

Andrey Borges de Mendonça

**PRISÃO e outras
MEDIDAS CAUTELARES
PESSOAIS**



02693
Maurício Zaninho de Moraes
Advogado Paulista

SÃO PAULO

Capítulo

VIII

DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

Sumário: 1. Introdução – 2. Natureza de medida cautelar – *periculum libertatis*. Finalidades das medidas cautelares alternativas. *Fumus commissi delicti* – 3. Observância do contraditório – 4. Âmbito de aplicação. Gravidade das medidas – 5. Medidas cautelares alternativas à prisão em espécie: 5.1. Comparecimento periódico em juízo; 5.2. Comparecimento a todos os atos processuais; 5.3. Proibição de acesso ou de frequência a determinados lugares. Possibilidade de afastamento do lar; 5.4. Proibição de manter contato com pessoa determinada; 5.5. Proibição de ausentar-se da comarca ou do País; 5.6. Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga; 5.7. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira. Suspensão das atividades da empresa; 5.8. Internação provisória em caso de inimputável ou semi-imputável; 5.9. Fiança; 5.10. Monitoramento eletrônico. Introdução. Conceito; 5.11. Prisão domiciliar alternativa à prisão; 5.12. Aplicação aos procedimentos especiais; 5.13. Outras medidas cautelares? Legislação especial – 6. Decretação de ofício pelo juiz – 7. Prazo das medidas cautelares alternativas à prisão – 8. Revogação e alteração das medidas cautelares. Descumprimento das medidas e prisão preventiva substitutiva – 9. Descumprimento das medidas e desobediência – 10. Extinção das medidas alternativas à prisão – 11. Medidas cautelares alternativas após a sentença condenatória – 12. Medidas alternativas à prisão e detração – 13. Recurso cabível e possibilidade de utilização do *habeas corpus* – 14. Medidas cautelares. Recurso exclusivo da defesa e as decisões do Tribunal – 15. Aplicação no tempo das medidas alternativas à prisão.

1. INTRODUÇÃO

A nova sistemática estabelecida pela Lei 12.403/2011 introduziu em nosso ordenamento jurídico diversas medidas cautelares alternativas à prisão. Assim, além da liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança já analisadas (no caso do art. 310, parágrafo único e art. 350), é possível que o magistrado conceda liberdade provisória mediante a fixação de uma ou várias das medidas previstas no art. 319 do CPP. Como visto, é possível a conces-

são desta espécie de liberdade provisória tanto a crimes afiançáveis quanto a inafiançáveis (ver capítulo VI, item. 5.3). O magistrado, portanto, terá um leque de medidas a serem aplicadas, intermediárias entre a prisão cautelar e a liberdade incondicionada. E a possibilidade de o magistrado aplicar isolada ou cumulativamente as medidas cautelares alternativas à prisão permite uma ampla adaptação da medida ao caso concreto, de acordo com o bom senso e o juízo criterioso do magistrado. É a concretização do princípio da adaptabilidade no marco de uma tutela jurisdicional diferenciada. Trata-se, conforme leciona Bedaque, “de adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado. Como este varia em cada situação apresentada ao órgão jurisdicional, não se justifica manter-se inalterável o tipo de tutela”.¹

Em síntese, houve uma diversificação das medidas cautelares passíveis de serem aplicadas, afastando-se, assim, do modelo bipolar até então vigente, em que diante do *periculum libertatis*, o juiz somente poderia ou manter o réu preso ou conceder-lhe liberdade provisória, com ténues vínculos. Para superar esta lógica maniqueísta, de tudo ou nada, foram previstas medidas alternativas à prisão, que poderão ser aplicadas quando forem suficientes para neutralizar o *periculum in mora*, ou seja, o risco à ordem pública, à conveniência da instrução criminal e o risco de fuga (art. 282, inc. I). Assim, evita-se a decretação da prisão preventiva, que fica resguardada realmente como *ultima ratio*. Sem a existência destas outras medidas cautelares alternativas seria praticamente inviável estabelecer a excepcionalidade da prisão preventiva – um dos maiores objetivos da reforma introduzida pela Lei 12.403/2011.

Estas medidas estão disciplinadas no Capítulo V, intitulado “Das outras medidas cautelares” e estipuladas especialmente no art. 319 do CPP, que estabelece as medidas cautelares diversas da prisão.

Dentre estas medidas introduzidas pelo legislador, valendo-se da classificação de Carnelutti, há medidas pessoais coercitivas (quando impõem uma sujeição), obrigatórias (quando impõem obrigações) e interditivas (quando privam de algum poder).² Há, no rol do art. 319, medidas que se incluem nestas três espécies, como veremos. Segundo Carnelutti, nas medidas coercitivas a pessoa está sujeita a uma *potestad*, à qual corresponde uma sujeição. A diferença entre a sujeição e a obrigação é que aquela exclui a possibilidade de eleição. Assim, trata-se de medida coercitiva a internação provisória, em que não há possibilidade de eleição (art. 319, inc. VII). Nas medidas obrigatórias, o agente pode escolher entre cumprir ou não a medida, como ocorre na proibição de manter contato com determinada pessoa (art. 319, inc. III) ou a proibição de frequentar determinado lugar (art. 319, inc. II). Por fim, as medidas interditivas

¹ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, p. 53.

² Francesco Carnelutti, *El Proceso Penal*, p. 47/53. Na Colômbia, fala-se em medidas coercitivas e interditivas (Fabio Espitia Garzón, *Instituciones de Derecho Procesal Penal: sistema acusatório*, p. 317).

são as que privam o agente de um poder, como na suspensão do exercício de função pública ou de atividade privada (art. 319, inc. VI).

2. NATUREZA DE MEDIDA CAUTELAR – PERICULUM LIBERTATIS. FINALIDADES DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. FUMUS COMISSI DELICTI

Todas as medidas previstas no art. 319 possuem natureza cautelar, conforme consta no próprio *caput* do referido dispositivo, ao afirmar que são medidas *cautelares* diversas da prisão. Neste mesmo sentido é o disposto no art. 282, *caput*. Desta forma, deverão também preencher os requisitos do *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*, concomitantemente.

Todas as medidas alternativas à prisão – desde as mais graves até as mais tênues – terão de ser decretadas buscando a neutralização dos riscos indicados no art. 282, inc. I, do CPP, quais sejam: perigo para aplicação da lei penal (ou seja, risco de fuga), para a investigação ou a instrução criminal (em síntese, garantia da prova) e para evitar a prática de infrações penais. Sem a busca de tais finalidades, a decretação de qualquer medida cautelar é ilegal e contrariará o princípio da presunção de inocência. Isto é bastante claro no art. 282, inc. I, ao asseverar que as referidas finalidades gerais se aplicam a todas as medidas cautelares pessoais. O intuito destas, como já visto, é neutralizar o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*. Como todas as medidas previstas no art. 319 são cautelares, terão, sem exceção, de ser decretadas tendo em mira a neutralização dos riscos indicados no art. 282, inc. I, do CPP. Porém, em algumas situações, a medida não possuirá aptidão, em razão de sua natureza, para atingir todas as finalidades do art. 282, inc. I. Assim, a proibição de ausentar-se da comarca não é apta, em princípio, a evitar a prática de novas infrações penais ou de impedir riscos à investigação (embora o legislador tenha indicado esta finalidade), salvo situações particulares muito específicas. Caberá ao magistrado verificar qual é a medida alternativa à prisão mais adequada para o caso concreto, sobretudo para neutralizar o particular risco existente naqueles autos. O legislador poderá orientá-lo, mas a decisão final sempre caberá ao juiz, nos termos do art. 282, § 2º, primeira parte.

Nada obstante o art. 282, inc. I, já tenha estabelecido, dentre a parte principiológica das medidas cautelares, quais suas as finalidades – indicando claramente qual o *periculum in mora* que será neutralizado –, nos incisos do art. 319, por vezes, o legislador afirma que a medida servirá apenas para esta ou aquela finalidade, sem que se trate de restrição relativa à natureza da medida. Assim, por exemplo, afirma que a medida cautelar de suspensão de função pública deve ser aplicada “quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”. Poderia parecer, em uma primeira leitura, que a referida medida somente buscaria esse objetivo (evitar práticas delitivas). Porém, parece-nos que essa impressão não se confirma e a medida também poderá ser decretada para outras finalidades cautelares, desde que abrangidas pelo art. 282, inc. I, do CPP. O que o art. 319

busca, ao estabelecer a finalidade da medida, é apenas orientar o magistrado na indicação da adequação da medida alternativa e, também, na aptidão dela para tal ou qual objetivo. Em outras palavras, busca ser uma orientação ao magistrado, auxiliando-o na escolha de qual das medidas indicadas no art. 319 será apta a neutralizar o risco. Porém, não é uma restrição à possibilidade de o magistrado decretar a medida cautelar com o objetivo de neutralizar outros riscos, desde que restritos àqueles indicados no art. 282, inc. I. Assim, no exemplo acima citado, a medida de suspensão de função pública realmente pode ser utilizada para evitar práticas delitivas, como indica o legislador, quando, por exemplo, se trate de servidor corrupto que, se mantido no cargo, continuará praticando crimes. Porém, muitas vezes o afastamento do cargo poderá ser determinado para que o acusado não se utilize de seu cargo para destruir provas, pressionar testemunhas,³ intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qualquer forma ou prejudicar a instrução. Assim, nada obstante o art. 319 mencione apenas a utilização da suspensão de função pública para evitar a prática de novas infrações, sem dúvida o agente poderá ser suspenso também para garantia da investigação ou instrução criminal. Isto está autorizado pela norma principiológica do art. 282, inc. I, que já traz, dentre os princípios reitores e os dispositivos fundamentais das medidas cautelares, as finalidades de todas as medidas cautelares pessoais e a necessidade de cada uma delas. Ademais, o art. 282, inc. II, também autoriza que o magistrado utilize a medida mais adequada à situação concreta. Deve o magistrado, portanto, aplicar as medidas indicadas no rol do art. 319 de acordo com a situação concreta. Por fim, esta interpretação estará mantendo a prisão preventiva como medida extrema, evitando a sua decretação sempre que houver uma medida menos gravosa que seja apta a atingir o fim determinado (mesmo que a finalidade não esteja expressa no art. 319). Em outras palavras, os subprincípios da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) indicam que as medidas do art. 319 podem ser aplicadas para atingir quaisquer das finalidades indicadas no art. 282, inc. I, desde que sua natureza o permita.

Em síntese, portanto, quando o art. 319 fizer alguma restrição quanto à finalidade da medida cautelar, esta será meramente aparente. Em verdade, significa apenas uma tentativa de auxiliar o magistrado na escolha da medida adequada. Mas isto, em hipótese alguma, impossibilitará o juiz de realizar a escolha da medida adequada ao caso concreto, mesmo que na persecução de outros objetivos cautelares.

Ademais, embora não esteja expresso, para decretação de qualquer medida do art. 319 também deve haver prova de materialidade e indícios de autoria, a preencher o requisito do *fumus comissi delicti*, pois este é requisito essencial de toda e qualquer medida cautelar, como bem lembra Luiz Guilherme Moreira Porto.⁴

³ Estamos tratando de hipótese em que não houve crime por parte do agente. Isto porque, se houver prática de crime (como o crime de ameaça à testemunha), o dispositivo legal expressamente englobaria a aplicação da medida cautelar (evitar prática de crimes).

⁴ *Projeto de Lei 4.208/2001: da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória*, p. 73.

3. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO

Sempre que possível, conforme determinado no art. 282, § 3º, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária para que se manifeste sobre o pedido, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. Em regra, o contraditório deverá ser observado previamente à decretação da medida, salvo situações excepcionais e de risco devidamente justificadas (caso de urgência ou perigo de ineficácia da medida). Nestas hipóteses, o contraditório será diferido para momento posterior. Por fim, o art. 282, § 3º, deve ser observado mesmo que a medida seja decretada de ofício (o que somente é possível na fase judicial). Sobre o tema, remetemos o leitor ao quanto dito no capítulo 1, item 5.7.

Porém, não apenas no momento da decretação da medida deve ser observado o contraditório. Embora não previsto expressamente, também na hipótese do art. 282, § 4º, urge a sua observância. Assim, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz deverá ouvir a parte interessada antes de substituir a medida, impor outra em cumulação, ou decretar a prisão preventiva. O contraditório é essencial, até mesmo para permitir que o investigado ou acusado possa apresentar justificativa para eventual descumprimento. De qualquer sorte, se houver urgência ou perigo de ineficácia da medida, o contraditório será diferido e postergado para momento posterior.

