As medidas cautelares pessoais diversas da prisão impostas pela Lei nº 12.403/2011 à luz da proporcionalidade

Pedro Machado de Almeida Castro

Mestre em Processo Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Professor-Voluntário na Universidade de Brasília. Advogado. *E-mail:* <pmacastro@gmail.com>.

Resumo: O presente é fruto da dissertação de mestrado apresentada pelo autor na Universidade de São Paulo. A introdução, por meio da Lei nº 12.403/2011, de novas medidas cautelares de caráter pessoal em nosso sistema processual penal, diversas da prisão, trouxe a necessidade da exegese dessas medidas em cotejo com o princípio da proporcionalidade e nosso sistema de garantias. Somente a fixação adequada de medidas assecuratórias, em detrimento da liberdade em face do princípio da presunção de inocência, pode tornar harmônico o ordenamento jurídico que equilibra, na balança, direitos e garantias individuais *versus* poder punitivo estatal, quando ainda na jornada processual. O estudo da legislação, doutrina, direito estrangeiro e jurisprudência complementa uns aos outros, possibilitando uma visão ampla e eclética do assunto.

Palavras-chave: Processo penal. Medidas cautelares pessoais. Proporcionalidade. Liberdade.

Sumário: **1** Introdução – **2** Cautelaridade no processo penal brasileiro e a proporcionalidade – **3** Proporcionalidade e seus desdobramentos – **4** As medidas cautelares pessoais diversas da prisão – **5** Outras considerações – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

Em que pese a Lei nº 12.403/2011 não ter sido a primeira a introduzir medidas cautelares pessoais diversas da prisão em nosso sistema,¹ é possível dizer que ela marca a ruptura de um regime *binário reducionista*,² no qual a pessoa ou ficava presa – cautelarmente –, ou solta – provisoriamente –, por um pluriforme,

¹ Conquanto já houvesse medidas de cunho cautelar pessoal diversas da prisão em leis esparsas (v.g. Lei nº 11.434/06 – Drogas, e Lei nº 11.340/06 – Maria da Penha), pode-se dizer que se trata de um novo sistema, agora, presente de forma geral em nosso Código de Processo Penal.

² LOPES JR., Aury. A Inserção do Contraditório no Regime Jurídico das Medidas Cautelares Pessoais. *Boletim IBCCrim*, ano 19, n. 223, jun. 2011, p. 5.

onde novas maneiras de restrições à liberdade são postas em contraponto a um método que estava fadado à falência (funcional e social).³

A importância das medidas diversas da prisão resta evidenciada tendo em vista que o acusado só deveria ter sua segregação cautelar decretada em última hipótese, ainda que em casos de flagrante delito, e desde que devidamente fundamentada com base nas circunstâncias concretas de cabimento da prisão preventiva. Visou-se, com isto, a um desafogamento do sistema carcerário, além de se assegurar com maior amplitude os direitos e garantias fundamentais dos acusados.

Quando da entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, o Brasil contava com cerca de 500.000 presos, sendo que mais de 160.000 (32%) correspondiam à medida cautelar, ou seja, presos provisoriamente.⁴ Ocupava, ali, a 4ª posição no *ranking* mundial de população carcerária. Ao término da dissertação que ensejou o presente artigo, em 2014, o sistema carcerário já era pior, contando com cerca de 715.000 presos (565.000 no sistema carcerário, mais algo como 150.000 em prisão domiciliar), sendo 232.000 decorrentes da prisão provisória (ou seja, 41% dos 565 mil ou 32% dos 715 mil).⁵ Manteve-se na 4ª colocação, entretanto. Hoje, apesar da iniciativa da Lei nº 12.403/2011 e da *introdução* das audiências de custódia, dados mais recentes indicam que o Brasil ocupa, agora, o 3º lugar no *ranking* de maior população carcerária mundial, com cerca de 726.000 presos, sendo 40% destes em prisão provisória.⁶

A proporcionalidade, neste tema, passa a ser critério orientador na verificação da adequação das medidas, sua necessidade e escolha. Fundamentadamente, o magistrado deverá escolher uma ou mais medidas que atinja(m) o fim de resguardar o processo, ferindo na menor quantia possível os direitos fundamentais do acusado.⁷

³ Sobre os males da prisão, ainda contemporâneas as lições de: BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória: modificações da Lei nº 6.416/1977*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 18-26.

⁴ Dados colhidos do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. *Sistema penitenciário no Brasil – dados consolidados*. Ministério da Justiça: 2008. p. 33.

⁵ Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁶ Os dados são do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, e estão atualizados até junho de 2016. Disponível em: SANTOS, Thandra. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: INFOPEN/Organização. Brasília: DEPEN/Ministério da Justiça, 2017.

⁷ A proposta do presente estudo, dessa forma, se consubstancia na verificação de critérios objetivos de análise para que a escolha da medida (ou das medidas) seja a mais correta, quando de sua necessidade, passando ao largo do subjetivismo que assombra uma decisão como essa.

Exalta a pertinência do tema o fato de que, ainda que comemorado pela comunidade jurídica, é controvertido – até hoje – em sua sistematização⁸ e, por isso, da necessidade de se traçar balizas, além de se fazer um estudo comparativo com outros países⁹ e, até mesmo, *jurimétrico*.¹⁰

Fruto dos debates acadêmicos e de escolhas políticas, analisar-se-ão, quanto a essa nova forma de tutela cautelar, seus pressupostos, fundamentos e requisitos diante da Carta da República, sob a visão de que não mais esta tutela pode se prestar à eventual antecipação da pena.

2 Cautelaridade no processo penal brasileiro e a proporcionalidade

O processo penal, como um todo, surge como uma forma de se contrapor à Lei do Talião,¹¹ avocando para o Estado o poder de punir. Ao suprimir a vingança privada, este passa a ser o único legitimado à satisfação da pretensão acusatória e à imposição de uma pena. Assim, toda e qualquer ação estatal no sentido

⁸ Vê-se, pelos números apresentados, que tinham razões as críticas: “Isso, sem falar que a ampliação do leque de medidas cautelares pode ser vista como alternativas à prisão ou – e aqui reside o alerta! – substitutivos da liberdade plena, se interpretadas de forma distorcida, se tornando pérfido instrumento de ampliação da rede de vigilância do Estado sobre as liberdades individuais”, como bem observou Adriano Sérgio Nunes Bretas (*Apontamentos críticos à Lei nº 12.403/2011: A ampliação da rede de controle*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 23 out. 2014). No mesmo sentido, PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da Lei nº 12.403/2011 que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, n. 223, 2011. p. 2. Em sentido oposto, mostrando-se otimista: “A nova legislação traz relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir - felizmente - inúmeras alternativas ao cárcere (art. 319, CPP)” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 493).

⁹ Portugal e Itália foram escolhidos como comparativo porque adotam premissas da tutela da liberdade do acusado, como o Brasil, sob paradigmas da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da aplicação proporcional de medidas. Ademais, foi a própria comissão proponente do projeto de lei que ensejou a norma em estudo que justificou em sua exposição de motivos, pretendendo colocar nosso sistema “[...] em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal” (Exposição de Motivos nº 22 – Ministério da Justiça – Projeto de Lei nº 4.208/01).

¹⁰ O estudo jurimétrico – ou jurimetria – trata-se, exatamente, da “pesquisa empírica com preponderante abordagem estatística”, como coloca Marcelo Guedes Nunes. A jurimetria é a disciplina que tem por objetivo investigar o direito através da estatística. Seu propósito é entender quais são as verdadeiras causas que animam a criação das normas que compõem a ordem e quais são os efeitos que elas produzem nas pessoas. Tal compreensão requer uma dose de subversão da forma com a qual estamos acostumados a estudar direito. Fontes tradicionais da pesquisa jurídica, como a doutrina e o texto literal da lei, assumem um papel coadjuvante na pesquisa jurimétrica. Enquanto na dogmática o trabalho de pesquisa praticamente se esgota com a coleção de posições doutrinárias a respeito das interpretações que se podem dar às leis, na jurimetria esses sentidos são apenas categorias para a construção de variáveis que, por exemplo, busquem verificar na realidade dos tribunais quais são as posições dominantes e quais as tendências para o futuro. A jurimetria se distingue da tradicional dogmática tanto por seu objeto como pelo seu método. O objeto da jurimetria não é apenas a norma jurídica, mas o comportamento dos homens ao criar e ao reagir às normas, completa o autor. (O que é jurimetria? *RDB*, n. 62, p. 253 e ss., out. 2013). No presente caso, pelo limitado espaço, fazemos apenas algumas referências.

¹¹ “Olho por olho, dente por dente.” Código de Hammurabi, artigo 25, §27: “Se um construtor edificou uma casa para um *Awilum*, mas não reforçou seu trabalho, e a casa que construiu caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto”.

da aplicação de uma pena deve percorrer o processo judicial, tendo como fim a justificação da sua decisão final.¹² “O exercício do poder punitivo está condicionado e é condicionante da atuação estatal. O processo penal, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena”, como enfatiza Aury Lopes Junior.¹³

No entremeio, porém, entre o início do processo e a obtenção do provimento final, corre-se o risco de que eventos, de diversas naturezas, comprometam a atuação jurisdicional ou mesmo a eficácia e utilidade final do julgado. Surgem, então, as medidas cautelares (no caso de nosso objeto de estudo, medidas cautelares pessoais).

Trata-se de “[...] providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte e não realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa”, na conceituação de Antonio Scarance Fernandes.¹⁴

Se o processo penal é o instrumento pelo qual o Estado concretiza o que regulamentado no âmbito penal-material,¹⁵ as medidas cautelares são o *instrumento do instrumento*.¹⁶

¹² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 200.

¹³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69. Sobre o surgimento do processo, brevemente: BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória: modificações da Lei nº 6.416/1977*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 1-3.

¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 285. Nesse sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho alerta: “Na disciplina da aplicação do direito material, muitas vezes o legislador se vê compelido a admitir essa antecipação, mesmo com sacrifício de valores considerados essenciais à realização da justiça, pois a demora exigida para a solução do conflito pelas vias normais arriscaria tornar inócua a decisão definitiva; sem a cautela, ter-se-ia, como lembrou Calamandrei, um remédio longamente elaborado para um doente já morto” (*Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 53).

¹⁵ São muitos os autores que aceitam esta classificação. Por todos: “A *strumentalità* do processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem por conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem por destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*). Essa particularidade do processo penal demonstra que seu caráter instrumental é mais destacado que o do processo civil. (...) Trata-se de limitação do poder e tutela do débil e a ele submetido (réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar). Essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário (pois o sujeito passivo, ou seja, aquele sobre quem recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal). Essa é a instrumentalidade constitucional que a nosso juízo funda sua existência” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88-91). Em oposição a esta conclusão, contrapondo-se à ideia de *instrumento do instrumento*, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em linhas gerais: “A tutela cautelar não pode ser vista como dirigida a assegurar a efetividade do processo. Como é evidente, a única utilidade que o autor almeja quando vai a juízo é a tutela material. Assim, a tutela cautelar somente pode ser relacionada com a efetividade da tutela do direito, ou com a segurança da situação tutelável, e não com a ‘seriedade da jurisdição’” (*Processo Cautelar*. 2. ed. (Coleção curso de processo civil – v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 24).

¹⁶ Terminologia utilizada por Calamandrei (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova: CEDAM, 1936. p. 21-22).

