibição tutela uma pessoa individualizada o que faz a cautelar ter maior efetividade na medida em que, cabe a pessoa protegida, que muitas vezes é a vítima, a testemunha ou até mesmo um coautor do crime, se responsabilizar por denunciar eventual descumprimento da ordem<sup>17</sup>.

A proibição de ausentar-se da comarca, prevista no inciso IV, tem por objetivo, especificamente, a tutela da prova, refletindo, todavia, na própria eficácia da lei penal, haja vista que sua proteção evitaria o risco de fuga do agente. Ocorre que apesar de a medida ser melhor utilizada para minorar o risco de fuga, o legislador preocupou-se com a tutela da prova que, por sua vez, tem sua legitimidade extremamente discutível<sup>18</sup>.

O recolhimento domiciliar noturno, que encontra amparo no inciso V, tem por objetivo não só a tutela da prova, mas também, minorar os riscos de fuga e prevenir de modo especial e geral a conduta do agente. Trata-se de uma modalidade menos gravosa de cerceamento de liberdade. De acordo com esta medida, o agente poderá exercer suas funções normais, trabalhando durante o dia e recolhendo-se ao domicílio à noite ou nos períodos de folga<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> LOPES JR, op. cit., p. 855-857.

<sup>16</sup> Ibid., p. 857-858.

<sup>17</sup> Ibid., p. 858.

<sup>18</sup> Ibid., p. 859.

<sup>19</sup> Ibid., p. 860.

O inciso VI prevê a 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. O objetivo do dispositivo é tão somente tutelar o risco de reiteração da conduta delitiva, uma vez que o campo de aplicação será a prevenção dos crimes *propter officium*, isto é, aqueles em razão do cargo, profissão ou função que exerçam<sup>20</sup>.

A internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração, prevista no inciso VII, pode ser interpretada como uma espécie de medida de segurança cautelar, sendo importante frisar que seus requisitos são cumulativos e não alternativos. Aqui, vale a máxima adotada no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, vez que a internação provisória é situacional e só poderá ser adotada quando inexistir outra medida adequada, nos termos do Art. 122, parágrafo 2º, Lei 8.069/90- ECA<sup>21</sup>.

O inciso VIII dispõe acerca da possibilidade de concessão da 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. Contracautela e garantia patrimonial, a fiança destina-se não só ao pagamento das despesas processuais mas, funciona como fator inibidor de fuga, guardando uma relação de proporcionalidade em relação a gravidade do crime praticado e as possibilidades econômicas do imputado<sup>22</sup>.

Finalmente, o inciso IX traz a monitoração eletrônica, medida que pode ser aplicada aos presos provisórios, isoladamente ou em conjunto com alguma das outras medidas cautelares possíveis.

Trata-se de uma medida cautelar alternativa capaz de vigiar ininterruptamente o imputado, servindo de fiscalização quanto a prática de novas condutas delituosas e quanto ao

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 860-861.

<sup>21</sup> Ibid., p. 861-864.

<sup>22</sup> Ibid., p. 892-902.

risco de fuga. Para Aury Lopes Jr.<sup>23</sup>, seu uso, por ser dos mais gravosos, deve ser reservado para situações em que efetivamente se faça necessário tal nível de controle.

Ademais, cabe mencionar, que as supramencionadas medidas cautelares poderão ser aplicadas cumulativamente, devendo o magistrado atentar para a proporcionalidade, com o intuito de evitar a excessiva gravosidade para o réu, mantendo-se nos limites da adequação.

Assim, nota-se que com o advento da Lei 12.403/11 e a criação das medidas cautelares, estas terão por objetivo tentar concretizar o caráter de excepcionalidade da prisão e não acabar com a prisão provisória; a prisão deve ser aplicada quando a fixação de uma ou mais medidas cautelares for insuficiente.

## CONCLUSÃO

O tema discutido apresenta uma importante questão quanto à necessidade de estabelecimento de um equilíbrio entre o cidadão e seu direito individual e o direito à segurança da sociedade, sendo imperioso destacar que é indispensável à existência de um sistema de garantias e limitações

Diante disso, a Lei 12.403/11 trouxe o entendimento de que a prisão cautelar, que exige a configuração do *fumus boni juris*, consistente na prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, baseado na probabilidade e não na simples possibilidade, e do *periculum in mora*, que nada mais é do que a necessidade de aplicação de uma referida medida em busca da garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou visando a assegurar a aplicação da lei penal, é excepcional, devendo ser aplicada de forma subsidiária as novas modalidades substitutivas da prisão, presentes no Art. 319, CPP.

---

<sup>23</sup> Ibid., p. 864-866.

Desta forma, as medidas cautelares alternativas a prisão tem por objetivo, além dos já discutidos, a efetividade do processo, na medida em que a superlotação do sistema penitenciário brasileiro e a interminável duração dos processos são causas para que tais medidas tenham considerável importância.

Conclui-se, portanto, que o sistema apresentado pelas medidas cautelares diversas da prisão expõem benefícios que se concentram na aplicação dos princípios constitucionais do contraditório, da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade e proporcionalidade, sendo certo que nos dias atuais necessário se faz a observância das medidas cautelares diversas da prisão, aplicando-se tais medidas, caso estejam respeitados os requisitos para sua instituição.

## REFÊRENCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 147.839. Relator: Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n 75.115/MT. Relator: Jane Silva. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 25 ago. 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n 84.619. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5043316/>>. Acesso em: 01 dez. 2014

CANOTILHO apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. v. 1. Niterói: Impetus, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Código 3 em 1 Saraiva: Penal, Processo Penal e Constituição Federal. Obra Coletiva de Autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto da Curia, Livia Céspedes, Juliana Nicoletti. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. Bahia: JusPodivm, 2013.  
DIAS apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. v. 1. Niterói: Impetus, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Direito Processual Penal*. v.2. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. *Curso de Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 9.ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA apud LOPES JUNIOR, Aury. *Curso de Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 9.ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal (acompanhado do Caderno de Atualização da Lei n. 12.403/11)*. 14.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.