4. ÂMBITO DE APLICAÇÃO. GRAVIDADE DAS MEDIDAS

O art. 319 não estabeleceu o âmbito de aplicação de cada uma das medidas cautelares e também não fixou, ao contrário do legislador português, uma escala de gravidade entre as medidas alternativas à prisão. O critério para fixar qualquer das medidas será observado pelo magistrado, em face das circunstâncias do caso concreto e à luz do princípio da adequação (art. 282 do CPP). Ou, como diz o legislador italiano, o juiz deve verificar a específica idoneidade da medida em razão da natureza e do grau de exigência cautelar a satisfazer no caso concreto (art. 275.1).

O legislador tampouco estabeleceu requisitos mínimos – como pena, por exemplo – para aplicação das referidas medidas. Assim, em princípio, somente há a restrição prevista no art. 283, § 1º (“As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”). Apenas para a medida de internação provisória (art. 319, inc. VII) é que estabeleceu a necessidade de a infração ser cometida com violência ou grave ameaça à pessoa.

Embora o legislador não tenha estabelecido claramente um nível de gravidade entre as medidas, há inegável diversidade de vínculos entre elas. Assim, basicamente, há uma relativa ordem crescente de gravidade entre os incisos

do art. 319. Em uma ordem progressiva de intensidade dos vínculos, poderia se estabelecer a seguinte gradação: (a) comparecimento periódico em juízo, (b) proibição de acesso a determinados lugares, (c) proibição de contatos; (d) proibição de ausentar-se da comarca; (e) proibição de ausentar-se do País; (f) recolhimento domiciliar noturno; (g) suspensão do exercício de funções; (h) fiança; (i) monitoração eletrônica; e (j) internação provisória do acusado.⁵

Esta ordem crescente de gravidade poderá ser um critério a orientar o magistrado, embora existam diversos outros que somente à luz do caso concreto é que serão passíveis de serem analisados. Ademais, lembre-se que as medidas alternativas poderão ser fixadas isolada ou cumulativamente, o que permite potencializar o número de medidas possíveis de serem tomadas no caso concreto.

Em síntese, portanto, embora as medidas possuam diferentes vínculos de gravidade, somente o caso concreto é que permitirá ao magistrado estabelecer a medida mais adequada para a situação de risco enfrentada.

5. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO EM ESPÉCIE

Neste passo, analisaremos cada uma das medidas alternativas à prisão. No exame de cada medida serão indicadas quais as finalidades cautelares que poderão buscar.

5.1. Comparecimento periódico em juízo

Segundo o art. 319, inc. I, o magistrado poderá determinar o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas, para informar e justificar atividades. É a medida menos gravosa do rol das medidas indicadas no art. 319. Busca-se, com esta medida, que o réu compareça pessoalmente ao juízo para informar e justificar suas atividades, no tempo e modo fixado pelo magistrado. A finalidade desta medida é vincular o réu ao juízo, especialmente quando há algum risco de que possa vir a fugir ou ausentar-se por longo período de tempo, sem conhecimento de seu paradeiro, com prejuízos para a aplicação futura da lei penal. Por exemplo, é bastante comum que pessoas flagradas extraindo diamantes de rios, sem autorização (art. 55 da Lei 9.605/1998), não

⁵ Em sentido semelhante, a professora Ada Pellegrini afirma que as medidas seriam estabelecidas na seguinte ordem progressiva de intensidade: (a) comparecimento periódico em juízo; (b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; (c) proibição de manter contato com pessoa determinada; (d) proibição de ausentar-se do País; (e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; (f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira; (g) internação provisória; e (h) fiança (Ada Pellegrini Grinover. *A Reforma do Processo Penal – II*). Porém, segundo nos parece, a fiança é menos gravosa que a internação provisória, pois essa significa total privação da liberdade.

em mais encontradas após a lavratura do termo circunstanciado. E não porque são deliberadamente, mas sim porque não possuem endereço fixo e mudam de residência à procura de trabalho. Para situações como esta, a medida de comparecimento periódico em juízo poderia ser, conjugada ou não com outra, adequada. Esta medida, portanto, é pertinente para situações em que o réu não possui vínculos com o local e há risco de não ser encontrado posteriormente. O raciocínio se reforça porque, hoje, se o réu não for encontrado para citação e citado por edital e não comparecer para se defender e nem constituir advogado, o processo ficará suspenso e poderá ocorrer a prescrição, segundo entendimento do STJ.⁶ Veja que a medida não é uma pena, mas apenas uma forma de o magistrado controlar e fiscalizar a atuação do réu durante o processo. Deve ter finalidade cautelar, portanto. Se houver a aplicação desta medida, o réu comparecerá perante a Secretaria do Juízo onde informará onde está residindo e qual atividade está exercendo, se estiver empregado. Claro está que esta medida pode ser imposta mesmo para aqueles que não possuam emprego sob pena de discriminar parcela numerosa da população, sem qualquer justificativa razoável. O que importa é menos qual a atividade justificada e mais o estabelecimento de vínculos com o juízo. Por sua vez, a periodicidade do comparecimento será determinada pelo magistrado à luz do caso concreto, em acordo com o princípio da adequação. A maior ou menor frequência com a qual deverá se apresentar ao órgão jurisdicional será estabelecida à luz e na direção da necessidade de manter o juízo informado com certa frequência do endereço daquele que se encontra em liberdade provisória.⁷ Poderá ser semanal, mensal ou em períodos maiores que um mês. Ademais, nada impede que, em casos particulares e devidamente justificados, o comparecimento seja até diário, desde que haja fundamentação convincente para tanto, indicando a necessidade da medida. De qualquer sorte, o comparecimento deve ser pessoal, pois não admitido em qualquer forma de cumprimento diversa (por procuração, por representante da família, por meio de advogado etc.), uma vez que a medida tem por destinatária a pessoa do réu.

⁶ Nesse sentido, o teor da Súmula 415 do STJ: “O período de suspensão do prazo prescricional regulado pelo máximo da pena cominada.” (Terceira Seção, julgado em 9.12.2009, *DJe* de 12.12.2009), aplicável, embora não expresso no enunciado da súmula, ao art. 366 do CPP. Esse entendimento, porém, contraria entendimento do Plenário do STF, na Ext. 1.042/Governo de Pernambuco (j. 19.12.2006), e da 1ª Turma do STF, no RE 460.971/RS (j. 13.2.2007), quando se decidiu que o processo e o prazo prescricional podem ficar suspensos indefinidamente, na hipótese do art. 366 do CPP. Parece-nos que o STJ se equivocou ao sumular a questão, pois o pressuposto da interpretação dada por este Tribunal é de que as hipóteses de imprescritibilidade estariam expressas exclusivamente no texto constitucional, não podendo o legislador ampliá-las. Esta questão já foi decidida pelo próprio STF, guardião e intérprete máximo do texto constitucional, que afirmou que não há qualquer exclusividade do texto constitucional em fixar as hipóteses de imprescritibilidade, sendo o legislador ordinário fazê-lo. Não bastasse, sequer se trata propriamente de situação de imprescritibilidade, mas apenas de suspensão da prescrição enquanto o réu não for encontrado. Sendo assim, entendemos que o STJ sumulou questão que contraria entendimento constitucional e deve ser pelo próprio intérprete máximo da CF.

⁷ Barona Vilar Ob. cit., p. 520.

Se o réu reside em outra comarca ou subseção, parece-nos que caberá ao magistrado decidir se o mais adequado é que o réu compareça no próprio juízo onde tramita o processo ou se, pelo contrário, melhor que o acompanhamento da medida seja feito no juízo onde o réu reside, expedindo-se, para tanto, carta precatória. As duas hipóteses são possíveis, a critério do magistrado. Nem se alegue que o réu tem direito de comparecer sempre perante o juízo de seu domicílio. Quem tem direito a ser ouvido no juízo em que reside é apenas a testemunha, nos termos do art. 222 do CPP,⁸ uma vez que está colaborando com a justiça e não lhe poderia ser imposto deslocar-se a outro juízo, especialmente porque seus gastos não seriam cobertos pelo Poder Judiciário. Ao contrário, o réu não tem tal prerrogativa e é o magistrado quem decidirá, fundamentadamente, em qual juízo deve ser cumprida a medida, de acordo com o princípio da adequação. De qualquer sorte, deve o magistrado considerar, na escolha das medidas, a condição pessoal do réu, inclusive de fortuna. Se o réu for pobre, será melhor, em princípio, deprecar o cumprimento da medida cautelar para o juízo de sua residência. No caso de expedição de carta precatória, se houver o descumprimento injustificado da medida, deve o juízo deprecado comunicar imediatamente o juízo deprecante, para a tomada da medida que entender cabível, inclusive, se for o caso, a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 282, § 4º. Caso se trate de réu com condições econômicas, poderá o juiz fixar o comparecimento no próprio juízo em que tramita o processo, até mesmo para facilitar a fiscalização e a verificação do cumprimento da medida, à luz da finalidade cautelar perseguida.

5.2. Comparecimento a todos os atos processuais

O art. 319 não prevê expressamente o comparecimento do acusado aos atos processuais como medida cautelar alternativa à prisão. Porém, parece-nos que esta medida cautelar está estabelecida no sistema, ao menos implicitamente. Veja que o ônus de comparecimento aos atos do processo é aplicável nas hipóteses do art. 310, parágrafo único, ou seja, quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incs. I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Embora não esteja expresso, a liberdade provisória do art. 310, parágrafo único, é uma hipótese de liberdade provisória com aplicação de medida cautelar, qual seja, o comparecimento aos atos processuais, quando necessário. Em outras palavras, quando o juiz verificar que o réu agiu sob o manto de uma causa excludente de antijuridicidade, poderá aplicar a liberdade provisória sem fiança, estabelecendo a obrigação de comparecimento do réu a todos os atos processuais, sob pena de revogação. Ora, se o juiz pode impor

⁸ “Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.”

esta medida para situações em que o réu provavelmente será absolvido – como no caso de legítima defesa ou estado de necessidade – com muito maior razão poderá impor o comparecimento do réu aos atos processuais para as demais situações, isolada ou cumulativamente, desde que a medida se mostre adequada ao caso concreto. Não bastasse, a medida de comparecimento aos atos do processo pode ser entendida como uma espécie de comparecimento periódico em juízo. Embora o magistrado, em geral, fixe o comparecimento periódico valendo-se de um lapso temporal (todo mês, por exemplo), nada impede a periodicidade seja a da realização de atos processuais em juízo. Em outras palavras, parece-nos que a medida cautelar de comparecimento aos atos processuais poderá ser aplicada pelo magistrado, para outras situações que não apenas as do art. 310, parágrafo único, isolada ou cumulativamente com as demais medidas do art. 319. Assim, embora não explícito no art. 319, há uma medida cautelar que é o comparecimento a todos os atos do processo, como medida cautelar que deflui da combinação do art. 319, inc. I, com o art. 310, parágrafo único.

Portanto, o juiz poderá entender que não é necessário o comparecimento mensal e periódico do acusado, mas apenas o comparecimento a todos os atos do processo, caso intimado. Porém, deve o magistrado considerar que a referida medida possui ténues vínculos e deve ser resguardada para situações em que a gravidade do risco de liberdade seja bem leve, ou seja, quando a medida de comparecimento periódico (art. 319, inc. I) seja considerada excessiva para o caso. Assim, por exemplo, esta medida poderá ser imposta quando a presença do acusado na audiência seja imprescindível, como, por exemplo, se for necessário eventual reconhecimento pessoal do acusado.⁹ De qualquer sorte, nada impede que o magistrado imponha a referida medida cumulativamente com outras indicadas no art. 319, nos termos do art. 282, § 1º.