“Decorre da acessoriedade, também, que a medida cautelar não deve buscar ou possuir um fim em si mesma, mas apenas voltar-se para a busca de finalidades processuais ligadas ao processo de conhecimento ou de execução”, nas palavras de Andrey Borges de Mendonça. E completa: “[...] o destino destas medidas cautelares está umbilicalmente ligado ao do processo que visa a tutelar”.¹⁷

Assim, somente abraçando a vertente de que tais medidas têm pressupostos e requisitos diversos dos da ação penal, objetivando tão somente o resguardo processual (e não a antecipação da tutela), é que se consegue compatibilizar tal instituto com os preceitos constitucionais (quais sejam: presunção de inocência, devido processo legal, proporcionalidade e legalidade).^{18 19}

Eis que, sendo a medida cautelar *instrumento do instrumento* e sendo o processo um meio (instrumento), e não um fim em si mesmo, tais providências extraordinárias devem ser aceitas, de maneira excepcional, cumpridos determinados requisitos – *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* –, sem os quais a medida se torna ilegítima.²⁰

2.1 Requisitos para aplicação de uma medida cautelar pessoal

O *fumus commissi delicti* é o primeiro requisito a ser verificado e se traduz na presença de elementos indicadores (firmes) da existência de crime (materialidade) e de sua autoria.²¹ Trata-se, na verdade, de um vislumbramento sobre a questão

¹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 27-28.

¹⁸ Nesse sentido é que as reformas trazidas pela Lei nº 12.403/2011 vieram a calhar e dar continuação aos sistemas de garantias que se iniciaram com a reforma de nosso código de processo pelas Leis nº 11.689/2008 e 11.719/2008. Estas aboliram a prisão decorrente de pronúncia e a decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

¹⁹ Aproveita-se, aqui, o quanto exposto por Marcos Alexandre Coelho Zilli, quando trata da relação entre a presunção de inocência e a prisão processual: “A Constituição de 1988 abraçou a regra [presunção de inocência], erigindo-a à condição de garantia individual. Seguiu, assim, os passos de diversos documentos internacionais de direitos humanos. Foi, contudo, mais ampla uma vez que fixou o trânsito em julgado da sentença condenatória como uma condição resolutiva da inocência, além de estendê-la a qualquer pessoa e não somente aos acusados. A previsão, note-se, de nenhum modo proscreeu a prisão processual do sistema jurídico-penal. Na verdade, sacramentou a incompatibilidade constitucional das medidas restritivas da liberdade calcadas em critérios outros que não a necessidade de preservação da finalidade do próprio processo. A cautelaridade é, portanto, requisito que deve cercar toda e qualquer prisão anterior à condenação transitada em julgado, sob pena de inadmissível equiparação à prisão-pena” (Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no Direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 452, jul. 2010).

²⁰ FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 16.

²¹ Código de Processo Penal: Art. 312: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (grifo nosso). Veremos que as medidas cautelares pessoais *diversas da prisão* estão intimamente ligadas aos requisitos da decretação da prisão, conforme art. 282, §6º, desde Código.

de fundo, donde o juízo é de probabilidade, nunca de certeza.²² A certeza não é possível nessa fase – seja ela pré ou processual –, dadas as garantias atinentes ao imputado.

Além, necessário que se faça presente o *periculum libertatis*, ou seja, o risco de que o acusado, em liberdade, possa furtrar-se de eventual condenação – pela fuga, por exemplo – ou mesmo trazer graves prejuízos ao processo. O perigo aqui, como se vê, é da liberdade do imputado, e não do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo.

É pelo *periculum libertatis*²³ que se vislumbra a *necessidade* de aplicação de uma medida. Afinal, “[...] somente se presente a necessidade da medida é que se poderá asseverar que a medida cautelar respeita o princípio da presunção de inocência”.²⁴

Tal perigo está disposto no artigo 282, inciso I, do CPP e deve, necessariamente, estar atrelado a alguma das hipóteses previstas na primeira parte do artigo 312 do Código de Processo, quais sejam: “[...] garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Trata-se dos *requisitos positivos específicos* do *periculum libertatis*.

Quanto à *ordem pública*, é o fundamento com maior amplitude em seu campo conceitual, sendo objeto de candentes debates na doutrina e jurisprudência. Nessa esteira, é recorrente a aplicação da medida cautelar pessoal sob este fundamento, jungindo-o à noção de *clamor público*, *abalo social* ou *intranquilidade*, traduzido no sentimento que o suposto crime deve gerar na população.^{25 26}

²² Aury Lopes Junior, seguindo lição de Francesco Carnelutti, expõe que “[...] existe possibilidade em lugar de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes. O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa. Para o indiciamento, seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que no curso do processo deve o Ministério Público provar de forma plena, robusta, a culpabilidade do réu. Já para a denúncia ou queixa ser recebida, entendemos que deve existir probabilidade do alegado. A sentença condenatória, ainda que seja um ato de convencimento do juiz, somente se legitima quando calcada em um alto grau de probabilidade. Caso contrário, a absolvição é imperativa. Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado” (LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73).

²³ Passada a dicotomia “prisão versus liberdade”, pode causar, a alguns, estranheza a manutenção do termo *periculum libertatis*. A verdade é que isto não chega a ser discutido na doutrina. Entretanto, não há imperfeição no termo, dado que o perigo da liberdade, agora, deve ser entendido no usufruto da *liberdade plena*. A dicotomia, agora, passa a ser liberdade plena versus liberdade mitigada, onde a prisão é a maior restrição possível (CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 141).

²⁴ MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 30.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 738.

²⁶ Sobre a abertura dos requisitos em geral, Marcos Alexandre Coelho Zilli, tratando da prisão preventiva, ao que se aproveita: “Das modalidades de prisão processual previstas no sistema brasileiro, sem dúvida, a

Com o advento das novas medidas cautelares, tem-se aceito a utilização deste requisito – ainda que sob duras críticas –, conquanto haja elementos objetivos e reais nos autos do processo, seja limitado seu âmbito de aplicação ante os princípios constitucionais balizadores e seja justificado dentro dos parâmetros de necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*, que veremos logo mais.²⁷

Outro *requisito positivo específico* é a *garantia da ordem econômica*, que é vista praticamente como um desdobramento da *ordem pública*, relacionando-se ao combate aos crimes financeiros, fundando-se na magnitude da lesão econômica ocorrida.

Em reprovação, a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira assenta que tal magnitude não seria amenizada pela simples prisão do imputado. Melhor seria aplicar alguma das medidas assecuratórias, como o sequestro e a indisponibilidade de bens.²⁸

Em seguida, temos como requisito a *conveniência da instrução criminal*. Como o próprio nome já diz, talvez seja o requisito mais adequado, fazendo-se,

prisão preventiva é a que provoca maiores debates os quais se devem, em grande parte, à opção legislativa por um modelo aberto de revelação de seus requisitos. Isso porque, deixou-se à atividade jurisdicional a tarefa de delimitar o sentido e o alcance das expressões: ‘conveniência da instrução criminal’, ‘aplicação da lei penal’ e ‘garantia da ordem pública e da ordem econômica’. A opção, convenhamos, não é totalmente condenável. Afinal, em sistemas jurídicos, historicamente fundados em uma cultura de respeitabilidade das liberdades fundamentais, a fórmula ganha larga operatividade, revelando-se uma alternativa preferível ao engessamento normativo. No mais das vezes, no entanto, mostra-se desastrosa em sistemas cujos principais atores jurídicos ainda permaneçam ligados a um roteiro autoritário. Nesse passo, um exame histórico da jurisprudência do STF revela as contínuas dificuldades de se fixarem parâmetros exegéticos razoáveis e, ao mesmo tempo, consentâneos com a expectativa cautelar que deva recair sobre a prisão preventiva” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 453, jul. 2010).

²⁷ É o que se extrai das conclusões de Maurício Zanoide de Moraes: “Para se demonstrar a viabilidade de uma elaboração legislativa conforme a presunção de inocência e os demais direitos fundamentais que orientam sua formação e com ela interagem para melhor efetivação, indicou-se as bases de um sistema de medidas coativas processuais penais. Demonstrou-se a possibilidade de se conceber um sistema ao mesmo tempo eficiente e garantista, admitindo-se como legítima a prisão provisória com base em argumentos materiais, p. ex., a ‘ordem pública’. Porém, isso somente será possível em um novo sistema a ser elaborado e no qual se estabeleçam: valores constitucionais claros e imperativos para a determinação das medidas coativas; um rol extenso de medidas de vários graus de redução dos direitos fundamentais; e, por fim, em casos excepcionais, a necessidade de o julgador, com maior carga argumentativa, demonstrar com base em elementos objetivos e constantes nos autos a existência de requisitos cumulativos para que a prisão provisória seja legítima em sua aplicação casuística [foi o que fez a Lei 12.403/2011]. Com esses cuidados, elimina-se a necessidade de se expungir do sistema processual a expressão ‘ordem pública’, ou a sua congênere ‘ordem econômica’, porém, limita-se seu espaço normativo por meio de margens legais de contenção. Torna-se desnecessário o inconveniente ingresso no conteúdo do conceito ordem pública para tentar limitá-lo por uma perspectiva interna (de dentro). Sua contenção se dá por meio de limites externos e legais, retirando dessa expressão a sua atual capacidade expansiva e sem nenhum controle” (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 537).

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 548.

realmente, *instrumento do instrumento*, vez que visa “[...] evitar que ele [acusado] prejudique a colheita de prova, dificultando a descoberta da verdade”, como expõe Romeu Pires de Campos Barros.²⁹

Exemplificando, Eugênio Pacelli de Oliveira explica que caberá a medida sob tal fundamento “[...] em razão da perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido [...]” e da mesma forma quando estiver “[...] provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal”.³⁰

A decretação de qualquer medida nesse sentido, dessa feita, deixará de estar justificada no momento em que se encerra a instrução ou mesmo por sua produção antecipada.

Por fim, temos como última condição *assegurar aplicação da lei penal*. Esta, conquanto tangencie a inconstitucionalidade (ante a presunção de inocência), vez que tem como sua base um evento futuro e incerto – a condenação –, é aceita pela doutrina e jurisprudência em face da demonstração real do perigo de fuga do imputado na tentativa de tergiversar-se a eventual condenação.³¹

Não é demais lembrar que, assim como os requisitos anteriores, necessário que se tenha elementos concretos, vez que “[...] a mera suspeita, desacompanhada de elementos seguros de convicção, não dá ensejo à segregação excepcional”, conforme Renato Marcão.³²

Finalmente, o legislador traçou condições de admissibilidade distintas para as novas medidas acauteladoras e para a prisão. Em patamar genérico, aplicado a quaisquer medidas cautelares – diversas ou prisão –, tem-se o artigo 283, §1º, do Código de Processo Penal: “As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade” (cuida de *condição de admissibilidade negativa*).

Sobre a prisão cautelar, como não se trata de objeto envolto pelo tema proposto, basta sabermos que, em regra, será cabível apenas aos crimes cuja pena máxima cominada seja superior a quatro anos.

²⁹ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 200.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 547.

³¹ Exemplificando de maneira minudente, Guilherme de Souza Nucci: “Há indicativos: a) sumir logo após a prática do crime, sem retornar, nem dar o seu paradeiro; b) dispor de seus bens e desligar-se de seu emprego; c) despedir-se de familiares e amigos, buscando transferência de valores ou bens a outro Estado ou ao exterior; d) viajar a local ignorado, sem dar qualquer satisfação do seu paradeiro, ao juiz do feito, por tempo duradouro; e) ocultar sua residência e manter-se em lugar inatingível pela Justiça” (*Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 66).

³² MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*: de acordo com a Lei n. 12.403/211. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151.

De mais a mais, para além dos requisitos essenciais (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*) e seus desdobramentos, impende ao julgador analisar algumas outras exigências, desdobramentos do *princípio da proporcionalidade*, positivadas no artigo 282 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011.

Façamos, destarte, um breve incursão nesse princípio.

3 Proporcionalidade³³ e seus desdobramentos

Apesar da enorme divergência com relação ao tema da proporcionalidade, sua natureza jurídica, estrutura normativa, fundamentação constitucional etc., o presente trabalho só tem razão de ser se se adotar a proporcionalidade seguindo a *teoria dos princípios* (teoria externa)³⁴ em contraposição às demais, limitativas (teoria interna), como a *teoria institucional*, ou que aceitem as noções de *limites imanescentes*, *limites constitucionais*, *limites internos* ou *direito definitivo*; *suporte fático restrito*; *teoria interna para o tema das restrições*; e, por fim, *conteúdo essencial absoluto*.³⁵

Dessa forma, a *teoria externa* tem como objeto a percepção de um direito em si e, destacado dele, suas restrições. Ou seja, seguindo a máxima de que “não há direito absoluto”, a partir desta teoria é “[...] que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.³⁶

O juízo de ponderação a ser exercido, dentro da proporcionalidade, demanda que o sacrifício de um direito seja útil e necessário para a solução do conflito, de maneira que ele se resolva da forma menos danosa possível, e que o ônus

³³ Nos filiamos aos dizeres em nota de Maurício Zanoide de Moraes, por também ser, aqui, irrelevante o debate quanto ao tema da natureza e seu desdobramento terminológico: “[...] conforme se entenda a proporcionalidade como princípio, regra ou critério, a doutrina denomina esses elementos como ‘subprincípios’, ‘subregras’ ou ‘subcritérios’. Por ser irrelevante o debate ao tema do trabalho, denominaremos todos de ‘elementos’ ou ‘fases’ do exame da proporcionalidade” (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 313). Humberto Ávila, por exemplo, crítico da conceituação e desdobramentos sobre regras e princípios de Robert Alexy (e de vários outros), trata a proporcionalidade como *postulado*, cuja fórmula segue, ainda assim, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 173).

³⁴ Teoria comumente atribuída a Robert Alexy, teve como pilar a *teoria dos princípios como mandados de otimização*, de Ronald Dworkin.

³⁵ Para mais informações sobre as demais teorias: MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 4, p. 38, out./dez. 2006.

imposto não sobreleve o benefício que se pretende obter com tal solução. “Deve-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial”, coloca Paulo Gustavo Gonet Branco.³⁷

Esse juízo de ponderação entre os interesses em confronto pode ser feito tanto pelo juiz, para resolver uma lide, quanto pelo legislador, ao traçar balizas e determinar, como no objeto em estudo, quais as medidas cautelares aplicáveis.

Daí que, na utilização do critério da proporcionalidade, no âmbito penal e processual penal, deve-se analisar seus subelementos, os quais podem ser divididos em: (i) a existência de norma infraconstitucional, porquanto nenhuma restrição poderá ocorrer no campo criminal (penal ou processual penal) sem prévia existência de lei que a preveja (impositivo das legalidades penal e processual penal), (ii) que ela seja justificada teleológica e constitucionalmente, e (iii) adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.³⁸

Percebe-se, assim, que se trata de critério orientador, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito, funcionando não só como restrição das restrições, à medida que proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder (garantismo negativo), como legitimando a atuação estatal, identificando-se com a proibição de uma proteção insuficiente da coletividade (garantismo positivo).³⁹

Vejamos, assim, os três pontos mencionados acima.

3.1 Pressupostos e requisitos da proporcionalidade

É pacífico o entendimento de que toda medida estatal, em sede de direito e processo penal, de caráter restritivo, deve ter sua formatação prévia, escrita, estrita e se dirija a um fim constitucionalmente legítimo. Trata-se dos preceitos do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal), legalidade geral (art. 5º, inc. II, da Constituição) e penal material (art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição da República).

Antonio Scarance Fernandes coloca que, “[...] em virtude do princípio da legalidade, estendido ao direito processual penal, não poderia a restrição a direito individual ser admitida sem prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita” e, sobre o pressuposto da justificação teleológica (ou constitucional), “[...] decorre que a limitação a direito

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 319.

³⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 313.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista AJURIS*, n. 97, p. 180, mar. 2005.

individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional”.⁴⁰

Já quanto aos requisitos, necessário passar pelos três subelementos da proporcionalidade.

A *adequação*, primeiro deles, informa que a medida cautelar deve ser idônea e apropriada a atingir seu fim. Deve ser apta aos seus motivos e propósitos.⁴¹

Robert Alexy explica que:

Essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Um tal critério negativo não determina tudo, mas exclui algumas coisas. Nesse sentido, ele ajusta-se à idéia de uma ordem-moldura. Como elemento de uma ordem como essa, ele exclui coisas - a saber: aquilo que não é adequado - sem, com isso, determinar tudo.⁴²

Logo, em uma primeira análise, o juiz deverá separar todas as medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (ou ainda existentes em lei extravagantes), adequadas ao fim a que se almeja. Para tanto, “[...] basta que se possa estabelecer uma relação de causalidade entre ele [meio] e o fim”, afirma Maurício Zanoide de Moraes. Em contrapartida, será inadequada quando inconcebível sua relação de causalidade, completa o autor.⁴³

As finalidades, assim, são aquelas já estudadas, constantes do inciso I do artigo 282 do CPP: necessidade para aplicação de lei penal, para investigação ou para a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais.

Antonio Fernandes Scarance, ao analisar tal elemento, diante da necessidade de sua verificação empírica e objetiva, segue a doutrina de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serra, onde são traçados dois parâmetros: *adequação qualitativa* e *adequação quantitativa*, ao passo que, na análise subjetiva, deve estar ligada à *idoneidade em face do sujeito passivo*. Explica aquele autor:

A medida deve, assim, ostentar qualidade essencial que a habilite a alcançar o fim pretendido (*adequação qualitativa*), a sua duração ou intensidade deve ser condizente com a sua finalidade (*adequação quantitativa*) e deve a medida ser dirigida a um indivíduo sobre o

⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 60.

⁴¹ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 93.

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros: 2011. p. 590.

⁴³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 323.

qual incidam as circunstâncias exigíveis para ser atuada (adequação subjetiva).⁴⁴

É exatamente sob o espectro quantitativo que o legislador autorizou a aplicação isolada ou cumulativa das medidas cautelares, a depender da necessidade do caso concreto (disposição do art. 282, §1º, do CPP).

A análise da adequação perpassa, necessariamente, pela análise do que determina o artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal: *gravidade do crime, circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente*.⁴⁵

Andrey Borges de Mendonça acresce, ainda, outro elemento condicionante da análise da adequação da medida, qual seja, a *efetividade prática*. O autor explica que de nada adianta percorrer o caminho *supra* “[...] caso eventualmente não haja possibilidade de fiscalização das cautelares”. Elas deixariam de ser, na prática, aptas a neutralizar os perigos indicados no artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal. “Se é assim, o magistrado não deve decretá-la [...]”, completa. Em outras palavras, o Estado, além de aplicar a medida, deve ser capaz de fiscalizar seu fiel cumprimento.⁴⁶

Já a *necessidade*, segundo subelemento, também pode ser denominada de *intervenção mínima, alternativa menos gravosa* ou, ainda, *subsidiária*.⁴⁷ Isto, pois, não basta que a medida seja adequada ao fim a que se pretende. Deve ela, necessariamente, ser a que menos lesões cause aos direitos do indivíduo.⁴⁸

Aqui, dentre aquelas separadas (quando da análise de *adequação*), o magistrado deverá escolher a que menos gravames trará ao indivíduo que sofre a constrição cautelar. Trata-se de uma otimização gradual das limitações aos

⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 61.

⁴⁵ Quando se refere à *gravidade do crime*, deve ser considerada especialmente a pena em abstrato prevista para o crime. Por sua vez, as *circunstâncias do fato* dizem respeito à forma de execução, ao *modus operandi*, à maior ou menor sofisticação da organização criminosa, aos danos e prejuízos causados à vítima e à coletividade. [...] Dentre as condições pessoais do agente, devem-se verificar seus antecedentes judiciais, a reincidência, o seu comportamento em relação a anteriores processos e medidas cautelares, a conduta social, as condições laborativas, sociais e econômicas, seus vínculos pessoais e sociais (se possui emprego fixo, residência certa etc.), se já descumpriu medidas cautelares anteriores ou não, se já fugiu etc. (MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 42).

⁴⁶ MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 43. O autor, embora conclua pela não aplicabilidade de medidas não passíveis de fiscalização, não estabelece se tal incapacidade leva à possibilidade de fixação de medida mais grave ou não. Só podemos crer que não. Afinal, trata-se de obrigação do Estado dar os meios capazes de supervisionar e zelar pelo cumprimento das medidas. Não poderia o acusado, ante todas as garantias constitucionais, sofrer pela ineficiência estatal, sob pena de o mesmo quedar-se inerte, objetivando justamente a inutilidade das novas medidas implementadas, ao dispor da prisão.

⁴⁷ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 189.

⁴⁸ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 94.

direitos individuais, fruto do princípio da intervenção mínima (este, no coração, mesmo, da proporcionalidade).⁴⁹

Haverá casos em que as medidas a serem comparadas apresentarão diferentes graus de eficiência no escopo desejado, lesando em graus diversos os direitos fundamentais. Por vezes, ocorrerão também medidas de igual eficiência que lesem direitos fundamentais distintos.⁵⁰ Nesses casos, é encargo o exame da *proporcionalidade stricto sensu*.

Nessa fase, assim, a *proporcionalidade stricto sensu* tem como objetivo evitar o exagero, dado que o simples exame das duas etapas anteriores (*adequação e necessidade*) poderia deixar “[...] à margem de qualquer proteção outros direitos fundamentais tão relevantes quando aquele direito que se pretende garantir da restrição a ser implementada”.⁵¹

Em outras palavras, essa última etapa, que consiste em uma balança entre os direitos envolvidos, teria como função precípua evitar o exagero, ou seja, “[...] evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”, expõe Virgílio Afonso da Silva.⁵²

Existe, porém, uma doutrina minoritária, mas interessante, que proclama: “[...] do ponto de vista material, os direitos fundamentais são heterogêneos e isso impede um sopesamento que só seria possível entre elementos comensuráveis”, afirmam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. “Do ponto de vista formal, os direitos possuem a mesma força jurídica e isso impede a hierarquização. Isso indica a impossibilidade de se efetuar uma ponderação fundamentada na Constituição”, completam os autores.⁵³

Para referidos autores, passada a etapa da *necessidade*, caso haja dúvidas ou equivalência quanto à restrição ao direito fundamental, deve prevalecer a

⁴⁹ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 189. “Tudo o que for além será excesso e perderá seu caráter cautelar para transformar-se em punição”, aduz Andrey Borges de Mendonça (*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 47).

⁵⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 327.