5.3. Proibição de acesso ou de frequência a determinados lugares. Possibilidade de afastamento do lar

O art. 319, inc. II, estabelece 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”. Veja que o dispositivo fala em proibição de acesso e proibição de frequência. Na proibição de acesso, a vedação é de adentrar em determinado lugar sequer por uma única vez. Na proibição de frequência, veda-se a repetição de acessos, ou seja, a contumaz visita a determinado local. Esta medida pode ser estabelecida tanto para locais públicos (praças públicas, estádios de

⁹ Nem se alegue que o réu não estaria obrigado a comparecer ao reconhecimento em juízo em razão de suposto direito que veda a autoincriminação. Como já visto, o conteúdo deste direito não impede que o magistrado possa determinar a condução coercitiva e até mesmo a prisão para fins de reconhecimento, nos termos do entendimento do STJ e do STF. No STJ, ver REsp 346.677/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 10.9.2002, DJ de 30.9.2002, p. 297.

futebol, determinados locais conhecidos como pontos de venda de drogas ou até mesmo regiões, como a *Cracolândia* – região do centro de São Paulo conhecida pelo consumo e venda de drogas – etc.) ou privados (bares, casas noturnas, prostíbulos, residências de comparsas etc.). A finalidade é que o réu permaneça distante desses locais para evitar o risco de cometer novas infrações. O foco aqui é afastar o réu de determinado local, que possa ser visto como fator estimulador de práticas delitivas. Em outras palavras, busca-se evitar a ocasião delitiva que determinados lugares propiciam, como deixa clara a parte final do dispositivo (“deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações”). Destaque-se que é possível ao magistrado impor como zona de exclusão (local onde o réu não poderá acessar ou frequentar) áreas mais amplas, como região de determinada escola, de um parque ou, até mesmo, de um bairro. Para tanto, porém, deverá ser local determinado e individualizado (pois o dispositivo fala em “determinados lugares”) e desde que haja justificativa concreta para a maior amplitude. Porém, deve o magistrado considerar que tal restrição poderá significar, a depender da situação concreta e de sua amplitude, verdadeira impossibilidade de o réu se locomover na cidade.

De qualquer sorte, também nada impede que o magistrado imponha esta medida como forma de evitar pressões sobre testemunhas e, também, para acautelar outras provas, a depender da situação concreta.

Segundo nos parece, está incluído na referida medida, implicitamente, a possibilidade de afastamento do lar, já prevista na Lei 9.099/1995 (art. 69, parágrafo único) e também na Lei Maria da Penha (art. 22, inc. II, da Lei 11.340/2006). A proibição de acesso ou frequência pode ser em relação à residência do próprio acusado, quando a vítima lá residir, em relação de coabitação. Mesmo, portanto, que não se trate de situações abrangidas pela Lei Maria da Penha é possível que o magistrado imponha o afastamento do lar, do domicílio ou do lugar de convivência com a vítima, com fundamento no art. 319, inc. II.

Por fim, a medida do afastamento somente pode ser imposta a quem for investigado pela prática de um delito, não podendo atingir terceiro que não seja réu, investigado ou que não tenha a potencialidade de vir a sê-lo.¹⁰ Assim, não pode impor aos familiares do réu a medida de proibição de frequentar determinado lugar, a não ser que haja elementos concretos que indiquem a

¹⁰ Neste sentido, já decidiu o STJ: “Violência doméstica (caso). Afastamento do lar (filhos). Procedimento criminal (arquivamento). Direito de locomoção (restrição). Coação (ilegalidade). *Habeas corpus* (cabimento). 1. Porque não oferecida representação nem contra o paciente nem contra a sua irmã e porque não são ambos parte em processo criminal instaurado contra outro irmão – por sinal, arquivado na origem –, inadmissível, portanto, a aplicação de medida protetiva. 2. Não há como impor, sem a devida fundamentação, o afastamento do lar àqueles que não figuraram na relação litigiosa, implicando tal, no caso, restrição ao direito de locomoção e, por conseguinte, constrangimento ilegal.” (HC 108.437/DF, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 16.10.2008, *DJe* de 16.2.2009)

participação anterior criminosa de qualquer deles. Como dito, para a decretação da medida cautelar deve haver a fumaça da prática de um delito (*fumus comissi delicti*) pelo investigado. De qualquer sorte, se o investigado ou réu se valer de terceiros para descumprir a medida ou ameaçar a vítima, o magistrado poderá impor medidas mais gravosas em relação ao investigado, sem prejuízo de tomar as medidas cautelares necessárias em relação ao terceiro, agora como partícipe do delito.

5.4. Proibição de manter contato com pessoa determinada

Referida medida já estava prevista na Lei Maria da Penha (art. 22, inc. III, b, da Lei 11.340/2006) e agora é ampliada para outras situações. Está regulada no art. 319, inc. III, segundo o qual o juiz pode impor a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

A proibição de contatar é adequada para situações em que houve grave ameaça ou violência à pessoa (por exemplo, quando o réu agrediu algum vizinho). Neste caso, poderá o magistrado determinar a proibição ao réu de ter qualquer tipo de contato com a vítima, seja pessoalmente ou pelo telefone e, inclusive, por meios modernos de comunicação, tais como *msn*, *skype*, redes sociais etc. Em síntese, pode ser vedado qualquer tipo de contato, seja escrito, verbal ou visual e, inclusive, por qualquer meio.

Parece-nos que é possível ao magistrado fixar uma distância mínima (em metros ou quilômetros) que o investigado deve se manter da vítima ou de sua residência, distância essa que, se for ultrapassada, importará no descumprimento da medida cautelar, aplicando-se por analogia a Lei 11.340, em seu art. 22, inc. III, “a”.¹¹ Tal possibilidade será especialmente relevante quando houver cumulação com a vigilância eletrônica.

Claro que o contato que se busca evitar aqui é o voluntário, a procura por contato, pois, como lembra Pacelli, é possível haver contato involuntário, casual, sem se falar em descumprimento da medida.¹² O estabelecimento de uma distância mínima, em metros, permitirá dar maior segurança à vítima, pois, mesmo que o encontro seja casual, o agente estará limitado a não se aproximar além de determinada distância.

¹¹ Neste sentido, decidiu o STJ: “Conforme anotado no parecer ministerial, nos termos da do art. 22, III da Lei 11.340/06, conhecida por Lei Maria da Penha, poderá o Magistrado fixar, em metros, a distância a ser mantida pelo agressor da vítima – tal como efetivamente fez o Juiz processante da causa –, sendo, pois, desnecessário nominar quais os lugares a serem evitados, uma vez que, se assim fosse, lhe resultaria burlar essa proibição e assediar a vítima em locais que não constam da lista de lugares previamente identificados.” (STJ, RHC 23.654/AP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 3.2.2009, *DJe* de 2.3.2009)

¹² Eugênio Pacelli. *Atualização do Curso de Processo Penal*, p. 18.

No entanto, a presente medida cautelar é mais ampla do que o contato apenas com a vítima. O art. 319, inc. III, fala em contato com pessoa determinada. Assim, é possível que a vedação de contato seja com testemunha, para evitar qualquer risco de ameaça ou de constrangimento ou, ainda, do acusado com algum comparsa, por entender o magistrado que o contato entre elas pode ser estímulo para a prática delitiva.

Em síntese, embora o legislador não tenha feito menção à finalidade da medida, é possível sua imposição para evitar a prática de novas infrações penais e também em razão da necessidade da investigação ou da instrução criminal.

Por óbvio, não pode a proibição dizer respeito ao advogado do réu, sob pena de mácula à ampla defesa.

5.5. Proibição de ausentar-se da comarca ou do País

Segundo o art. 319, inc. IV, pode determinar o juiz a “proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”.

Embora não esteja expresso, a referida medida pode incluir a vedação à saída do País, pois quem sai do País, necessariamente deverá sair da comarca. A corroborar que o art. 319, inc. IV, inclui também proibição de ausência do País está o art. 320, que faz menção expressa a tal possibilidade. Ademais, a tramitação do projeto deixa bastante clara que a intenção era incluir a proibição de ausência tanto da comarca quanto do País.¹³ Vale destacar que, na Justiça Federal, não há comarca, mas subseção judiciária. Assim, pode o juiz federal determinar que não saia da subseção, que é o foro onde exerce a sua jurisdição.

Quanto à finalidade da medida, afirma o dispositivo que deve ser aplicada quando a permanência for “conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”. Pode até se pensar em uma hipótese em que a permanência na cidade é conveniente ou necessária para a investigação criminal, tal como ocorre se for imprescindível o reconhecimento pessoal do réu. Porém, isto é excepcional e a medida cautelar em análise possui âmbito propício e mais adequado de aplicação especialmente nas situações em que houver *perigo de fuga*, ou seja, quando houver risco para a aplicação da lei penal. O intuito mais próprio desta medida, portanto, será de evitar especialmente a fuga do

¹³ Isto porque o Projeto 4.208 previa, no art. 319, inc. IV, a ausência também do País. Na Câmara, porém, foi aprovado o projeto apenas com a expressão comarca. Depois, no substitutivo do Senado incluiu-se também País e comarca. Porém, a Câmara não aceitou a inclusão da expressão País, pois o Deputado João Campos, no parecer emitido na Comissão do Crime Organizado, afirmou: “despiciendo a inserção da expressão ‘ou do país’, haja vista que aquele que ausentar-se do país, obviamente ausentar-se-á da comarca”, oportunidade em que se excluiu a expressão “ou do País”.

réu do distrito da culpa. Tanto a redação originária do Projeto 4.208/2001 como a versão aprovada na Câmara previam claramente a dúlice finalidade da medida: “*para evitar fuga*, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução”. Porém, a redação aprovada ao final acabou sendo outra, prevendo apenas uma das finalidades. De qualquer sorte, não há dúvidas de que a medida poderá ser aplicada em caso de risco de fuga. Isto porque, analisando as razões que levaram à exclusão da finalidade de fuga,¹⁴ verifica-se que não há qualquer intenção de restringir o âmbito de aplicação da medida. Não bastasse, o art. 320 afirma que a proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar *as saídas* do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte. Resta claro, portanto, que o objetivo é impedir, com tal medida, que o acusado frustrasse a aplicação da lei penal. A medida poderá se mostrar especialmente adequada se o réu tiver dinheiro no exterior, possuir cidadania estrangeira, morar em países estrangeiros, possuir contatos no exterior etc.

Em síntese, é adequada a medida, portanto, quando houver risco de que o acusado possa se furta à aplicação da lei penal e também quando houver necessidade para a instrução (necessidade de reconhecimento pessoal, por exemplo).

De qualquer sorte, como já dito, sempre que o magistrado decretar a medida de proibição de ausentar-se do País deve comunicar as autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional e intimar o indiciado ou acusado para entregar o passaporte prazo de 24 horas, nos termos do art. 320 do CPP, conforme sua nova redação. Se o acusado não entregar o passaporte no referido prazo, a medida poderá ser revogada.

No período de aplicação da medida cautelar, é inequívoco que o réu tampouco poderá obter – ou sequer tentar obter – novo passaporte, sob pena de descumprir a medida.¹⁵ Pode o magistrado, inclusive, impor às autoridades responsáveis que não expeçam outro passaporte para o acusado ou investigado durante a vigência da medida.

Vale destacar, como já dito, que a medida pode ser aplicada isolada ou cumulativamente com outras medidas indicadas no art. 319, nos termos do art. 282, § 1º, especialmente o monitoramento eletrônico e o comparecimento periódico em juízo.

¹⁴ O Deputado João Campos assim se manifestou: “No inciso IV, foi substituída a expressão ‘para evitar fuga’ pela ‘ou do país’, providência que pretende dar maior abrangência à medida. Entendemos que apenas deveria ser suprimida a expressão ‘para evitar fuga’, por ser subjetiva e de enorme dificuldade probatória.”

¹⁵ Neste sentido é o disposto no art. 200, § 3º, do CPP português.

5.6. Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga

O art. 319, em seu inc. V, assevera que o magistrado poderá determinar o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos. Trata-se de medida cautelar que visa impor ao réu a permanência em sua residência durante os períodos indicados, seja demonstrando que não possui intenção de fugir ou, ainda, de praticar delitos nos referidos períodos.

Esta medida é menos grave do que a prisão domiciliar, pois a restrição à liberdade ambulatorial é limitada no tempo: apenas no período noturno (em geral, das 18 horas até as 6 horas da manhã) e nos dias de folga (finais de semana e feriados, em geral). O recolhimento noturno poderá ser adequado especialmente para aquelas situações em que a privação do trabalho traria ao réu ou a sua família prejuízos financeiros sensíveis. Vale destacar que não se pode, ao aplicar uma medida cautelar, privar o réu de qualquer forma de sustento, sob pena de se macular a própria dignidade da pessoa humana, estatuída como princípio fundamental de nossa Constituição (art. 1º, inc. III) e o próprio princípio da razoabilidade, também de estatura constitucional.