⁵¹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 328.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 175. Nesse sentido, Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano esclarece ser a proporcionalidade em sentido estrito um juízo valorativo: “*El principio de proporcionalidad en sentido estricto encierra, en definitiva, criterios materiales y su función consiste en asegurar la eficacia de los derechos individuales y en dar protección a los intereses particulares, mediante la técnica de la ponderación de valores y el equilibrio de los intereses en juego en el caso concreto*” (*Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 228).

⁵³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 230.

perspectiva do titular do direito violado, primando-se pelo critério de interpretação *in dubio pro libertate*.⁵⁴

Verificados os pressupostos e requisitos, bem como a forma com que intervém a proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares pessoais, chegada a hora de ver essas novas medidas diversas da prisão.

4 As medidas cautelares pessoais diversas da prisão

4.1 Medidas cautelares pessoais, taxatividade e poder geral de cautela⁵⁵

A entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011 parece não ter acabado com uma grande discussão que açula os operadores do direito: o poder geral de cautela no processo penal.⁵⁶ Embora forte corrente doutrinária nunca tenha aceitado este poder geral,⁵⁷ corriqueiramente se vê sua aplicação pelos tribunais como forma de amenizar as mazelas trazidas pela prisão preventiva, sem, contudo, deixar de acautelar o processo em certa medida.⁵⁸

Gustavo Henrique Badaró explicita que:

[...] antes, quando vigorava o reducionismo bipolar, argumentava-se, ante a inaceitável omissão legislativa, com a possibilidade de o Juiz penal, aplicando por analogia (CPP, art. 3º) o poder geral de cautela previsto no Código de Processo Civil (CPC), poderia decretar medidas cautelares processuais atípicas, isto é, não previstas em lei. E, complementando-se tal raciocínio, fundamentava-se a necessidade de se socorrer de medidas não previstas em lei, *in bonam partem*, isto é,

⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 211-213.

⁵⁵ Para um conhecimento mais aprofundado sobre a questão e nosso posicionamento, remetemos o leitor ao nosso estudo: CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, p. 691-716, 2017.

⁵⁶ No direito italiano, um dos modelos para a Lei nº 12.403/2011, o princípio da legalidade, previsto na Constituição Italiana, é revisitado em seu código de processo penal, onde, no artigo 272, diz-se que “[...] *le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo*”. A doutrina enfatiza que o advérbio *soltanto* (“somente”) evidencia, também, a taxatividade das medidas, que só podem ser aplicadas quando previstas em lei (Por todos: DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale Di Diritto Processuale Penale*. Padova: CEDAM, 2010. p. 218).

⁵⁷ Sempre se mostraram contrários ao poder geral de cautela no processo penal, por exemplo: Antônio Magalhães Gomes Filho (*Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 95); Aury Lopes Junior (A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. *Boletim IBCCrim*, n. 203, out. 2009); Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. *Revista do Advogado*, n. 113, p. 75, set. 2011); Pierpaolo Cruz Bottini (Medidas cautelares: superação da medíocre dicotomia. *Boletim IBCCrim*, edição especial CPP, ago. 2010); Romeu Pires de Campos Barros (*Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 58).

⁵⁸ Apontam: LOPES JR., Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. *Boletim IBCCrim*, n. 203, out. 2009; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares: superação da medíocre dicotomia. *Boletim IBCCrim*, edição especial CPP, ago. 2010.

para beneficiar o acusado, pois, caso contrário, teria o Juiz que decretar a sua prisão preventiva ou mantê-lo preso em flagrante delito.⁵⁹

Há, também, considerável doutrina por sua aceitação.⁶⁰

No caso, defendemos uma visão intermediária entre as colocadas acima, qual seja, a da *taxatividade mitigada*.⁶¹ Nesta, cremos ser possível, para preencher a exigência cautelar do caso concreto, que se faça uso da interpretação extensiva e se apliquem medidas acauteladoras já previstas em leis esparsas a casos cuja tipificação não se encontra em tais leis.

Isso porque, como se sabe, o processo legislativo se mostra intrincado, de forma que, por vezes, a evolução do pensamento não acompanha a produção das leis, v.g. as medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), fruto da evolução do pensamento de criação de medidas alternativas e que, apesar de pensada após o projeto de lei que ensejou a inserção das novas medidas cautelares (Projeto de Lei nº 4.208/2001), viu-se promulgada anteriormente àquele. Eis a razão para que se aceite a aplicação de medidas de resguardo constantes de leis avulsas.⁶²

Da mesma forma que aqui se critica a previsão difundida de medidas cautelares, restringindo seu âmbito de aplicação, em Portugal também se o fez, quando das reformas operadas nos anos de 2007 a 2010, quando, embora a previsão de aplicação de detenção fora do flagrante delito exigisse pena máxima cominada superior a cinco anos, leis esparsas, como a *lei de armas* e *lei que estabelece o regime de prevenção da violência doméstica*, vieram a permitir tal aplicação em hipóteses cuja pena máxima cominada ao crime em tese fosse de apenas três anos. Assim, fez-se a crítica:

⁵⁹ BADARÔ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. *Revista do Advogado*, n. 113, p. 72, set. 2011.

⁶⁰ Aceitando o poder geral, inclusive hoje, ainda que de forma temperada: CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 178; MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 80; LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 565.

⁶¹ Para mais detalhes em como chegamos a tal conceito, ver: CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, v. 3, n. 2, p. 691-716, maio/ago. 2017.

⁶² Marcellus Polastri Lima, colocando-se sobre o princípio da codificação e leis extravagantes, assim se pronuncia: “É de boa técnica legislativa, mormente no sistema penal que, pelo princípio da codificação, os delitos devam ser agrupados em um código, o que é a regra, objetivando a não proliferação de leis esparsas, e o mesmo se aplica em relação às regras processuais, facilitando a melhor dedução da pretensão punitiva em Juízo. [...] A sistematização penal é uma conquista científica obtida através dos séculos, desde o antigo Direito Romano. Entretanto, no Brasil, ultimamente, tem ocorrido a proliferação de leis especiais em matéria penal, sem a necessária sistematização e coerência de técnica legislativa, deixando perplexos doutrinadores e aplicadores do Direito Penal. [...] E, via de regra, tais leis extravagantes, além de normas materiais ou tipos penais, vêm dispendo, impropriamente, sobre normas processuais, criando-se assim, um misto de normas penais e processuais penais especiais, em uma só lei, aplicadas àqueles casos específicos” (*O processo penal dos crimes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 5-7).

[...] b) Deficiência de perspectiva sistémica. Principal responsável: legislador. Não é certamente possível reformar todo o sistema em simultâneo. Mas, quando se intervém em determinado sector, essa intervenção tem que incorporar uma visão global, não só de todo o sistema, mas, por maioria da razão, do subsector onde se está a intervir, sob pena de gerar incongruências na aplicação da lei. Apesar de algumas melhorias nesse campo, de que é exemplo a reforma do mapa judiciário, ainda está muito enraizada a tradição portuguesa de alterações ou de reformas mais ou menos avulsas, sem que no seu lastro haja um conhecimento sólido e integrado de todo o campo ao qual se dirigem. O *continuum* do processo de reforma, que se seguiu à reforma penal, veio agravar algumas incongruências internas do sistema. Mas, acima de tudo, a reforma não teve em conta nem procurou cuidar de desarticulações várias, algumas delas há muito diagnosticadas, como, por exemplo, entre os tribunais e o sistema prisional e entre os vários órgãos de polícia criminal (OPC) e os serviços do MP. [...] c) Detenção fora de flagrante delito. A reforma de 2007 veio dificultar a detenção fora de flagrante delito, ainda que haja perigo de continuidade da actividade criminosa. Posteriormente, a lei das armas e a lei que estabelece o regime de prevenção da violência doméstica vieram permitir essa possibilidade. Não há razões materiais significativas para tal diferenciação normativa. A diferenciação tem efeitos contraproducentes sobre a actuação de quem no terreno (em regra as forças policiais) se depara com situações de complexa catalogação nos diferentes regimes legais vigentes, mas que exigem tomada de decisões imediatas em contextos, por vezes, de grande tensão. [...] Consideramos, ainda, que opção legislativa de não inscrever no CPP determinadas condições particulares de admissibilidade da detenção fora de flagrante delito em sectores normativos específicos abre espaço para uma tendência de criação de novos regimes especiais, sempre que se considere conveniente alargar as margens da detenção em certo contexto, correndo-se, assim, o risco de pulverização dos pressupostos da detenção. Recomendamos a harmonização das regras legais vigentes, tanto quanto possível, no CPP.⁶³

Um exemplo que poderá aclarar o argumento: um grupo de estudantes que vive em uma república, fazendo desta seu lar; o cometimento de *bullying* ou violência por parte de um dos estudantes a outro poderia, aceitando-se a tese, ensejar a medida protetiva de afastamento do lar, constante do inciso II do artigo 22 da Lei nº 11.340/2006; claro que, assim como em qualquer aplicação de medidas cautelares, faz-se indispensável a demonstração da necessidade acauteladora, dos requisitos da proporcionalidade etc. Mas como tal medida está

⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir. Científico); GOMES, Conceição (Coord.). *Monitorização da Reforma Penal*. Relatório Complementar. Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia de Coimbra. Coimbra, out. 2009. p. 10-16.

prevista no âmbito da Lei contra a violência doméstica contra a mulher,⁶⁴ em não se aceitando o quanto posto, impossível sua aplicação.

Nesse exemplo, não há que se falar em aplicação de medida não prevista ou em poder geral de cautela, mas, tão somente, em aplicação de medida prevista de modo a abranger situações a que a mera literalidade do preceito não autoriza, não por proibição, mas pela forma como o emaranhado processo legislativo se dá.

Outra forma de interpretação extensiva é a proposta por Rogério Schietti Machado Cruz,⁶⁵ quando, em atenção ao inciso II do artigo 319 do CPP, propõe que a “[...] proibição de acesso ou frequência a determinado lugar”, constante desta medida, se *estenda* à proibição de acesso à internet pelo acusado, vez que poderia alguém “[...] duvidar que, com recursos tecnológicos do mundo moderno, uma pessoa pode estar virtualmente presente em qualquer lugar do planeta?”, questiona o autor, fazendo referência aos crimes tipificados no artigo 241-A do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Concordamos, assim, com o quanto dito no estudo da Universidade de Coimbra acima, repudiando a previsão de medidas acauteladoras em leis espalhadas, vez que terminam por criar regimes especiais, muitas vezes sucumbindo-se à pressão popular, correndo-se o risco de pulverização dos pressupostos de sua aplicação ou, mesmo, da desordem sistêmica, acarretando severas injustiças.⁶⁶

A harmonização do sistema exige que todas as medidas sejam previstas em nosso Código de Processo ou, ainda, a aplicação de qualquer medida prevista em nossa estrutura, donde chegamos, então, ao conceito de *taxatividade mitigada*.⁶⁷

⁶⁴ De se lembrar, no entanto, que tal lei tem sido aplicada, ante o preceito da igualdade, à violência doméstica cometida pela mulher contra o marido, ou mesmo em caso de relações homossexuais, o que, por si só, alargou o âmbito de emprego da medida.

⁶⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 182-183. Em recente atualização de sua obra, parece convergir para o que chamamos, aqui, de *taxatividade mitigada*, conforme: CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 225-231.

⁶⁶ Interessante notar ainda que, no sistema português, como assevera Paulo Pinto de Albuquerque, “[...] as normas que regulam as medidas de coação e as medidas de garantia patrimonial são normas processuais materiais, com exceção das normas respeitantes ao termo de identidade e residência [...]” (*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica, 2011. p. 565.). Assim, a todas as medidas de coação, é aplicável o princípio da legalidade substantiva, contida no artigo 29, nº 3 e 4, da Constituição Portuguesa. Isso quer dizer que, no direito português, além de estar vedada a aplicação analógica das normas, não há que se cogitar de uma aplicação retroativa de medidas menos favoráveis ao imputado do que aquelas existentes à época dos fatos.

⁶⁷ É o que consta, inclusive, das orientações previstas no Protocolo I da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que implementou as denominadas *audiências de custódia*: ponto 2.I “De forma a assegurar os fundamentos legais e as finalidades para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, o juiz deverá observar as seguintes diretrizes: Reserva da lei ou da legalidade: A aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem se ater às hipóteses previstas na legislação, não sendo cabíveis aplicações de medidas restritivas que extrapolem a legalidade”.

4.2 Espécies de medidas cautelares pessoais diversas da prisão introduzidas pela Lei nº 12.403/2011

Elas estão previstas nos artigos 319 e 320 do nosso Código de Processo Penal.

A primeira, constante do inciso I do artigo 319, trata-se do *comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades*.

Embora não haja uma classificação quanto à gradação de rigor, é possível dizer que se trata, em regra, da medida mais branda prevista em nosso sistema de medidas cautelares pessoais alternativas.

Inspirada no artigo 89 da Lei nº 9.099/1995, a medida aqui, no entanto, deixou de mencionar a periodicidade do comparecimento, ficando a cargo do magistrado, sob o resguardo da adequação e necessidade, a justificação do lapso temporal, que poderá ser diário, semanal, quinzenal, mensal etc.⁶⁸

Trata-se de obrigação pessoal e intransferível, devendo, não obstante, tomar o cuidado para não ultrapassar a esfera de cautelaridade objetivada; assim, há que se adequar o comparecimento com eventuais atividades do acusado, como trabalho, estudos e outros (adequação quantitativa).⁶⁹

É uma medida que permite o controle tanto da vida cotidiana como do paradeiro do imputado, podendo ser decretada, desta maneira, tanto para uma cautela final (assegurar aplicação de lei penal) como instrumental (investigação ou instrução criminal).⁷⁰

De mais a mais, não se confunde com o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, nos moldes do que dispõe o artigo 310 do CPP. Esse compromisso funciona como medida de contracautela, substitutiva da prisão em flagrante, quando da liberdade provisória sem fiança. A medida em voga é autônoma, podendo, inclusive, ser cumulada com outras.⁷¹

⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 238. Em Portugal e Itália, tal comparecimento é possível também perante órgãos de polícia, diante dos artigos 198 e 282 de seus códigos de processo penal, respectivamente.

⁶⁹ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 129.

⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 237. Gustavo Henrique Badaró explica, ainda, que esta medida “não poderá ter a finalidade de evitar a reiteração criminosa, pois tal finalidade exigiria expressa previsão legal, nos termos do inciso I, 2ª parte, do *caput* do art. 282, o que inexistente em tal medida” (*Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 765).

⁷¹ Como, aliás, o podem todas as outras; embora algumas não façam sentido; tem se tornado costume o acúmulo de 5, 6, 7 medidas, onde, muitas delas são contraditórias ou, ao menos, exageradas. Isto é feito, imagina-se, quase que como uma garantia (ou favor) por estar-se revogando a prisão.

A segunda medida, prevista no inciso II, é a *proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações*.

Foi inspirada nas diversas condicionantes já previstas em nosso ordenamento, como requisito para concessão do *sursis* (art. 78, §2º, *a*, CP) e do livramento condicional (art. 132, §2º, *c*, LEP).

A proibição de acesso se traduz no impedimento de que o indivíduo que sofre a constrição adentre determinado lugar por uma única vez que o seja. Corresponde à vedação mais gravosa do inciso, vez que uma única ação – de adentrar – configura transgressão da medida. Já o veto de frequência corresponde óbice da repetição sistemática da presença do indivíduo em determinados lugares.⁷²

Atendendo-se aos requisitos da proporcionalidade, não se vislumbra a impossibilidade do agente em determinado bairro ou cidade, mas deve traduzir-se na proibição de visitar local específico e delimitado, como estádios, praças, bares etc., sempre relacionados ao fato delituoso imputado.⁷³

O inciso III prevê a *proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante*.

Cuida-se de medida cujo surgimento se deu em forma de atitude protetiva prevista na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), onde se obriga o afastamento do agressor da ofendida, familiares e testemunhas, por determinado limite de distância, conforme previsão do art. 22, inc. III, *a*, da lei.

Tem-se agora o alargamento da medida, com esta nova previsão, abrangendo casos gerais.

O contato proibido, é preciso dizer, não é só o pessoal, mas como aqueles possíveis por meios de comunicação, tais como telefone, mensagens, internet etc. Por se tratar de proibição de contato com pessoa determinada, e não de frequência de locais, o que se busca evitar é a procura voluntária. O encontro involuntário não pode, nem deve, acarretar o descumprimento da medida.

A providência cumpre sua função cautelar quando atinge caráter instrumental, de forma que vise à proteção da prova (oral), como é o caso da salvaguarda de

⁷² MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 433. Essa diferença na adequação qualitativa é crucial para determinar-se o grau de cautelaridade da medida e de restrição na liberdade do indivíduo, a qual deveria ser levada em conta no momento da fixação da medida. Infelizmente, não é o que ocorre. O inciso é aplicado como um todo, sem a devida motivação da adequação necessária.

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 240.

testemunhas e vítimas que poderiam ser ameaçadas, agredidas, subornadas ou sofrer atitudes semelhantes.⁷⁴

A proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução é a próxima medida e está elencada no inciso IV do artigo 319 de nosso Código de Processo Penal.

Trata-se de mais uma medida cuja inspiração adveio das condições de aplicação do *sursis* (art. 78, §2º, b, CP), do livramento condicional (art. 132, §1º, c, LEP) ou mesmo do regime aberto (art. 115, III, LEP).

Tal medida, como explicita sua redação, deveria ser aplicada tão somente quando a cautelaridade visasse à proteção da prova, corroborando com a segunda parte do inciso I do art. 282 do CPP; mas sabemos que não é o que ocorre.

“Sua razão de ser é impedir que o acusado ou investigado, ausentando-se da comarca, não possa ser localizado para intimação de futuro ato investigatório ou instrutório para o qual sua presença seja necessária”, aconselha Gustavo Henrique Badaró.⁷⁵

Conquanto não se possa alargar sua admissibilidade de aplicação, duas questões devem ser interpretadas teleologicamente. A primeira diz respeito ao termo “comarca”, que não é o mesmo que município, mas pode abranger mais de um deste.⁷⁶ Caberá ao magistrado fixar os parâmetros, além de possíveis exceções, visando à correta aplicação da medida ante os parâmetros da proporcionalidade estudados, de forma que não atrapalhe eventual trabalho, estudos etc., de indivíduos que residem em um município e possuem tais atividades em outros.

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 241. “Diversamente de outras medidas alternativas à prisão, na medida do inc. III o legislador não estabeleceu, expressamente, a finalidade de ‘evitar a prática de infrações penais’. Assim sendo, embora se pudesse cogitar do emprego da proibição de manter contato com determinada pessoa (p. ex., vítimas) para evitar a reiteração criminosa, como, p. ex., no caso de agressões reiteradas ou ameaças contumazes, não havendo previsão expressa nesse sentido, a medida não pode ter finalidade extraordinária, como prevê o inc. I, 2ª parte, do art. 282 do CPP”, completa o autor. Em sentido contrário, no entanto, ainda que sem maiores justificativas, Andrey Borges de Mendonça: “Em síntese, embora o legislador não tenha feito menção à finalidade da medida, possível sua imposição para evitar a prática de novas infrações penais e também em razão da necessidade da investigação ou da instrução criminal” (*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 436).

⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 244. E completa: “De outro lado, a previsão pode ser criticada por ter uma finalidade demasiadamente restrita. A medida de proibição de ausentar-se da comarca seria muito mais efetiva se também tivesse a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal. Caso não houvesse um efetivo e iminente perigo de fuga, a simples proibição de ausentar-se da comarca poderia ser adequada enquanto cautela final. Porém, sem haver previsão legal, não é possível concordar com quem defende que seria possível, também, aplicar tal medida para evitar o risco de fuga. Trata-se de posição que somente poderia ser aceita de *lege ferenda*”.

⁷⁶ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403/2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 347.

A segunda diz respeito à lógica consequência de vedação à saída do país; afinal, “[...] quem sai do País, necessariamente deverá sair da comarca”, explicita Andrey Borges de Mendonça.⁷⁷

Assim é que o disposto no artigo 320 do CPP se liga a essa medida, vez que não chega a proibir expressamente a saída, mas indica os procedimentos cabíveis, quais sejam, a comunicação às autoridades de fiscalização e a entrega do passaporte.⁷⁸

Outra medida inspirada em leis extravagantes, bem como em institutos já previstos em nosso sistema, é aquela do inciso V do artigo 319 do CPP: *recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos*.

É semelhante à regra do regime aberto prevista no artigo 36 do CP, contém traços da limitação de final de semana do artigo 48 do CP, mas não se confunde com a prisão domiciliar de que tratam os artigos 317 e 318 do CPP, vez que esta, justificada por questões humanitárias, deve ser compreendida como espécie de prisão preventiva atenuada, enquanto a medida cautelar corresponde, na visão de alguns, à modalidade menos gravosa de se manter alguém em regime de liberdade parcial.⁷⁹

O conceito de domicílio é explicitado pelo artigo 70 do Código Civil (CC), sendo que residência “[...] é o local, espaço físico habitado pelo indivíduo”, como coloca Renato Marcão.⁸⁰ A escolha do local, assim, é daquele que sofre a medida.

Já por período noturno, tem-se, em regra, o ínterim entre as 18 horas de um dia e as 6 horas da manhã do dia seguinte.⁸¹

Quanto à necessidade de trabalho fixo, parte da doutrina entende não ser requisito imprescindível, podendo, inclusive, ser preenchido pelo estudo.⁸²

Pelo fato de o período noturno (hora) não estar demarcado na lei, haver certa flexibilidade com relação ao trabalho (e sua semelhança ao estudo, conforme artigo 126 da LEP e Súmula nº 341 do STJ), bem como a possibilidade de

⁷⁷ MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 436.

⁷⁸ A explicação está no fato de que o inciso IV do artigo 319 do CPP previa a proibição de ausentar-se tanto da comarca quanto do país, expressamente, em substitutivo elaborado pelo Senado. A inclusão de tal expressão – “país” – não foi aceita, no entanto, pela Câmara dos Deputados, cujo parecer do Deputado João Campos assim explicou: “[...] despidendo a inserção da expressão ‘ou do país’, haja vista aquele que ausentar-se do país, obviamente ausentar-se-á da comarca”.

⁷⁹ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 154.

⁸⁰ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403/2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 348.

⁸¹ MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 4368.

⁸² NICOLITT, André Luiz. *Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e demais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 87.

existir mais de uma residência, fortalece-se a necessidade de que a decisão do magistrado, além de ser bem fundamentada, percorra os caminhos traçados pela proporcionalidade estudada – em especial a adequação –, de forma a justificar os parâmetros escolhidos, bem como as exceções postas ao indivíduo.

No inciso VI, está prevista 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*.