Justamente neste sentido, a medida em testilha é adequada para situações em que o réu possui residência e profissão fixas. Mas a expressão profissão deve ser abrandada. Também para as situações em que o réu estiver estudando a medida poderá ser adequada. Veja que a Lei 12.433/2011 alterou o art. 126 da Lei de Execução Penal, para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho, o que a jurisprudência já admitia, nos termos da Súmula 341 do STJ¹⁶ a indicar que o estudo, assim como o trabalho, deve ser estimulado pelo Poder Público. Se assim o é, também deve ser permitida a medida do art. 319, inc. V, se o investigado ou acusado estiver estudando.

Será possível a aplicação da medida quando o réu estiver desempregado e não estudar? O legislador condiciona o recolhimento domiciliar noturno à existência de residência e trabalho fixos. Em princípio, portanto, a medida seria inadequada, pois não haverá motivo para as saídas para trabalhar. A medida adequada poderia ser a prisão domiciliar alternativa, conforme veremos, ou outra medida cautelar. Mas, de qualquer sorte, se o agente está à procura de emprego ou, ainda, se o juiz entender que, à luz do caso concreto, é relevante que o agente se recolha ao domicílio no período noturno e finais de semana (para evitar o cometimento de furtos, por exemplo), mesmo sem ter trabalho, poderá conceder a medida. O princípio da adequação – que nada mais é do que desdobramento do princípio constitucional da proporcionalidade – permite ao magistrado fazê-lo.

¹⁶ “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.

Embora o art. 319, inc. V, imponha o recolhimento domiciliar no período noturno e nas folgas, nada impede que o magistrado conceda autorizações para saída para exercício de direitos ou em caso de necessidade (por exemplo, para comparecer a cultos religiosos, mesmo aos domingos ou, ainda, para velórios ou tratamento médico).

5.6.1. Fiscalização da medida. Monitoração eletrônica

O maior problema destas medidas alternativas à prisão será certamente a fiscalização da medida imposta. Como fiscalizar que o réu está realmente recolhendo-se ao domicílio nos períodos indicados? Quem irá verificar se o réu está ou não cumprindo as medidas? Nem se alegue que este problema prático não pode ser um impedimento à aplicação da medida, fundado em um suposto direito à aplicação da medida. Estamos tratando de medidas cautelares, nas quais a finalidade deve ser proteger o normal desenvolvimento do processo ou do provimento jurisdicional, bem como resguardar a sociedade contra novas infrações. Este caráter instrumental está claramente estabelecido no art. 282 do CPP, de acordo com a Lei 12.403/2011. Caso não haja a possibilidade de fiscalização, a medida não se torna adequada, *na prática*, para neutralizar os perigos indicados no art. 282, inc. I, do CPP. Se a medida cautelar não é adequada *na prática*, ao magistrado está vedada a sua decretação, pois do contrário estará estabelecendo uma medida totalmente inócua para proteger aqueles bens jurídicos. Em outras palavras, sem qualquer fiscalização, a medida é inadequada e, portanto, não pode ser decretada. Nem se alegue que se deve confiar no réu, pois se assim fosse, seria desnecessária toda e qualquer medida cautelar. Ademais, embora o réu tenha direito à restrição menos gravosa dentre as possíveis, de acordo com o princípio da necessidade, somente terá direito à medida menos gravosa *que seja apta a alcançar o fim proposto*. Quando estudamos o princípio da proporcionalidade, vimos que há uma ordem lógica a ser seguida e o juiz somente analisará o princípio da proporcionalidade-necessidade (medida menos gravosa dentre as possíveis) se a medida for adequada (ou seja, apta a alcançar o fim buscado). Em outras palavras, somente analisaremos a necessidade da medida – se há ou não outra menos gravosa – quando já superada a adequação da medida cautelar para atingir o objetivo indicado. O juízo da medida menos gravosa, portanto, deve ser apenas entre as medidas adequadas. Somente assim poderemos fazer o juízo comparativo e indicar, dentre estas, aquela que menos restringe os direitos do acusado (ver capítulo I, item 5.3.2)

Portanto, a questão da possibilidade ou não de fiscalização deve ser considerada pelo magistrado. É bem verdade que o juiz poderá determinar que o oficial de justiça ou a polícia compareça à residência, em horários e dias alternados, para verificá-lo. Porém, especialmente com a tendência de aumento das medidas cautelares alternativas, esta providência pode se tornar inviável, sobretudo nas grandes metrópoles. Assim, parece-nos que para que referida medida tenha fiscalização efetiva e, portanto, para que se possa considerá-la adequada, o magistrado deve compatibilizá-la, em regra, com a vigilância

eletrônica, se houver, ou, ainda, com a fiscalização periódica pelo oficial de justiça. Caso seja inviável qualquer fiscalização de tais medidas, o recolhimento domiciliar, em princípio, não deve ser aplicado pelo magistrado, a não ser em hipóteses bastante excepcionais, devidamente justificadas.

5.7. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira. Suspensão das atividades da empresa

O inc. VI do art. 319 assevera que é possível 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. Esta nova medida cautelar era já prevista como possível pena restritiva de direitos no art. 292 do Código de Trânsito brasileiro,¹⁷ assim como no Código Penal (art. 43). Em determinadas legislações especiais já havia a previsão da suspensão de determinadas atividades como medida cautelar, como ocorre na Lei de Drogas,¹⁸ no Decreto-lei 201/1967 (crime de responsabilidade dos Prefeitos),¹⁹ no art. 29 da Lei Complementar 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN)²⁰ e no Código de Trânsito brasileiro.²¹ Por sua vez, a jurisprudência também já aplicou tal medida como cautelar inominada em algumas situações, valendo-se do poder geral de cautela do magistrado, conforme visto no Capítulo I, item 5.8. Agora a lei expressamente previu a medida, inspirada no art. 293, nº 4, do CPP italiano e, ainda, no art. 199 do CPP português.

A medida de suspensão poderá recair sobre função pública e sobre atividade de natureza econômica ou financeira. Embora estes conceitos sejam amplos, trata-se de rol taxativo.

¹⁷ Veja o art. 292 da Lei 9.503, o Código de Trânsito brasileiro: “A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades.”

¹⁸ Art. 56, § 1º, da Lei 11.343 assevera: “Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.”

¹⁹ Art. 2º, inc. II: “Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos.”

²⁰ Art. 29: “Quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado, o Tribunal, ou seu órgão especial, poderá, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros, determinar o afastamento do cargo do magistrado denunciado.”

²¹ Veja o art. 294 da Lei 9.503: “Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção. Parágrafo único. Da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo.”

A medida cautelar em análise consiste na vedação temporária do exercício de determinada função pública ou, ainda, de atividade de natureza econômica ou financeira. O conceito de função pública deve ser buscado no Direito Administrativo e inclui toda atividade exercitada 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.²² Inclui, portanto, o exercício de cargo público, de emprego público, assim como de função pública, ainda que por delegação aos particulares. Dúvidas surgirão se a medida inclui também o exercício de múnus públicos, sobretudo o exercício do poder parental, da tutela e da curatela. Deve-se admitir a possibilidade de o magistrado suspendê-lo, como medida cautelar durante o processo, seja em razão de eventual ampliação do conceito de função pública ou, ainda, por aplicação do poder geral de cautela, evitando-se que o poder parental seja utilizado para a prática delitiva.²³

A finalidade da suspensão da função pública e da atividade de natureza econômica ou financeira é evitar, segundo o dispositivo legal, a sua utilização para a prática de infrações penais. Assim, busca-se, precipuamente, evitar que o agente se valha das facilidades desta função ou atividade para a prática de novas infrações. Como foi visto, a suspensão de função pública realmente poderá ser determinada para evitar novas práticas delitivas, como indica o legislador, quando, por exemplo, se trate de servidor corrupto que, se mantido no cargo, poderá continuar praticando crimes. De qualquer sorte, como já adiantamos, será possível também a referida suspensão quando necessária para a investigação ou instrução criminal. Assim, o afastamento do cargo poderá ser determinado para que o acusado não se utilize dele para destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qualquer forma ou prejudicar a instrução. Dessa forma, nada obstante o art. 319, inc. VI, mencione apenas a utilização da suspensão de função pública ou da atividade econômica para evitar a prática de novas infrações, sem dúvida o agente poderá ser suspenso para garantia da investigação ou instrução criminal. Isto está autorizado pela norma principiológica do art. 282, inc. I, que já traz, dentre os princípios reitores e os dispositivos fundamentais das medidas cautelares, as finalidades de todas as medidas cautelares pessoais. Ademais, o art. 282, inc. II, também autoriza que seja utilizada a medida mais adequada à situação concreta. Deve o

²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, p. 431. No mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 222.

²³ A medida está expressamente prevista no projeto de novo CPP (PLS 156), nos seguintes termos: “Art. 602. Se o crime for praticado contra a integridade física, bens ou interesses do filho menor, o juiz poderá suspender, total ou parcialmente, o exercício do poder familiar que compete aos pais, na hipótese em que o limite máximo da pena cominada seja superior a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Não é cabível a aplicação da medida cautelar prevista no *caput* deste artigo se o juízo cível apreciar pedido de suspensão ou extinção do poder familiar formulado com antecedência e baseado nos mesmos fatos”.

magistrado, portanto, aplicar as medidas indicadas no rol do art. 319 de acordo com a situação concreta e à luz do princípio da adequação.

De qualquer sorte, indubitável que a medida não pode ser aplicada automaticamente, em hipótese alguma. Somente deve ser determinada pelo magistrado se houver elementos concretos de que a continuidade do exercício da função pública ou da atividade econômica ou financeira poderá colocar em risco os bens jurídicos indicados no art. 282, inc. I. Não basta, como já se afirmou inúmeras vezes, meras alegações ou conjecturas. Urge a existência de prova concreta de que a continuidade no exercício da função ou atividade será prejudicial para a persecução penal ou para a sociedade, nos termos do art. 282, inc. I.²⁴

Importa saber se há algum agente público imune a esta suspensão do exercício de função pública, ou seja, se há alguma restrição subjetiva a tal medida cautelar. Em princípio, a suspensão do exercício de função pública é aplicável a todo e qualquer agente público. Porém, há uma exceção. Parece-nos inviável a suspensão de atividades daqueles que possuem imunidade absoluta à prisão preventiva. Assim, se o Presidente da República não pode ser preso em nenhuma hipótese, também não pode ser suspenso de suas atividades. O mesmo se diga para o diplomata. Porém, para todos aqueles que podem ser presos, é possível a suspensão das atividades. Mesmo que exista imunidade relativa à prisão, não há impedimento para as medidas alternativas. Inclui, portanto, os senadores, deputados federais, vereadores, promotores, juízes etc. Nem se alegue que o regime especial de agentes políticos impediria a suspensão das atividades. Embora os deputados e senadores possuam um estatuto constitucional para protegê-los no exercício de suas atividades, isto não é impedimento para que o Poder Judiciário suspenda-o de suas atividades. Realmente, ninguém duvida que é possível a decretação da prisão preventiva para tais parlamentares. Se o parlamentar pode ser preso cautelarmente e se a providência de suspensão da função pública é uma medida justamente alternativa à prisão – que é menos gravosa e pode evitar que venha a ser preso – pode a medida cautelar em análise também ser aplicada aos parlamentares, sempre que for suficiente para proteção do bem jurídico. Em outras palavras, se é possível a medida mais gravosa (prisão preventiva), não há restrição para aplicação de medidas menos graves (suspensão da função pública). O que não se pode é decretar a perda do cargo do Deputado ou Senador, pois isto depende de um procedimento constitucionalmente previsto.²⁵ Mas a suspensão cautelar das atividades é plenamente possível, desde que determinada, como é óbvio, pelo juiz natural.

²⁴ Neste sentido, decidiu o STJ, afirmando que não basta a alegação de poder de influência do prefeito, sendo imprescindível a demonstração de “sua necessidade, em face de eventuais fatos concretos de perturbação da marcha processual, ou outros que lhe sirvam de adequado fundamento” (REsp 1.123.045/AC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 22.3.2011, *DJe* de 4.4.2011).

²⁵ A perda do mandato de Deputado e Senador está regulada nos artigos 55 e 56 da Constituição Federal.

Por fim, embora não previsto expressamente, o juiz pode decretar medida menos gravosa que a suspensão da função pública, qual seja, o afastamento das atividades específicas então desempenhadas pelo agente público, se entender que é medida suficiente e adequada.²⁶ Assim, pode o juiz determinar a retirada do servidor de determinado setor, para que atue apenas em outro, se entender que isto será suficiente e adequado para impedir a continuidade das práticas delitivas.

A lei não previu a suspensão apenas daquele que desempenha função pública, mas também de quem exerce atividade de natureza econômica ou financeira, quando estiver sendo utilizada para a prática de crimes. Atividade de natureza econômica é toda e qualquer atividade desenvolvida no âmbito da economia, formal ou informal, seja na produção de riquezas, na compra, venda ou intermediação de bens e mercadorias ou, ainda, na prestação de serviços. Assim, o conceito é bastante amplo e engloba o exercício de qualquer emprego ou atividade privada. Por exemplo, é possível que o juiz determine a suspensão da função de um médico que utiliza sua profissão para a prática de delitos contra seus pacientes; do professor que aproveita da proximidade de seus alunos para cooptá-los para atos de pedofilia etc. Se o criminoso é uma pessoa jurídica, e pratica crimes ambientais, nos termos do art. 3º da Lei 9.605/1998 (que estabelece os requisitos para a responsabilização da pessoa jurídica criminosa), é possível também determinar a suspensão de suas atividades, nos termos do art. 319, inc. VI, evitando-se que continue a poluir o meio ambiente constantemente.

O magistrado também pode, com base na autorização do art. 319, inc. VI, vedar que o empresário continue na condução e direção de uma empresa, suspendendo-o do exercício da atividade empresarial e impedindo-o de se valer da empresa para práticas delitivas, como a lavagem de dinheiro,²⁷ a sonegação fiscal etc. Neste caso, a suspensão não recai sobre as atividades do próprio acusado, mas sim de determinada empresa, utilizada pelo réu como instrumento para a prática delitiva. Assim, por exemplo, poderá o magistrado determinar a suspensão de atividade de clínicas de aborto ou de clínicas que, em contrariedade aos ditames da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, vendam órgãos de seres humanos. Pode, também, determinar a suspensão das atividades levadas a cabo por *site* que veicula cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes.²⁸ Ademais, imagine-se uma empresa que supostamente atuaria no ramo de exportação de frutas, mas que, em verdade, é utilizada apenas e tão somente para ocultar a prática do delito de tráfico de drogas ou de lavagem de dinheiro. Em síntese, entendemos que é possível não apenas o afastamento

²⁶ A medida está prevista no art. 593, § 2º, do projeto de CPP (PLS 156).

²⁷ A lavagem de dinheiro é a atividade de tentar ocultar a origem ilícita de bens provenientes de um dos crimes indicados no art. 1º da Lei 9.613/1998. Diversas tipologias bastante comuns de lavagem de dinheiro envolvem empresas, tais como a empresa de fachada, a mistura entre valores lícitos e ilícitos etc. Para uma análise das tipologias envolvendo lavagem, veja o imprescindível trabalho de Deltan Martinazzo Dallagnol. "Tipologias da Lavagem". In: Carla Veríssimo De Carli (org). *Lavagem de Dinheiro. Prevenção e Controle Social*, p. 289 e ss.

²⁸ Rogério Pacheco Alves. *O Poder Geral de Cautela no Processo Penal*, p. 8.

Nas condições, pois
medida judicial de suspensão de atividades
criminalmente relevante
ou crime de natureza
cuja prática tolato

do réu das atividades da empresa, mas também a suspensão temporária de atividades de uma empresa utilizada como instrumento para a prática criminosa pelo acusado, desde que justificada a medida na necessidade de prevenir novas atividades delitivas ou os seus efeitos.

Porém, a suspensão da atividade da empresa, embora possível, deve ser reservada para situações temporárias e excepcionais, caso se verifique o total desvirtuamento de seus fins para objetivos totalmente ilícitos. Como lembra Víctor Moreno Catena, a medida de suspensão de atividades da empresa terá repercussão transcendental na marcha da entidade, pois suas consequências podem alcançar terceiros, como trabalhadores e sócios, de sorte que o juiz deve ter bastante cuidado ao decretá-la.²⁹ Deve ser, portanto, medida excepcional. Nada obstante, é passível de ser decretada, especialmente quando se verificar que o afastamento do réu de sua direção é medida insuficiente ou inadequada. De qualquer sorte, embora não haja previsão expressa, é conveniente, à luz do contraditório, que o juiz, antes de decretar tal medida, dê oportunidade para que os demais sócios se manifestem, assim como aos empregados ou eventuais credores, a depender da situação concreta.³⁰

Por sua vez, pode o magistrado determinar, também, a suspensão de atividade financeira do agente. Valendo-se do quanto disposto no art. 1º da Lei 7.492/1986, esta atividade pode ser definida como a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros ou, ainda, a sua custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Inclui-se no conceito de atividade financeira, ainda, a atividade de captação ou administração de seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros (art. 1º, parágrafo único, inc. I, da Lei 7.492/1986).

A suspensão da atividade financeira do agente diz respeito, sobretudo, com os delitos que envolvam violações ao sistema financeiro, notadamente aqueles tipificados na Lei 7.492/1986, que trata dos crimes contra o sistema financeiro, e os crimes contra o mercado de capitais, previstos nos arts. 27-C, 27-D, 27-E da Lei 6.385/1976 (incluídos pela Lei 10.303/2001). Por exemplo, pode o juiz impedir que empresário continue gerindo instituição financeira ou consórcio, caso venha se utilizando destas instituições financeiras para a prática de crimes ou, ainda, porque está gerindo-a fraudulentamente.

Como operacionalizar a medida de suspensão de atividades? Se for funcionário público, a suspensão deverá ser comunicada ao órgão público onde exerce

²⁹ *Derecho Procesal Penal*, p. 306.

³⁰ A medida de suspensão das atividades da pessoa jurídica está prevista no Projeto de novo CPP (PLS 156), nos seguintes termos: “Art. 594. Faculta-se ao juiz suspender, total ou parcialmente, as atividades de pessoa jurídica sistematicamente utilizada por seus sócios ou administradores para a prática de crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica, as relações de consumo ou que atinjam um número expressivo de vítimas. § 1º Antes de decidir, o juiz levará em conta, igualmente, o interesse dos empregados e de eventuais credores e o princípio da função social da empresa, bem como a manifestação do órgão público regulador, se houver. § 2º A pessoa jurídica poderá agravar da decisão, nos termos dos arts. 469 e seguintes”.

atividades. Caso se trate de profissão ou atividade que dependa de autorização, o magistrado comunicará ao respectivo órgão profissional regulador (CREA, OAB, Conselho Federal de Medicina etc.), vedando o exercício temporário da atividade. Se não houver órgão profissional regulador, então a decisão do magistrado será mandamental. Havendo descumprimento da ordem de suspensão das atividades, será possível a apuração do delito previsto no art. 359 do Código Penal, qual seja, desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito.³¹

Ao contrário do que já se afirmou, a medida de suspensão da função pública ou privada não se equipara à antecipação dos efeitos da sentença penal condenatória.³² Isto porque não se está antecipando um dos efeitos de eventual sentença penal condenatória, mas protegendo determinados bens jurídicos durante o processo, em razão de necessidade cautelar. Tanto assim que é possível a suspensão da atividade mesmo quando referida medida não for prevista como pena a ser aplicada ao final do processo. É medida cautelar, portanto, que não se confunde com eventual pena a ser imposta ao final do processo. O raciocínio deve ser o mesmo que decorre da comparação entre prisão processual e prisão-pena. Desde que a medida tenha caráter instrumental, para evitar um dos riscos aos bens jurídicos indicados no art. 282, inc. I, não há que confundir-la com a pena a ser aplicada ao final do processo. É bem verdade que a aplicação da referida medida sem a observância do seu caráter cautelar – ou seja, a necessidade de proteção de um dos bens jurídicos indicados no art. 282 – será ilegal e afrontará o princípio da presunção de inocência. Da mesma forma a aplicação automática desta medida, sem qualquer fundamentação concreta. No entanto, observado o caráter cautelar da medida e a sua necessidade no caso concreto, não há qualquer mácula em sua aplicação. Voltaremos ao tema para tratar especificamente da liberdade de iniciativa e da suspensão de atividades privadas (ver item 5.7.2, neste capítulo).

*Apelo de
precatório.
página.*

5.7.1. Suspensão das funções públicas e diminuição do pagamento dos vencimentos

Quando há a suspensão do exercício de função pública, deve-se questionar se é possível diminuir ou cessar o pagamento dos vencimentos do servidor, quando houver previsão na legislação respectiva.³³ Embora o STJ tenha decidi-

³¹ Art. 359. Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial: Pena – detenção, de três meses a dois anos, ou multa.”

³² “Antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, o afastamento do cargo de diretor de entidade esportiva configura verdadeira antecipação de pena e, portanto, violação dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal” (STJ, RMS 20.818/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 6.6.2006, DJ de 4.6.2007, p. 427).

³³ A Lei 8.112/1990 assevera, em seu art. 229, inc. I: “À família do servidor ativo é devido o auxílio-reclusão, nos seguintes valores: I – dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão.”

do pela possibilidade de diminuição dos valores quando o réu estiver preso,³⁴ o STF deliberou em sentido diametralmente oposto, ou seja, que em caso de prisão de funcionário público, a diminuição ou cessação do salário antes do trânsito em julgado violaria o princípio da presunção de inocência.³⁵ Assim, entendemos que o raciocínio do STF se aplicará no caso de suspensão das atividades do servidor público, sob o mesmo argumento de proteção ao princípio da presunção de inocência.

Porém, segundo nos parece, o STF não adotou a melhor posição. Não há qualquer inconstitucionalidade em normativas que diminuam o salário dos servidores presos ou com suas atividades suspensas. Realmente, o servidor não estará trabalhando no período de sua prisão/suspensão de suas atividades e não pode ser beneficiado pela prática delitiva. Como afirmou a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no REsp 413.398 acima citado, “trata-se de

³⁴ “RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. REDUÇÃO EM UM TERÇO DE SEU SUBSÍDIO. ART. 64 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 04/90. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A previsão do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Mato Grosso segundo a qual, em havendo a prisão preventiva de um servidor, sua remuneração deve ser reduzida em um terço, não ofende os princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da não-culpabilidade. Com efeito, trata-se de redução temporária de vencimentos decorrente de sua ausência ao serviço e, em caso de absolvição, haverá o pagamento do um terço reduzido. 2. ‘Não há falar, em hipóteses tais, em força maior. Isso porque, em boa verdade, é o próprio agente público que, mediante sua conduta tida por criminoso, deflagra o óbice ao cumprimento de sua parte na relação que mantém com a Administração Pública.’ (REsp 413.398/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalho, Sexta Turma, DJ 19.12.2002). 3. Recurso ordinário improvido.” (STJ, RMS 21.778/MT, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 31.10.2007, DJ de 26.11.2007, p. 247)

³⁵ “EMENTA: ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I – A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II – Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. III – Impossibilidade de pronunciamento desta Corte sobre a retenção da Gratificação de Estímulo à Produção Individual – GEPI, cuja natureza não foi discutida pelo tribunal *a quo*, visto implicar vedado exame de normas infraconstitucionais em sede de RE. IV – Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido.” (STF, RE 482.006, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 7.11.2007, DJe 162, divulgado em 13.12.2007, publicado em 14.12.2007, DJ de 14.12.2007). Nessa decisão o relator afirmou: “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição. Daí por que a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.”

...ação temporária de vencimentos decorrente de sua ausência ao serviço”. Imagine-se a situação: dois agentes que exerçam exatamente a mesma função. Um teve suas atividades suspensas por utilizá-la para prática delitiva. O outro é cidadão honesto e cumpridor de seus deveres e continua a exercer suas atividades. Aquele que tiver suas atividades suspensas ficará em sua residência, não contribuir em nada para as atividades e funções públicas, recebendo seu salário integralmente. O outro continuará a trabalhar e receberá exatamente o mesmo valor. Ora, a injustiça da situação demonstra que a violação à isonomia é flagrante, o que será um verdadeiro desestímulo para os agentes públicos honestos e cumpridores de seus deveres. Não bastasse, aquele suspenso de suas atividades simplesmente não estará trabalhando e nem contribuindo em nada para a eficiência da atividade pública. Deve-se lembrar que o princípio da eficiência é um dos vetores da Administração Pública, nos termos do art. 37, caput, da CF. Ademais, além de o funcionário suspenso das atividades já ter violado seus deveres e não estar trabalhando, a Administração terá que despende valores maiores para suportar a ausência de seu servidor, contratando outro. Nada mais justo, portanto, que haja diminuição no valor do salário do servidor suspenso, inclusive para suportar e contrabalancear os novos gastos da Administração e compensar a ausência de contraprestação de trabalho por parte do servidor. A regra é razoável e estimula a probidade administrativa, a eficiência, a isonomia e a própria ideia de correlação ou sinalagma que está intrínseca em qualquer contrato bilateral, mesmo que público. Ademais, a levar a posição do STF a suas últimas consequências, o empregador privado também estaria violando o princípio da presunção de inocência ao não efetuar o pagamento do salário de seu empregado preso. Nem se alegue que os direitos fundamentais não se aplicam entre os particulares, uma vez que o STF já asseverou a sua aplicabilidade em várias oportunidades.³⁶ Por que motivo distinguir o empregador público e o privado? Qual a razão de discrimen? Nenhuma, a demonstrar que a regra viola, mais uma vez, o princípio da isonomia. Por fim, admitir que os pagamentos dos salários continuem integrais até o trânsito em julgado é estimular a utilização meramente protelatória dos recursos, uma vez que enquanto puder postergar e prorrogar o trânsito em julgado – e no Brasil as possibilidades são muitas e variadas, à luz de nosso sistema recursal – o acusado estará recebendo seus vencimentos integralmente, sem realizar qualquer contraprestação de serviços ao Estado.