Como explica Gustavo Henrique Badaró:

[...] não é difícil concluir que sua finalidade é evitar a prática de infrações penais, impedindo que algum funcionário público investigado por crime cometido no exercício de sua função ou em razão dela possa continuar a se valer ilegalmente da mesma função para reiteração delitiva.⁸³

Assim, por força do princípio da legalidade – próprio da proporcionalidade –, não há que se cogitar tal medida quando a acusação de crime não guarde relação com a função pública (ou financeira) exercida pelo acusado.⁸⁴

Da mesma forma, não se mostra admissível por outro motivo que não o risco de reiteração criminosa ante o ressalto feito pelo inciso em sua parte final, ainda que tal justificativa se mostre, para alguns, de caráter constitucional duvidoso.⁸⁵

De outro modo, seguindo o quesito da adequação qualitativa, assim como a máxima do menor sacrifício (necessidade), nada impede que a suspensão se dê apenas em parte da atividade normalmente desenvolvida; resguarda-se, assim, a segurança em risco, mantendo-se a liberdade do acusado, em maior extensão.⁸⁶

⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 247.

⁸⁴ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155.

⁸⁵ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró coloca: “Como já ressaltado, impossível aceitar que a finalidade de ‘evitar a prática de infrações penais’ se compatibilize com os escopos de medidas processuais penais que sejam verdadeiramente cautelares e, como tais, simplesmente assecuratórias ou conservativas” (Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 248); Aury Lopes Junior: “É medida extremamente gravosa e que deverá ser utilizada com suma prudência, sendo inclusive de discutível constitucionalidade. Não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena” (*O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 135).

⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 775. Nesse ponto, o autor esclarece sobre a remuneração, recostando-se, por analogia, no afastamento cautelar previsto na lei do funcionário público (art. 147 da Lei nº 8.112/90): “Não convence o argumento de que a remuneração poderia ser parcial ou totalmente suspensa, porque o empregado não está trabalhando, e isto geraria uma situação de iniquidade, em comparação com o outro funcionário que, para perceber sua

Exsurge, nesse momento, dúvidas quanto à amplitude de ação da medida no que diz respeito ao *exercício de função pública*; mormente, se recairia também sobre os agentes políticos.⁸⁷

Buscamos a compreensão no próprio Código Penal, que, em seu artigo 327, *caput*, explica: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”; o que é complementado pelo §1º: “Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Andrey Borges de Mendonça, recostando-se na doutrina administrativista, conclui que:

[...] inclui toda atividade exercida com o objetivo de consecução de finalidades próprias do Estado, por meio de seus agentes públicos. Em outras palavras, exercem função pública todos aqueles que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta, englobando os agentes políticos, os servidores públicos, e os particulares em colaboração com o Poder Público.⁸⁸

Embora concordemos com o doutrinador acima, não deixamos de dar certa razão a Gustavo Henrique Badaró, para quem, “na prática, suspender, sem limitação temporal, o exercício da função do deputado ou senador, principalmente no período final do mandato, significará, de fato, determinar a perda do cargo, com base em cognição sumária do Poder Judiciário [...]”.⁸⁹

remuneração, tenha que desempenhar normalmente sua função. Não se trata de falta, afastamento ou licença voluntária. Ao contrário, o funcionário foi contidamente afastado de suas funções, em processo no qual ele é presumido inocente e sem que haja declaração judicial transitada em julgado de culpa. Corre, portanto, que não se efetua qualquer desconto”. Em sentido contrário, MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 447.

⁸⁷ Em Portugal, por força do artigo 199 do CPP, são possíveis as suspensões do exercício de: profissão, função ou atividade, públicas e privadas; do poder paternal, da tutela, da curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito. Como apontam Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, antes mesmo da revisão operada pela Lei nº 48/2007, questionava-se se o conceito de *função pública* abrangia os *cargos políticos*. Sobre o tema, em resumo, o Tribunal Constitucional (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 41/2000, de 26.01.2000, Processo nº 481/97) assentou que não envolvia tais cargos (políticos), vez que não se poderia permitir que um mandado emergente do sufrágio popular pudesse ser perdido ou suspenso senão em virtude de sentença penal condenatória definitiva. “Na realidade, dificilmente seria congruente com a proeminência do princípio democrático que o exercício de um mandato popular pudesse ser suspenso a título de medida cautelar ou preventiva em processo penal, ainda mais antes mesmo da pronúncia definitiva pela prática de um crime”, completam os autores (*As medidas de coação no processo penal portugueses*. Coimbra, Almedina: 2011. p. 89). Da mesma forma na Itália, onde a proibição de recair sobre os mandatos eletivos, sob risco de se ferir o pleito popular, está prevista no artigo 289, 3, do CPP.

⁸⁸ MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 441. Salvo, segundo o autor, aqueles que possuem imunidade absoluta à prisão preventiva, como Presidente da República e diplomata (não se abarcando os possuidores de imunidade relativa).

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 774.

Assim, embora consentimos que é o próprio regramento penal e administrativo quem faz abarcar a possibilidade da fixação de tal medida aos agente políticos, amparamo-nos na esperança do Projeto de Lei do Senado nº 156/09, que tem, dentre suas questões, a imposição de limitação temporal na aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal, de forma a diminuir as consequências desta *intromissão* do Poder Judiciário naquele eleito democraticamente.⁹⁰

Passando para a outra atividade prevista no inciso, qual seja, a de natureza econômica ou financeira, tudo quanto exposto anteriormente se repete, principalmente sua admissibilidade adstrita.

Problema desponta quanto à amplitude do conceito de tais atividades. Como não há um rol expresso no que diz respeito a tais ofícios, liga-se aos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.429/1986), contra o mercado de capitais (arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei nº 6.385/1976), contra a ordem econômica (arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/1990), contra as relações de consumo (art. 7º da Lei nº 8.137/1990 e art. 61 e seguintes da Lei nº 8.078/1990), além de outros da mesma linha. Ou seja, existe, na verdade, um sem número de atividades que podem ser vislumbradas a ponto de permitir a fixação dessa medida, suspendendo seu exercício pelo acusado.

A medida prevista no inciso VII é a *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*.

A começar pelo fim do inciso, mais uma vez o legislador restringiu a possibilidade de aplicação da constrição cautelar vinculada a um requisito de cautelaridade apenas: o *risco de reiteração* criminosa.

Trata-se de medida que veio suprir a lacuna existente em relação à prisão provisória de doentes mentais,⁹¹ o que acarretava a mistura de inimputáveis e semi-imputáveis com presos comum, deixando, inclusive, de se aplicar os cuidados e tratamentos necessários.⁹²

⁹⁰ No direito Português, por exemplo, há previsão expressa em seu código de processo penal do que lá é chamado de *princípio da precariedade*, onde os artigos 215 e 218 do CPP estabelecem prazos máximos de duração da prisão preventiva, bem como das demais medidas, diante de diversas condicionantes, respectivamente (GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *As medidas de coação no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 66).

⁹¹ Antonio Scarance Fernandes coloca que: “Trata-se, contudo, de providência necessária, pois evitaria a prática comum de decretar a prisão preventiva de doentes mentais, colocando-os em estabelecimentos prisionais ao lado de pessoas sãs, com todos os problemas decorrentes dessa situação para o enfermo, para os demais presos e para o estabelecimento prisional” (As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 17, jul. 2009.). A medida anterior, prevista no antigo artigo 80 do Código Penal, fora revogada com a reforma de 1984.

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85. E afirma o autor: “Agora, substituindo-se

Outro requisito, levando-se em conta sua proximidade com a prisão cautelar,⁹³ é a necessidade de que o crime tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, visando à utilização dessa medida apenas nos casos mais graves.⁹⁴

A inimizabilidade total ou parcial será descoberta por exame pericial, por meio de incidente de insanidade mental. Rogério Schietti Machado Cruz adverte para o fato de não haver distinção entre o momento do quadro psíquico, se ao tempo da ação ou da aplicação da medida. Isso porque, como coloca o autor, a “[...] diferenciação perde relevância desde que se tenha a medida ora analisada como efetivamente de cunho cautelar, destinada a proteger a ordem pública, potencialmente ameaçada pelo comportamento perigoso do acusado [...]”.⁹⁵

Uma das medidas mais controvertidas, desde sempre, é aquela prevista no inciso VIII, qual seja, a *fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial*.

A primeira questão que devemos pontuar é que há, em nosso ordenamento, dois institutos de fiança, que, embora regidos basicamente pelos mesmos artigos (Capítulo VI do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal), distinguem-se quanto à natureza, tendo ambos sua aplicabilidade condicionada à afixabilidade do delito imputado.⁹⁶

a prisão preventiva adota-se a denominada *internação provisória*, que deve realizar-se em locais apropriados, separados do cárcere comum”.

⁹³ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró coloca que, “[...] por implicar privação de liberdade, o tempo em que o investigado ou acusado inimputável ou semi-imputável ficar submetido à internação provisória deverá ser considerado para fins de detração penal, seja em relação à eventual pena, seja quanto ao prazo mínimo de aplicação da medida de segurança” (Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 257).

⁹⁴ Segundo Andrey Borges de Mendonça: “Ao contrário das medidas cautelares em geral, em que se exige apenas que o delito previsto seja apenado com pena privativa de liberdade (art. 283, §1º), em relação à internação provisória o legislador foi mais exigente, excluindo qualquer situação de prática delitiva que não se utilize violência absoluta ou relativa. Isto porque se trata de medida em tudo similar à prisão preventiva aplicável ao imputável, mas que somente deve ser aplicada em caso de réus perigosos” (*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 452).

⁹⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 156.

⁹⁶ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró alerta para uma incongruência de ordem constitucional: “Há, porém, uma crítica que se pode endereçar à inafiançabilidade de certos crimes. Na sistemática atual, não tem sentido um delito ser inafiançável. No regime originário do CPP, em que a fiança era a principal hipótese em que os acusados colhidos em flagrante delito tinham para responder ao processo em liberdade, considerar um crime inafiançável era, na prática, determinar o destino do acusado, que teria que permanecer preso durante todo o processo. Todavia, desde a mudança da Lei nº 6.416/1977, com a introdução do antigo parágrafo único do art. 310, admitindo a liberdade provisória, para qualquer delito, independentemente de sua gravidade, nos casos em que não estivesse presente qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, deixou de haver qualquer sentido em considerar um crime inafiançável. Ou seja, se o investigado ou acusado tivesse sido preso em flagrante delito, não poderia obter a concessão da fiança, mas poderia responder o processo em liberdade provisória, sem fiança, nos termos do então introduzido parágrafo único do art. 310 do CPP. Em suma, ser um crime inafiançável deixou de ser sinônimo de responder o processo preso” (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 782). No mesmo sentido,

A fiança, assim, pode se ligar ao instituto da liberdade provisória, funcionando como contracautela à prisão em flagrante, tendo como fundamento de aplicação o artigo 310, *caput*, inciso III, do CPP.⁹⁷

Já a fiança como medida cautelar alternativa à prisão, mote de nosso estudo, fundamenta-se no artigo 319, *caput*, inciso VIII, do CPP, sendo que, “para assegurar o comparecimento a atos do processo”, como estipula o inciso, a fiança mantém sua natureza tipicamente cautelar (*conveniência da instrução criminal*), até pela obrigatoriedade imposta pelos artigos 327, 328 e 341 do Código de Processo Penal.

Da mesma forma, *garante-se a aplicação da lei penal* à medida do que determina o artigo 336 do CPP, vez que o valor servirá para o pagamento de indenização, prestação pecuniária e multa a que for condenado o réu.