Veja, portanto, que a questão não passa pelo princípio da presunção de inocência, mas sim pela análise de outros princípios. Desta feita, parece-nos possível a suspensão parcial do pagamento dos salários daquele funcionário público que tiver suas funções suspensas, nos termos do art. 319, inc. VI. Além, até mesmo para garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido como princípio fundamental em nossa Constituição (art. 1º, inc.

³⁶ Sobre o tema, ver Andrey Borges de Mendonça e Olavo Alves Viana. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*.

III), não é possível a suspensão total dos pagamentos, sob pena de o réu ficar em situação de miserabilidade.

Embora exista o referido precedente do Plenário do STF, como a questão foi decidida em Recurso Extraordinário referente a um caso concreto e, portanto, no controle difuso de constitucionalidade, a decisão não fez coisa julgada *erga omnes* e nem possui efeitos vinculantes, o que pode permitir que o STF reflita melhor sobre o tema e altere futuramente seu posicionamento.³⁷

5.7.2. *Suspensão das atividades privadas e constitucionalidade da medida.* *Princípio da liberdade de profissão e da dignidade da pessoa humana*

Como visto, o juiz poderá determinar a suspensão das funções públicas e das atividades privadas do acusado, de natureza econômica ou financeira, quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

Urge analisar a constitucionalidade da decisão do magistrado que determina a suspensão das atividades privadas do agente. Como é sabido, a CF assegura no art. 1º, inc. IV, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa dentre os princípios fundamentais da Constituição. Por sua vez, o art. 170 da CF estabelece que um dos fundamentos da ordem econômica é justamente a livre iniciativa, enquanto o parágrafo único do mesmo dispositivo assevera que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Seria possível a suspensão das atividades econômicas, nada obstante tais dispositivos constitucionais? Não temos dúvidas que sim. A CF realmente assegura a livre iniciativa em diversos dispositivos, como visto. Porém, esta liberdade não é absoluta e pode ser restringida em favor de outros bens jurídicos também constitucionalmente tutelados. Nesta senda, o STF já asseverou que a livre iniciativa não pode ser invocada para afastar a regulamentação do mercado e as regras de proteção ao consumidor.³⁸ Em outras palavras, a livre iniciativa não é absoluta e pode ser restringida em favor de outros bens jurídicos e valores protegidos ao longo do texto constitucional.

O próprio texto constitucional permite e delega à lei – conforme se extrai do parágrafo único do art. 170 – a possibilidade de restrição à liberdade de iniciativa. No caso, ao permitir a suspensão das atividades privadas no art. 319, inc. VI, o legislador atuou dentro da margem de apreciação que o Poder

³⁷ O Projeto de novo CPP (PLS 156) assim afirma, em seu art. 593, § 1º que “a suspensão do exercício de função pública poderá ser decretada com prejuízo da remuneração”.

³⁸ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO. ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA E REGULADORA DO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. RESTRIÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. O Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. Precedentes.” (STF, AI 636.883 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 8.2.2011, *DJe* 040, divulgado em 28.2.2011)

Constituinte lhe conferiu. E o fez corretamente, pois a possibilidade de suspensão das atividades privadas somente surge se o agente estiver deturpando e abusando da liberdade de iniciativa, afastando-se de todos os princípios que regem a atividade econômica, plasmados no art. 170 da CF. Em outras palavras, o pressuposto de admissibilidade da medida prevista no art. 319, inc. VI, ocorre justamente quando a liberdade de iniciativa estiver sendo desviada para fins criminosos, como um escudo para proteger práticas ilícitas.

Ademais, a medida de suspensão das atividades não é automática, mas, ao contrário, possui caráter cautelar, para a proteção de algum dos bens jurídicos indicados no art. 282, inc. I, do CPP. Em razão desta natureza cautelar, portanto, não se confunde com eventual pena a ser imposta ao final do processo. Como a medida possui caráter instrumental, para evitar um dos riscos aos bens jurídicos indicados no art. 282, inc. I, não há que confundi-la com a pena a ser aplicada ao final do processo e não há qualquer mácula em sua aplicação, sobretudo porque se está buscando proteger bens jurídicos importantes para o processo e para a sociedade. É bem verdade que a aplicação da suspensão de atividade econômica ou financeira sem a observância do seu caráter cautelar – ou seja, a necessidade de proteção de um dos bens jurídicos indicados no art. 282 – será ilegal e afrontará o princípio da presunção de inocência. Da mesma forma, qualquer medida automática ou sem embasamento em fatos concretos. Mas observado o caráter cautelar da medida, não há qualquer mácula em sua aplicação.

Em síntese, à luz das possíveis restrições à livre iniciativa e tendo em vista o caráter cautelar da medida prevista no art. 319, inc. VI, não há qualquer inconstitucionalidade suspensão de atividades privadas.

De qualquer sorte, embora seja constitucional, o intérprete deve ter cautela em sua aplicação para que evite a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, vale relembrar que, em relação ao art. 48 do Decreto-lei 314/1967 – a antiga Lei de Segurança Nacional – o STF, em fevereiro de 1968, declarou inconstitucional referido dispositivo, no bojo do HC 45.232, sob o argumento de que era medida violadora do princípio da razoabilidade.³⁹

³⁹ Veja a ementa: “INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 48, DO DL 314, DE 1967 (LEI DE SEGURANÇA). O *habeas corpus* é meio idôneo para anular despacho do juiz que aplica no curso do processo, medida administrativa que corresponde a suspensão do exercício de direitos da profissão e do emprego em empresa privada. A medida preventiva corresponde a uma pena acessória. A sua aplicação depende de condenação em preceito que inclua também a aplicação de pena acessória. A inconstitucionalidade é decretada por ferir os arts. 150 *caput* e 150 par. 35, da Constituição porque as medidas preventivas que importam na suspensão de direitos, ao exercício das profissões e o emprego em empresas privadas, tira ao indivíduo as condições para prover a vida e subsistência. O par. 35, do art. 150, da Constituição de 1967, compreende todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela constituição. A inconstitucionalidade não atinge as restrições ao exercício da função pública porque a legislação vigente sobre funcionários públicos, aplicável à espécie, assegura uma parte dos vencimentos dos funcionários atingidos pelo art. 48, do referido decreto lei. A inconstitucionalidade se estende aos parágrafos do art. 48, porque estes se referem a execução das normas previstas no artigo e consideradas inconstitucionais.” (STF, HC 45.232,

O dispositivo legal tachado de inconstitucional assim dispunha: “A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste Decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.”

Referido feito tratava de *habeas corpus* impetrado contra decisão que suspendeu o exercício de toda e qualquer profissão e atividade privada exercida pelos pacientes (que eram professores, comerciantes e bancários), por terem sido denunciados pelo suposto cometimento de crimes contra a antiga Lei de Segurança Nacional, o então Decreto-lei 314/1967.

No bojo do referido HC, o Ministro Relator Themístocles Cavalcanti afirmou que se buscava examinar a “justa causa dessa medida, que atinge a liberdade dos pacientes e nas suas exigências mais elementares de vida – a necessidade de prover a própria subsistência”. Referido relator afirmou, ainda, que o simples recebimento da denúncia não poderia constituir motivo suficiente para privar o acusado dos meios de subsistência, interrompendo o exercício da atividade profissional. Ainda segundo o relator, o dispositivo da lei de segurança nacional gritava contra a essência dos princípios humanos, especialmente no direito à sobrevivência, tratando-se de medida cruel, ao retirar do indivíduo a possibilidade de exercer uma atividade profissional que lhe permita manter-se e à sua família, e aplicada pelo simples fato de haver o recebimento de uma acusação. Considerou, ainda, a desproporcionalidade entre a situação do acusado e as consequências da medida, pois a suspensão automática de toda e qualquer atividade privada violava os direitos inerentes à vida e os direitos fundamentais do indivíduo, inviabilizando a sua própria sobrevivência. Por estes argumentos, que foram acompanhados pela maioria dos demais Ministros, o STF declarou a inconstitucionalidade do referido Decreto-Lei, concedendo a ordem aos pacientes.

Realmente, a medida então prevista na antiga Lei de Segurança Nacional era automática e privava o agente do exercício de toda e qualquer atividade privada. Neste ponto, qualquer comparação com a medida prevista no art. 319, inc. VI, é impertinente, pois essa é medida cautelar, que jamais poderá ser imposta automaticamente. Ademais, a medida cautelar busca a preservação de outros interesses relevantes para o processo e para a sociedade, quando o exercício da atividade econômica ou financeira estiver sendo desviado para fins ilícitos, ou seja, para a continuidade das práticas delitivas. Por fim, em hipótese alguma o agente está proibido de exercer outras funções públicas ou privadas, que lhe assegure um soldo mínimo para sua subsistência e de sua família. A vedação imposta pelo art. 319, inc. VI, é somente para a atividade econômica ou financeira utilizada para a prática delitiva. Todas as demais, o agente poderá exercer livremente.

Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, Tribunal Pleno, julgado em 21.2.1968, DJ 17.6.1968, p. 02228, Ement. Vol. 00721-02, p. 00792, RTJ vol. 00044-03, p. 322)

5.8. Internação provisória em caso de inimputável ou semi-imputável

O art. 319, inc. VII, afirma ser possível 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 sua inspiração foi o art. 286 do CPP italiano, que trata da *custodia cautelare in luogo di cura*. No Brasil, porém, havia referida medida na parte geral do CP, na antiga redação do seu art. 80.⁴⁰ Com a revogação da parte geral do CP em 1984, majoritariamente se entendeu que a internação provisória fora revogada.⁴¹

Em boa hora veio a nova disciplina. Como se entendia que não era possível a interdição provisória da pessoa que se encontrava em situação de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, na prática decretava-se a prisão preventiva quando houvesse risco de continuidade delitiva.⁴² Conforme leciona o professor Scarance Fernandes, a medida cautelar de internação provisória justamente visa evitar “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”.⁴³

5.8.1. Requisitos

Segundo o novo dispositivo, são três os requisitos que devem estar presentes para a adoção da medida: (a) crime praticado com violência ou grave

⁴⁰ “Art. 80. Durante o processo, o juiz pode submeter as pessoas referidas no art. 78, n. I, e os ébrios habituais ou toxicômanos às medidas de segurança que lhes sejam aplicáveis. Parágrafo único. O tempo de aplicação provisória é computado no prazo mínimo de duração da medida de segurança.”

⁴¹ Nesse sentido, afirmando que o instituto da medida de segurança provisória é inexistente no direito pátrio desde a reforma penal de 1984, ver STJ, HC 112.042/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.8.2010, *DJe* de 13.9.2010.

⁴² Veja, nesse sentido, a seguinte decisão do STJ: “RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE. INSANIDADE MENTAL. LAUDO OFICIAL. INEXISTÊNCIA DE MEDIDA DE SEGURANÇA PROVISÓRIA. SEGREGAÇÃO ANTECIPADA POSSÍVEL. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DO ART. 312 DO CPP. PRESENÇA. CUSTÓDIA EM COMPLEXO MÉDICO PENAL APROPRIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. INCONFORMISMO IMPROVIDO. 1. A prisão preventiva é a medida adequada para assegurar que o acusado, doente mental, fique segregado, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como na hipótese, uma vez que não existe em nosso ordenamento jurídico, desde a reforma penal de 1984, a medida de segurança provisória. 2. Não há falar em constrangimento ilegal quando o decreto de custódia preventiva foi bem fundamentado, sobretudo na garantia da ordem pública, para evitar a reiteração criminosa e acautelar o meio social, dada a periculosidade do agente. 3. Recurso ordinário improvido, determinando-se, entretanto, o imediato cumprimento da decisão do Tribunal de origem, com a remoção do recorrente para complexo médico-penal apropriado.” (RHC 22.666/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21.8.2008, *DJe* de 13.10.2008)

⁴³ Antonio Scarance Fernandes. *As Medidas Cautelares Pessoais nos Projetos e Reforma do Código de Processo Penal*, p. 17.

ameaça; (b) peritos concluírem que é inimputável ou semi-imputável (art. 26 do CP); e (c) existência de risco de reiteração criminosa.