Assim como as demais medidas cautelares, a fiança só será decretada e mantida enquanto houver necessidade.⁹⁸ Curioso, no entanto, que tanto o valor a ser arbitrado, nos moldes dos artigos 325 e 326 do CPP, pode ser pago por outrem como poderá tal medida ser dispensada de pagamento, subsistindo as obrigações atinentes à sua aplicação (arts. 327 e 328, CPP), diante da situação econômica desfavorável do acusado (art. 350 do CPP).

O arbitramento, de qualquer forma, perpassa por uma análise do pressuposto da proporcionalidade, haja vista a volubilidade dos valores aplicáveis. Assim, conquanto a amplitude de valores seja uma questão de política criminal (definição genérica das variações), somente a proporcionalidade – em especial, a adequação qualitativa – poderá estipular, justificadamente, o valor fixado ao acusado.

Por fim, como última medida prevista no artigo 319, em seu inciso IX, está a *monitoração eletrônica*.

Guilherme de Souza Nucci é ainda mais enérgico: “Não fosse a demagogia do constituinte, poder-se-ia instituir a fiança, sim, para autores de tais delitos graves, a fim de fixá-los no distrito da culpa. Ser considerado inafiançável termina por constituir um favor legal e não um gravame. Sem nada pagar, o acusado, por delitos graves, deixa o cárcere” (*Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 20).

⁹⁷ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 159.

⁹⁸ Importa notar que, dentre as medidas cautelares pessoais, esta é a única que pode ser aplicada também pelo delegado de polícia, a teor do que dispõe o art. 322 do CPP. Sobre isto, Andrey Borges de Mendonça pontua: “Não há previsão expressa acerca do prazo para a autoridade policial conceder a fiança. Mas, em vista da interpretação sistemática, deve ser concedida em 24 horas a contar da prisão, pois esse é o prazo que a autoridade tem para lavrar o auto de prisão em flagrante e encaminhá-lo ao juiz. Quando fizer essa comunicação, deve a autoridade policial já ter decidido sobre o cabimento ou não da fiança e, ainda, o seu valor” (*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 353).

Esta é, também, outra medida que apareceu em nosso sistema, primeiramente, por meio da Lei de Execuções Penais,⁹⁹ para, então, se fazer presente no rol de novas medidas alternativas à prisão.

Houve um período em que, mesmo prevista em nosso Código de Processo Penal, não havia em nosso sistema nada que disciplinasse seu uso ou forma de execução, o que passou a ser feito pelo Decreto nº 7.627/2011.

Dentre os questionamentos mais comuns em sua utilização estão o alto grau de invasão da intimidade e a possibilidade de violação da dignidade humana. Ocorre que, em comparação à prisão preventiva, sua preferência é bem aceita pela doutrina; além do que, a evolução tecnológica tem transformado os dispositivos quase imperceptíveis, afastando qualquer ofensa à dignidade humana aventada – ao menos comparativamente.^{100 101}

Existem, basicamente, duas formas de controle: a) sistemas *ativos*, no quais o acusado se utiliza de dispositivo em seu corpo (geralmente pulseira, bracelete ou tornozeleira), o qual emite um sinal contínuo que é monitorado por uma central, atualizando-se sua localização por meio do GPS (*Global Positioning System*); b) sistema *passivo*, por meio do qual o indivíduo é contatado periodicamente (em geral por telefone) no local onde deva permanecer e é identificado de algum modo (seja por senha, voz, impressão digital ou outro meio pertinente).

No que diz respeito à sua finalidade, como o legislador nada estipulou, poderá cumprir tanto um propósito de cautela instrumental como final, nos moldes do que determina o inciso I do art. 282 do CPP. Sendo possível sua aplicação isolada ou cumulativamente com outra medida, ao aplicar-se destacadamente, servirá, sobretudo, como cautela final, garantindo a aplicação da lei penal, vez que o paradeiro do acusado será assegurado.

Já a ideia de aplicação cumulativa parece despertar o interesse de entusiastas de tal medida, vez que, para além de cumprir uma finalidade cautelar (aqui, com caráter mais instrumental), parece acautelar a própria medida coimposta, vez que servirá “[...] para fiscalizar o seu cumprimento”, como coloca Gustavo Henrique

⁹⁹ A Lei nº 12.258/2010, que alterou a Lei de Execução Penal, previu tal mecanismo para as saídas temporárias do condenado em regime semiaberto (art. 22, parágrafo único, c/c art. 146-B, *caput*, inciso II da LEP), assim como do condenado que esteja em prisão domiciliar (art. 146-B, *caput*, inciso IV, da LEP).

¹⁰⁰ Sobre o tema, afirmou o Deputado Flávio Dino, em relação ao projeto convertido na Lei nº 12.258/2010: “É necessário assegurar a discrição dos aparelhos a serem utilizados, de forma que os condenados tenham sua imagem preservada e não sejam estigmatizados, e a informação dos monitorados acerca do funcionamento do programa. Nesses moldes, a medida satisfaz plenamente o princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, inserto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal”.

¹⁰¹ Demonstrando a evolução dos dispositivos, Alceu Corrêa Junior palestrou no 19º Seminário Internacional de Ciências Criminais (IBCCRIM), durante todo o tempo, em pé, usando de um dispositivo que não fora notado por ninguém da plateia. Ao final de sua fala, o palestrante questionou quem na sala poderia estar utilizando de tal dispositivo, ao que, sem resposta, mostrou sua tornozeleira.

Righi Ivahy Badaró.¹⁰² Assim, vigia-se o cumprimento da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II), da proibição de ausentar-se da comarca (art. 319, IV), do recolhimento noturno (art. 319, V) ou mesmo da proibição de ausentar-se do país (art. 320) e da própria prisão domiciliar¹⁰³ (art. 318).

Em verdade, como se colhe do cotidiano forense e até mesmo de jornais televisivos ou impressos, as medidas cautelares têm sido aplicadas veementemente de forma cumulativa, tendo o monitoramento eletrônico atenção especial dos juízes, pois, como se disse acima, pode servir também para garantir o cumprimento de outras medidas.

Importante, no entanto, é o questionamento do que fazer quando, aplicado o princípio da proporcionalidade aqui estudado, mostrar-se inadequada a prisão, mas revelar-se pertinente o uso do monitoramento eletrônico, e este não estiver disponível no Estado, seja por falta ou inexistência de aparelhagem.¹⁰⁴

Creemos que a solução, traçando-se um paralelo, perpassa por aquela aplicada aos casos de progressão de regime, onde, não havendo vaga no regime imediatamente mais benéfico (v.g. progressão do regime fechado para o semiaberto), aplica-se o mais brando ainda (v.g. progride-se, assim, do regime

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 259. No mesmo sentido, Andrey Borges de Mendonça comenta que “[...] certamente a maior importância do monitoramento eletrônico é como medida auxiliar, a ser aplicada cumulativamente com outra medida cautelar, especialmente para fiscalizá-la”. Mas pondera, também: “De qualquer sorte, o monitoramento eletrônico não deve ser visto como a panaceia de todos os males. O magistrado deve ter bastante cautela ao impor o monitoramento eletrônico, especialmente à luz do risco que visa neutralizar. Se há risco de que o agente volta a delinquir, deve-se analisar se haverá condições pragmáticas de a polícia agir rapidamente e impedir a prática do delito antes que se consume. Ademais, se houver risco de fuga a medida poderá se mostrar ineficiente no caso concreto, pois mesmo que a polícia possa deslocar-se imediatamente ao local onde se verificou o rompimento da pulseira, será possível que o monitorado o faça pouco antes de embarcar em uma estação de trem ou metrô, por exemplo, inviabilizando sua localização posterior. Nos casos em que há risco para a investigação ou para a instrução criminal, deve o magistrado analisar, com cautela, qual o risco que a liberdade poderá trazer para a prova. Se o réu ameaçou a testemunha, por exemplo, o monitoramento poderá ser ineficiente, pois será possível que o réu continue a ameaçá-la por outros meios, como telefone, e-mail, correio etc. Mas se o que se busca é preservar determinado documento, que se encontre em determinado local, cora destruição, a medida poderá ser adequada. Tudo, portanto, passará pela análise de adequação da medida, sobretudo à luz do risco que visa neutralizar” (*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 460-462).

¹⁰³ No Direito Português, é chamada de *vigilância eletrônica*, normatizada pela Lei nº 33/2010 do Parlamento português, servindo, lá, como meio de fiscalização à distância do cumprimento da *obrigação de permanência na habitação* (art. 201 do CPP).

¹⁰⁴ Rogério Schietti Machado Cruz coloca: “Creemos ser inevitável a crescente utilização deste e de outros mecanismos de controle de pessoas que estejam sob algum tipo de vigilância autorizada por lei, mas ainda é preciso muito investimento dos governos estaduais nessa área, haja vista que na entrada em vigor da Lei no 12.403/11, a quase totalidade das unidades da Federação ainda não possuía o sistema de monitoramento em funcionamento” (*Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 166).

fechado para o aberto; ou, até mesmo, a saída antecipada do preso).¹⁰⁵ Afinal, não há de se aplicar medida mais gravosa pelo simples fato de não haver aparelhamento adequado do Estado quando, na análise das questões de fato e de direito, o princípio da proporcionalidade não indicar a utilização de cautelar mais grave.

Por fim, a última medida cautelar de natureza pessoal, diversa da prisão, introduzida pela Lei nº 12.403/2011 é aquela prevista no artigo 320 do Código de Processo Penal, qual seja, a *proibição de ausentar-se do país*.

Tal qual a medida prevista no inciso IV do artigo 319, explicitada acima, aqui a medida é tanto menos restritiva (por possibilitar um maior espectro de mobilidade – o país – em comparação com aquela – a Comarca) quanto mais ampla, pois pode ser aplicada não só para o resguardo da prova (investigação ou instrução processual), quanto para garantir a aplicação da lei penal (proteção da cautela final).¹⁰⁶

Para seu cumprimento, é necessário que se adote uma ampla gama de medidas, como a entrega do passaporte, a comunicação das autoridades fiscalizadoras de fronteiras (vez que o MERCOSUL permite o trânsito de pessoas com o uso apenas da identidade), aviso à Polícia Federal e, em caso de estrangeiros, às embaixadas, impossibilitando que o acusado faça novo passaporte.¹⁰⁷

5 Outras considerações

Muito embora as novas medidas cautelares pessoais tenham sido introduzidas em nosso ordenamento através da Lei nº 12.403/2011, seu projeto de lei teve início no ano de 2001 (Projeto de Lei nº 4.208/2001), juntamente com uma série de medidas que buscavam a reformulação e atualização do sistema penal, que culminaram na chamada *reforma de 2008*, dado que a maior parte daqueles projetos foi transformada em lei neste ano (Lei nº 11.689/2008, sobre o júri; Lei nº 11.690/2008, sobre as provas; Lei nº 11.719/2008, procedimentos).¹⁰⁸

¹⁰⁵ Conforme decidiu nossa Suprema Corte, em sede de repercussão geral, no RE 641.320, relator o ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11.05.2016, publicado no *DJE* em 01.08.2016. Lembrando que em nada se assemelham à *progressão por salto*, impedida pela Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 261.

¹⁰⁷ Andrey Borges de Mendonça alerta para o fato de que a simples tentativa de obter novo passaporte configura descumprimento da medida (*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 437).

¹⁰⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCrim*, n. 200, p. 1, jul. 2009.