Em relação ao primeiro requisito, o legislador estabelece que a medida somente deve ser decretada para as situações de inimputabilidade em que há violência ou grave ameaça. 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 da 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. Justamente por isto, a exigência de que o delito seja cometido com violência ou grave ameaça. De qualquer sorte, também aqui deve ter aplicação o princípio da proporcionalidade. Como decorre do art. 97 do CP, as medidas de segurança podem ser de internação ou de tratamento ambulatorial, sendo a primeira aplicável para os delitos apenados com reclusão e a última aos crimes apenados com detenção.⁴⁴ Porém, segundo recente jurisprudência do STJ, mais importante do que a qualidade da pena cominada (se detenção ou reclusão) é saber qual a medida mais adequada ao caso concreto, se o tratamento ambulatorial ou a internação,⁴⁵ devendo ser aplicada a medida de segurança de internação apenas excepcionalmente, em sintonia com os objetivos terapêuticos e curativos da medida de segurança.⁴⁶ Se assim é, o magistrado somente deverá internar provisoriamente o agente se houver o prognóstico, ao final do processo, de aplicação da medida de internação. Se verificar, especialmente pelo laudo, que a medida de segurança de internação não será a medida mais adequada ao final do processo, à luz das circunstâncias concretas, deve evitar a aplicação da internação provisória. Não se pode esquecer que essa medida também possui natureza cautelar, de sorte que não pode ser mais gravosa que o resultado final do processo, sob pena

⁴⁴ Veja o que já decidiu o STJ: “Segundo a inteligência do art. 97 do Código Penal, nos casos de inimputabilidade do autor de fato típico apenado com reclusão, deve ser aplicada a medida de segurança de internação. Precedentes.” (HC 142.180/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 2.9.2010, *DJe* de 27.9.2010)

⁴⁵ Entendendo aplicável a medida de tratamento ambulatorial mesmo para crimes apenados com reclusão, veja a seguinte decisão do STJ: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. CRIME APENADO COM RECLUSÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça entende que o artigo 97 do Código Penal não deve ser aplicado de forma isolada, devendo se analisar também qual é a medida de segurança que melhor se ajusta à natureza do tratamento de que necessita o inimputável. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 998.128/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 5.4.2011, *DJe* de 25.4.2011) Assim, se o laudo psiquiátrico é desfavorável ao paciente, por possuir temperamento ansioso e instável, podendo agir com agressividade, a internação é a medida mais adequada. Neste sentido, ver: STJ, HC 124.817/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26.8.2010, *DJe* de 4.10.2010.

⁴⁶ STJ, HC 101.740/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16.3.2010, *DJe* de 26.4.2010.

de violação ao princípio da proporcionalidade. Se assim é, além de se tratar de crime cometido com violência ou grave ameaça, somente se deve impor a medida de segurança de internação provisória quando houver o prognóstico de, ao final do processo, ser aplicável a medida de segurança detentiva, ou seja, de internação. Se a medida mais adequada a ser aplicável ao final do processo for a de tratamento ambulatorial, deve-se evitar a imposição da medida de internação provisória.

O segundo requisito é que haja risco de reiteração criminosa. Embora exista esta restrição, parece-nos que também é possível a decretação da internação provisória se houver risco de fuga (assegurar a aplicação da lei penal) ou risco para a investigação ou instrução criminal, nos termos do art. 282, inc. I. Embora a regra geral seja a decretação da internação provisória para impedir que venha a delinquir, pode haver situações de parcial consciência do inimputável, em que este demonstre perigo concreto de fuga ou de ameaça à investigação ou instrução criminal. Como é sabido, a inimputabilidade é analisada no *momento do crime*. Neste momento, o agente deve estar totalmente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento, em razão de doença mental. Pode ocorrer de o agente, no momento do crime, estar inimputável, mas, em momentos posteriores, ter intervalos ou momentos de lucidez. Isto não afasta a inimputabilidade, em hipótese alguma. Ademais, a medida de internação provisória pode se aplicar também ao semi-imputável, que possui parcial consciência da ilicitude e provavelmente possuirá maiores momentos de lucidez. E nestes momentos de lucidez – seja do inimputável ou do semi-imputável –, pode haver risco de destruição de provas, de ameaça às testemunhas, de fuga, além da possibilidade de novas práticas delitivas. Se o que se busca é evitar a aplicação da prisão preventiva àqueles que são inimputáveis ou semi-imputáveis, melhor o entendimento de que também nestas hipóteses seja possível a aplicação da internação provisória. Neste sentido, inclusive nos casos de risco de obstrução à prova ou à aplicação da lei penal pode se mostrar mais adequado ao magistrado aplicar a medida de internação provisória que a decretação da prisão preventiva (art. 282, inc. II). Portanto, ao contrário do que indica a literalidade do dispositivo legal, não apenas no caso de haver risco de praticar novas infrações penais, mas também quando houver risco à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, poderá o magistrado impor a internação provisória, sobretudo quando se mostrar medida mais adequada aos inimputáveis e semi-imputáveis que a decretação da prisão preventiva. Como visto no item 2 deste capítulo, quando o art. 319 faz alguma restrição quanto à finalidade da medida cautelar, esta é meramente aparente. Em verdade, significa apenas uma tentativa de auxiliar o magistrado na escolha da medida adequada. Mas isto, em hipótese alguma, impossibilitará o juiz de aplicar a medida adequada ao caso concreto, mesmo que na persecução de outros objetivos cautelares.

Por fim, o terceiro requisito é que os peritos concluam que o investigado ou réu é inimputável ou semi-imputável (art. 26 do CP). Em princípio, portanto,

deve haver prévio incidente de insanidade mental. O incidente somente pode ser determinado pelo magistrado (não pela Autoridade Policial), no inquérito ou no processo (art. 149, *caput*, do CPP), quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado. Neste caso, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do investigado ou acusado, que este seja submetido a exame médico-legal. Caso seja determinado o incidente de insanidade mental, o juiz nomeará curador ao acusado, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento (art. 149, § 2º). Caso os peritos concluam pela inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, poder-se-á determinar a internação provisória (desde que preenchidos os demais requisitos).

Porém, embora esta deva ser a regra, pode ocorrer que existam elementos de urgência que imponham ao magistrado a internação provisória antes da conclusão dos peritos. Imagine-se situação em que haja elementos indicando que se trate de réu inimputável (como anterior interdição no âmbito civil, sinais exteriores característicos de doença mental, prova testemunhal etc.⁴⁷) e haja risco de cometer novas infrações penais, por exemplo. Não temos dúvida que o magistrado poderá, mesmo antes da perícia realizada, determinar a internação provisória, em decisão fundamentada, especialmente para afastar o réu do convívio com outros detentos, evitando-se a decretação da prisão preventiva nesse caso. Seria desarrazoado ao magistrado decretar a prisão preventiva quando entenda que o réu deva ser tratado e, assim, internado provisoriamente. Neste caso, não somente a internação provisória é a medida mais adequada (art. 282), mas também é, em certa medida, menos gravosa para o réu, pois a finalidade é precipuamente realizar seu tratamento, o que não se verifica na prisão preventiva, esta sim a última *ratio*.

Por fim, o art. 319 não disciplinou a hipótese em que se constata que o réu ficou inimputável após o fato delituoso. Relembre-se que a inimputabilidade ocorre quando o agente está incapaz, em razão de doença mental, de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento *no momento da ação ou da omissão*. Se a inimputabilidade é posterior ao

⁴⁷ Veja que a única forma de haver a consideração e caracterização da inimputabilidade é por meio do exame de insanidade mental. Toda e qualquer outra prova somente servirá para indicar a necessidade do exame, mas não podem suprir esta prova pericial. Isto porque o critério adotado pelo Código Penal (art. 26) é o biopsicológico, que deve ser aferido *no momento do crime*, como visto. Embora, por exemplo, uma certidão de interdição seja elemento indicativo de que o agente possui alguma doença mental, nada assevera sobre os demais elementos necessários para caracterizar a inimputabilidade no âmbito penal (que o agente esteja totalmente incapaz de compreender o fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, no momento do crime, em razão de doença mental). Veja, neste sentido, o quanto decidiu o STJ: “A conclusão do laudo pericial, ora acostado aos autos, produzido no processo de interdição civil do acusado, é válido apenas em relação aos atos de sua vida civil, não sendo capaz de isentá-lo da culpabilidade penal. Tal dúvida somente será solucionada após a realização correta do incidente de sanidade mental do acusado, o qual ainda não se efetivou por culpa exclusiva do paciente.” (HC 49.767/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 7.3.2006, DJ de 3.4.2006, p. 384)

fato, o art. 152 do CPP determina a suspensão do processo, até que o réu se restabeleça. Segundo o dispositivo, a suspensão do processo é estabelecida com o intuito de proteger o acusado, resguardando os princípios do contraditório e a ampla defesa, que poderiam restar maculados caso o réu fosse julgado mesmo sem estar em plenas condições psíquicas. E se o juiz suspender o processo, nos termos do art. 152 (inimputabilidade posterior ao fato), poderá determinar a internação provisória? O art. 152, § 1º, admite, afirmando que o juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado. Embora haja tal previsão, há certa divergência doutrinária se esta medida fora ou não recepcionada pela Constituição. Segundo nos parece, em princípio o magistrado poderá decretar a internação provisória, com algumas ressalvas. Inicialmente, não há dúvidas de que é melhor a decretação da medida de internação provisória que a decretação da prisão preventiva do acusado ou a sua manutenção, em razão do caráter curativo daquela. Ademais, não se pode deixar a sociedade desprotegida em situações em que há risco de reiteração criminosa. Porém, algumas cautelas devem ser tomadas, pois o réu ainda não foi condenado e sequer ser-lhe-á aplicada medida de segurança ao final do processo (uma vez que era imputável ao tempo da ação ou omissão). Assim, não se pode aplicar indefinidamente a medida de internação provisória, sob pena de o réu vir a cumprir uma medida de segurança maior do que a pena a ser-lhe aplicada ao final do processo. Desta feita, embora nos pareça possível a internação provisória no caso do art. 152 do CPP, esta medida deve ser excepcional e perdurar por tempo razoável – e não indefinidamente. Jamais, porém, poderá perdurar por tempo superior à pena máxima cominada ao delito.⁴⁸

Recuperado o agente, o art. 152, § 2º, dispõe que o processo retomará seu curso, revogando-se, nesse caso, a medida de internação provisória eventualmente decretada.