Em que pese tais mudanças, naquele mesmo ano fora montada comissão com o propósito de apresentar um novo código de processo penal, coordenada pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hamilton Carvalhido.¹⁰⁹

Poderia parecer estranho, nem bem se integralizar a maioria das reformas pontuais previstas e tardadas por quase 10 anos, iniciar-se nova comissão para mais mudanças. Todavia, somente uma reforma global, compatibilizando todos seus institutos com a Carta da República de 1988, poder-se-ia romper “com a simplicidade do passado” e aprender “a conviver com um modelo complexo”, como coloca Aury Lopes Junior.¹¹⁰

Eis um bom motivo para se aguardar, com expectativas, a tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, que rompe com diversos institutos dos dias atuais, trazendo uma reformulação completa do Código de Processo Penal e da mentalidade que deve permear os operadores do direito.¹¹¹

Outro ponto interessante que afeta diretamente a aplicação das novas medidas cautelares pessoais foi o *início*¹¹² do uso das denominadas *audiências de custódia*. Este, por si só, é um tema riquíssimo, que pode render artigos inteiros apenas sobre sua aplicação. Importa, por ora, que, em regra, elas são utilizadas tão somente após a prisão em flagrante; raríssimas vezes quando do decreto de prisão preventiva ou outra medida cautelar pelo magistrado.

Na Itália, por outro lado, existe o *interrogatório de garantia*, no qual, no momento em que aplicada uma medida, o acusado deve ser levado diante do juiz para que se proceda sua oitiva. Paolo Tonini explica que “[...] *questo interrogatorio nella prassi è denominato ‘di garanzia’ perché assume una funzione prevalentemente difensiva*”.¹¹³

¹⁰⁹ Fizeram parte, também, da Comissão: Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

¹¹⁰ LOPES JR., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). *Boletim IBCCrim*, edição especial, p. 7, ago. 2010.

¹¹¹ É o que consta da própria Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009: “Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de sua normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Decreto-lei nº 3.689, de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado” (Diário do Senado Federal, 23 de abril de 2009. p. 12.355).

¹¹² Apesar de referida audiência estar prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CACH) e no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), os quais o Brasil ratificou nos anos de 1992 e 1991, respectivamente, foi somente no ano de 2015 que as audiências de custódia foram implementadas por meio da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, legitimada pelo julgamento da ADI nº 5.240 pelo Supremo Tribunal Federal.

¹¹³ TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 433.

É neste momento em que o acusado e seu defensor têm a oportunidade de exercer o contraditório. De fato, ao término desse exercício o juízo deverá avaliar a manutenção da medida imposta, podendo conservá-la, modificá-la ou revogá-la, caso entenda não persistirem os requisitos para sua aplicação. Trata-se de entendimento preconizado no artigo 294 do Código de Processo Penal Italiano.¹¹⁴

Para se ter uma ideia do impacto na utilização das medidas cautelares pessoais diversas da prisão no Brasil, primeiramente remetemos o leitor ao estudo jurimétrico que fizemos, antes da implementação das *audiências de custódia*, nas quais se constata um gradativo aumento na aplicação dessas medidas, em detrimento da prisão, pelos tribunais superiores.¹¹⁵

Mais recentemente, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) lançou um estudo sobre as *audiências de custódia*, o qual afirma, reconhecendo a necessidade de se fazer análises mais longitudinais, qualitativas e comparativas, que:

É possível verificar, ainda que de forma indicativa e exploratória, que diante das audiências de custódia a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, que se mantinha em patamares muito elevados mesmo com o advento da Lei de Cautelares, começa a ser reduzida, conforme demonstra a comparação feita para as cidades de Rio de Janeiro e São Paulo.¹¹⁶

Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva	Rio de Janeiro	São Paulo
Antes da Lei de Cautelares	83,8%	87,9%
Após a Lei de Cautelares	72,3%	61,3%
Após as Audiências de Custódia	57%	53%

Tabela 1 - Comparação da conversão da prisão em flagrante em preventiva de acordo com as alterações ocorridas em âmbito legal-administrativo em matéria penal.

Fonte: elaboração própria.

¹¹⁴ No Brasil, o contraditório prévio, previsto no artigo 282, §3º, do CPP não é utilizado com a frequência que se esperava, tampouco o contraditório posterior, para o qual as audiências de custódia se mostrariam, até pela forma presencial de cumprimento, muito importantes.

¹¹⁵ CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei nº 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão no âmbito dos tribunais superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 115/2015, p. 109-139, jul./ago. 2015.

¹¹⁶ Ministério da Justiça – DEPEN: *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília, 2016. p. 24-25. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: 1º fev. 2018.

Vê-se, assim, que referidas audiências cumprem importantíssimo papel na garantia do direito de liberdade das pessoas, estimulando, inclusive, a avaliação e uso das medidas cautelares implementadas pela Lei nº 12.403/2011.^{117 118}

6 Conclusão

Embora a Lei nº 12.403/2011 seja referência quando o assunto são medidas cautelares pessoais diversas da prisão, não foi ela a primeira a introduzir tal possibilidade, sendo certo que, como dito, a evolução do pensamento legislativo já vinha desenhando formas diversas de acautelar o processo. Por questões ‘de política e imagem, outras leis, embora tenham tido, em sua maioria, projetos ulteriores, foram aprovadas antes dessa inovação sistêmica.¹¹⁹ Ou seja, a legislação brasileira é esparsa, de forma que não caberia neste singelo artigo a análise de todas as medidas cautelares existentes. Todavia, o pensamento e caminho da proporcionalidade aqui traçados podem – e devem – ser utilizados quando da aplicação de toda e qualquer medida cautelar.

Para além de uma questão de logística ou mesmo administrativo-financeira, grande parte da população carcerária ainda abrange aqueles que sequer foram condenados, sendo sua prisão fruto de medida assecuratória processual penal.

Seguindo modelos eficazes de outros países, por outro lado, a prisão provisória deixa de ser a única possibilidade do resguardo da segurança em risco, passando, em verdade, devido à sua característica nefasta, à última opção, donde o Poder Judiciário possui um novo leque de possibilidades: as novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Desta feita, sempre deverá o magistrado constatar, de início, a necessidade de cautela (art. 282, I, do CPP), seja ela prisão, seja outra, para, após, percorrer o caminho da proporcionalidade aqui estudado, de forma a se aplicar a menor

¹¹⁷ Até por força do artigo 9º da Resolução nº 213/2015: “A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP deverá compreender a avaliação da real adequação e necessidade das medidas, com estipulação de prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção, observando-se o Protocolo I desta Resolução”.

¹¹⁸ Como coloca Camila Maués do Santos Flausino, “não à toa o Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar nº 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, declarou o *estado de coisas inconstitucional* a respeito do caótico sistema penitenciário brasileiro, impondo em até noventa dias a realização de audiências de custódia”. E completa: “[n]ão foi suficiente a reforma inserida pela Lei nº 12.403/2011 para conscientizar magistrados acerca da excepcionalidade da prisão, cujas regras inovadoras em meio a um código de processo penal de cariz eminentemente autoritário são mais vistas como recomendações do que imposições. Sem outras saídas, a mais próxima solução encontrada para a superlotação carcerária deita-se sobre a audiência de custódia, que exsurge como garantia multifuncional, tendente a evitar prisões inócuas ou arbitrárias e a inibir a tortura policial, a um só tempo” (Audiência de custódia e seus (in) sucessos – breves críticas a seus descompassos práticos. *Revista Liberdades*, nº 24, jul./dez. 2017. p. 75-76).

¹¹⁹ São exemplos as medidas previstas nas Leis nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Nacional), 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), 11.343/2006 (Lei de Drogas), entre outras.

restrição da liberdade possível ao indivíduo, garantindo-se, na medida, a cautelaridade processual.

A substituição da prisão preventiva por outra medida qualquer, de forma cumulada ou não, não é um favor que se presta ao acusado, de maneira que não pode ser aplicada de forma automática, mas sempre dentro dos parâmetros e garantias constitucionais (em especial, presunção de inocência, legalidade e dever de fundamentação das decisões judiciais).

Precautionary measures unrelated to prison due to act nº 12.403/2011 from the perspective of proportionality

Abstract: The present article is the result of the master's thesis presented by the author at the University of São Paulo. The introduction, through legislation nº 12.403/2011, of new precautionary measures of personal character in our criminal justice system, other than imprisonment, brought the need for exegesis of these measures in compliance with proportionality principle and our system of guarantees. Only the proper mounting of precautionary measures, at the expense of freedom and the presumption of innocence, can make the legal system harmonic, in balance individual rights and guarantees versus state punitive power, while still in procedural journey. The study of legislation, doctrine, foreign law and jurisprudence complement each other, enabling a broad and eclectic view of the subject.

Keywords: Criminal proceedings. Personal precautionary measures. Proportionality. Freedom.

Referências

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros: 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. *Revista do Advogado*, n. 113, p. 75, set. 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 205-298.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória: modificações da Lei nº 6.416/1977*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares: superação da medíocre dicotomia. *Boletim IBCCrim*, edição especial CPP, ago. 2010, p. 26-27.

BRETAS, Sergio Nunes. *Apontamentos críticos à Lei nº 12.403/2011: a ampliação da rede de controle*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10601-Apontamentos-criticos-a-lei-no-124032011-A-ampliacao-da-rede-de-controle>>. Acesso em: 13 maio 2018.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova: CEDAM, 1936.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Lei nº 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão no âmbito dos tribunais superiores: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 115/2015, p. 109-139, jul./ago. 2015.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, p. 691-716, 2017.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale Di Diritto Processuale Penale*. Padova: CEDAM, 2010.

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS - DMF. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 13 maio 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN: *Sistema penitenciário no Brasil - dados consolidados*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, jul. 2009, p. 11-19.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. Audiência de custódia e seus (in)sucessos – breves críticas a seus descompassos práticos. *Revista Liberdades*, n. 24, jul./dez. 2017, p. 73-91.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1992.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *As medidas de coação no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LIMA, Marcellus Polastri. *O processo penal dos crimes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JR., Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. *Boletim IBCCrim*, n. 203, out. 2009, p. 8-9.

LOPES JR., Aury. A Inserção do Contraditório no Regime Jurídico das Medidas Cautelares Pessoais. *Boletim IBCCrim*, ano 19, n. 223, jun. 2011, p. 5-6.

- LOPES JR., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). *Boletim IBCCrim*, edição especial, p. 7, ago. 2010.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403/211*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. 2. ed. (Coleção curso de processo civil - v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.
- MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCrim*, n. 200, p. 01, jul. 2009.
- NICOLITT, André Luiz. *Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e demais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUNES, Marcelo Guedes. O que é jurimetria? *RDB*, n. 62, p. 253 e ss., out. 2013.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012.
- PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da Lei nº 12.403/2011 que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, n. 223, 2011, p. 10-11.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir. Científico); GOMES, Conceição (Coord.). *Monitorização da Reforma Penal*. Relatório Complementar. Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia de Coimbra. Coimbra, out. 2009.
- SANTOS, Thandra (Org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Brasília: DEPEN/Ministério da Justiça, 2017.
- SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista AJURIS*, n. 97, p. 180, mar. 2005.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 2012.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no Direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 85, p. 452, jul. 2010, p. 447-494.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão impostas pela Lei nº 12.403/2011 à luz da proporcionalidade. *Revista Fórum de Ciências Criminas – RFCC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 59-94, jan./jun. 2018.