⁴⁸ O STJ já admitiu a internação provisória enquanto suspenso o processo, nos termos do art. 152 do CPP, afirmando não violar qualquer princípio constitucional a internação até que o paciente se recupere. Veja, nesse sentido: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE EXTORSÃO QUALIFICADA PELO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. INTERNAÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ A RECUPERAÇÃO DO PACIENTE. AGENTE IMPUTÁVEL À ÉPOCA DA INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SÚMULA Nº 52/STJ. ORDEM DENEGADA. 1. Se a doença mental que acomete o paciente sobreveio à infração a ele imputada, o processo continuará suspenso até o restabelecimento de sua saúde psíquica, nos termos do § 2º do artigo 152 do CPP. 2. Estando o incidente de insanidade mental em regular andamento, não se configura constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *habeas corpus*. 3. Não se configura excesso de prazo na formação da culpa se já encerrada a instrução criminal em relação ao paciente, a teor do enunciado da Súmula nº 52 desta Corte. 4. Ordem denegada.” (STJ, HC 72.800/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 16.10.2008, *DJe* de 3.11.2008)

5.8.2. Internação provisória em estabelecimento adequado. Ausência de vagas

A internação provisória será cumprida em estabelecimento hospitalar próprio, ou seja, em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, nos termos do art. 96, inc. I, do CP. Segundo o art. 99 da LEP, o acusado inimputável ou semi-imputável ficará no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Se não houver referido hospital, deve ser mantido em outro estabelecimento adequado. Em qualquer situação, como alerta o legislador português, o juiz deve adotar as cautelas necessárias para prevenir os perigos de fuga e de cometimento de novos crimes.⁴⁹

Difícil situação poderá ocorrer se não houver vaga em estabelecimento público ou em estabelecimento adequado. Se o réu se enquadrar no art. 318, inc. II, e se em razão da doença estiver extremamente debilitado, poderá ser concedida a prisão domiciliar, cumulada com tratamento ambulatorial. Porém, se o réu demonstrar que voltará a cometer delitos, a prisão domiciliar será insuficiente. O que fazer nesse caso? Em geral, a posição STJ é no sentido de que há constrangimento ilegal manter o réu em presídio comum em razão da falta de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, devendo, na falta, submeter-se a tratamento ambulatorial.⁵⁰ Embora este posicionamento seja correto para a generalidade dos casos, deve-se verificar que a internação provisória, como medida cautelar, é aplicável somente para crimes cometidos com violência ou grave ameaça, o que deve ser ponderado pelo magistrado. Seria realmente temerário conceder liberdade a um agente inimputável que demonstre risco de voltar a cometer crimes. Esta questão já foi verificada pelo STJ, que, em caso de atentado violento ao pudor com violência presumida, entendeu que, embora houvesse falta de vagas em estabelecimento adequado,

⁴⁹ Art. 202, § 2º, CPP português.

⁵⁰ “EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. INIMPUTABILIDADE. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO PSIQUIÁTRICO ADEQUADO. PRESÍDIO COMUM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A medida de segurança tem finalidade preventiva e assistencial, não sendo, portanto, pena, mas instrumento de defesa da sociedade, por um lado, e de recuperação social do inimputável, por outro. 2. Tendo em vista o propósito curativo, destina-se a debelar o desvio psiquiátrico acometido ao inimputável, que era, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. 3. No caso dos autos, imposta medida de segurança de internação, observa-se a existência de patente constrangimento ilegal o fato de ter sido o paciente colocado em presídio comum, em razão da falta de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado. 4. A insuficiência de recursos do Estado não é fundamentação idônea a ensejar a manutenção do paciente em regime prisional, quando lhe foi imposta medida de segurança de internação. Precedentes do STJ. 5. Ordem concedida para determinar a imediata transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, devendo, na falta de vaga, ser submetido a regime de tratamento ambulatorial.” (STJ, HC 108.517/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 16.9.2008, *DJe* de 20.10.2008). No mesmo sentido: STJ, HC 121.760/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 13.8.2009, *DJe* de 14.9.2009. Ver, ainda, STJ, HC 121.760/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 13.8.2009, *DJe* de 14.9.2009.

não seria possível a concessão simples de liberdade ao acusado inimputável, em razão da periculosidade do agente.⁵¹ Assim, talvez a única alternativa em casos de notória periculosidade do agente seja determinar que o réu fique em ala hospitalar do estabelecimento prisional, com tratamento adequado (seja no presídio ou em outro estabelecimento de saúde, devendo, neste caso, a Administração providenciar sua remoção para tratamento), até que se encontre vaga em local apropriado. Soltá-lo pura e simplesmente seria medida que atingiria drasticamente a sociedade, em detrimento do interesse público.

Questão interessante é sobre a possibilidade de ser determinada a internação provisória em clínicas particulares. Se houver estabelecimento público propício para a internação, deve o magistrado dar preferência a este, especialmente porque haverá maior controle sobre o cumprimento da medida e de suas finalidades. No caso de não haver estabelecimento propício e se a família do preso se dispuser a pagar o valor, parece-nos que o magistrado pode permitir, oficiando-se para que a clínica realize o controle (inclusive apresentando, se for o caso, relatórios).

5.8.3. Momento de sua decretação

Como já antecipamos, a internação provisória pode ser decretada durante as investigações ou, ainda, durante o curso do processo. Se nestes momentos já existe a possibilidade de realização do exame de insanidade mental, nos termos do art. 149, § 1º, também já será possível a aplicação da internação provisória, inclusive durante as investigações. Relembre-se, ademais, que o art. 282, § 2º, permite a aplicação de medidas cautelares mesmo durante o inquérito.

⁵¹ “RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. INTEMPESTIVIDADE. RECEBIMENTO COMO HC SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PACIENTE INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. SENTENÇA PROFERIDA EM MAIO/07. FALTA DE VAGAS. MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM CADEIA PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PERICULOSIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Constatada a intempestividade, é possível o conhecimento do recurso como *Habeas Corpus* substitutivo de Recurso Ordinário. Precedentes. 2. A incapacidade absoluta do paciente está devidamente comprovada pelo laudo de exame elaborado pelo Serviço de Psiquiatria e Psicologia Forense da Superintendência de Polícia Técnico-Científica, tanto assim que a sentença reconheceu a inimputabilidade e aplicou-lhe a medida de segurança de internação; isso, em maio/07. Em razão da falta de vaga em nosocômio apropriado, o paciente permanece, até a presente data, em cadeia comum, embora, segundo o Juiz da VEC, recebendo atendimento médico. 3. O entendimento desta Corte, em casos semelhantes, é de que a manutenção de inimputável em prisão comum constitui constrangimento ilegal; todavia, evidenciada a periculosidade, é inviável a concessão da liberdade pura e simples. 4. Recurso conhecido como *Habeas Corpus*, concedida a ordem, em parte, apenas para que o Juízo da Execução, à luz do artigo 96, inciso I, do CPB, transfira o sentenciado para outro estabelecimento adequado e, em caso de total impossibilidade, com as cautelas devidas, considere a possibilidade de substituição da internação por tratamento ambulatorial.” (STJ, RHC 22.654/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 4.9.2008, *DJe* de 22.9.2008)

De qualquer sorte, uma vez extinto o processo ou absolvido propriamente o réu (ausência de autoria, causa excludente de tipicidade ou antijuridicidade etc.), deve a medida ser imediatamente suspensa. Neste sentido, é o teor do art. 386, parágrafo único, inc. II.

5.9. Fiança

Segundo o art. 319, inc. VIII, poderá o magistrado fixar 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. Como já visto, a fiança será cabível nas infrações afiançáveis. Veja, porém, que o simples fato de a infração ser afiançável não significará a aplicação automática da fiança. Somente se houver necessidade de sua aplicação, para a persecução penal dos interesses indicados no art. 282, inc. I, do CPP, é que deverá ser aplicada (ver capítulo VI, item 3).

Ainda sobre a fiança, o art. 319, § 4º, assevera que será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. Assim, o legislador não estabeleceu qualquer restrição para a aplicação cumulativa da fiança com outras medidas cautelares. Porém, somente será possível se houver compatibilidade lógica entre as medidas. Parece-nos, assim, que não é possível a cumulação da fiança com a prisão preventiva, com a prisão domiciliar e com a internação provisória do inimputável, pois estas medidas já restringem a liberdade de ir e vir⁵² e impor maiores restrições – como a fiança – poderia transformar a medida cautelar em mais gravosa que a própria pena – o que afrontaria o princípio da proporcionalidade. Seria compatível a fiança com a medida de recolhimento domiciliar noturno? Parece-nos que sim, uma vez que não há vedação legal e as medidas são compatíveis e logicamente conciliáveis.

Sobre a fiança e seus aspectos, remetemos o leitor para o capítulo da liberdade provisória com fiança (capítulo VI, sobretudo itens 4 e seguintes).

5.10. Monitoramento eletrônico. Introdução. Conceito

O monitoramento eletrônico já havia sido introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 12.258/2010, mas apenas para a execução penal e, mais especificamente, para a saída temporária no regime semiaberto e na prisão domiciliar (art. 146-B da LEP), disciplinando o chamado monitoramento-sanção. Esse sistema, introduzido na LEP, é chamado de *back-door*, pois justamente visa utilizar o monitoramento para retirar antecipadamente do sistema carcerário aquelas pessoas presas que possuam condições de terminar o cumprimento da

⁵² Neste sentido é a legislação de Portugal (art. 205 do CPP português).

pena fora do cárcere. Busca-se, portanto, reduzir o tempo de cumprimento da pena na prisão. Por sua vez, o art. 319, inc. IX, do CPP, com a nova redação dada pela Lei 12.403/2011, previu o monitoramento eletrônico – sob o título de “monitoração eletrônica” – como medida cautelar alternativa à prisão, instituindo em nosso ordenamento jurídico o monitoramento processual.⁵³ Adota-se, agora, o sistema do monitoramento eletrônico chamado *front-door* – ou seja, em que se busca evitar o ingresso do agente na prisão, nos termos do art. 319 do CPP.⁵⁴ É, portanto, uma medida alternativa à prisão, que visa afastar a pessoa do cárcere.

A medida de monitoração eletrônica consiste na utilização de dispositivo não ostensivo, afixado ao corpo da pessoa, que indique, à distância, permanentemente a localização geográfica do agente, permitindo o controle judicial de seus atos fora da prisão.

Vale destacar que referido sistema de monitoramento eletrônico passou a ser utilizado, a partir da década de 1980, sobretudo em razão de experiências nos EUA. Após, difundiu-se para diversos países.⁵⁵ Em Portugal, o monitoramento eletrônico está previsto no art. 201, § 3º, do CPP e regulado pela Lei 122/1999, de 20 de agosto.

O monitoramento eletrônico, como permite saber a localização da pessoa, poderá servir para duas grandes finalidades: (a) como medida cautelar em si, aplicada isoladamente; e (b) como medida cautelar auxiliar de outra medida alternativa à prisão, aplicada cumulativamente com essa (art. 282, § 1º).

Se aplicada isoladamente, o monitoramento eletrônico servirá, sobretudo, para a hipótese de risco de fuga. A utilização da pulseira eletrônica nesse caso poderá, ao se fiscalizar a localização do réu, indicar eventualmente o intuito de fuga (quando o réu se ausenta de seu domicílio por vários dias, aproxima-se da fronteira etc.). Mas mesmo nesse caso, deve-se ter cautela, pois é possível o rompimento da pulseira a qualquer tempo e deve-se verificar a efetiva possibilidade de se realizar a prisão antes que se consuma a evasão.⁵⁶ O monitoramento, isoladamente, terá pouca eficácia quando houver risco de obstrução à instrução/investigação ou de prática de novos crimes, pois saber a localização da pessoa não impedirá de cometer novos delitos ou de ameaçar testemunha, destruir documento etc. Assim, a aplicação do monitoramento eletrônico isoladamente deve ser excepcional, para situações devidamente justificadas.

⁵³ Pierpaolo Cruz Bottini. *Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico*, p. 173. Destaque-se que o monitoramento eletrônico não estava previsto na redação original do Projeto 4.208/2001 e foi incluído na tramitação legislativa, por iniciativa do Senador Demóstenes Torres.

⁵⁴ A distinção dos sistemas *front-door* e *back-door* é dada por Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 15.

⁵⁵ Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 13.

⁵⁶ Em sentido contrário, afirmando que o monitoramento processual, em si e aplicado isoladamente, não teria utilidade alguma, se não acompanhado de outras medidas de restrição de liberdade, ver Pierpaolo Cruz Bottini. *Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico*, p. 173.

Certamente a maior importância do monitoramento eletrônico é como medida auxiliar, a ser aplicada cumulativamente com outra medida cautelar, especialmente para fiscalizá-la. Assim, caso o juiz determine que o réu permaneça em seu domicílio ou que não se aproxime de determinada residência, o monitoramento poderá auxiliar em muito na identificação do espaço geográfico onde se encontra o réu, permitindo a fiscalização da medida. Neste sentido, sua aplicação cumulativa é compatível com a prisão domiciliar (art. 317) e com as medidas do art. 319, incs. II (proibição de acesso ou frequência a determinados lugares), III (proibição de manter contato com pessoa determinada ou obrigação de permanecer distante dela), IV (proibição de ausentar-se da comarca) e V – (recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga).

5.10.1. Tecnologias do monitoramento

As possibilidades de utilização do monitoramento eletrônico dependerão da tecnologia disponível. Assim, algumas questões devem ser esclarecidas. Inicialmente, trata-se de sistema que trabalha basicamente com zonas de inclusão e exclusão,⁵⁷ ou seja, locais em que o monitorado poderá/deverá permanecer (zonas de inclusão) ou lugares onde não poderá comparecer ou frequentar (zonas de exclusão). Em outras palavras, a depender da tecnologia disponível, poderá o juiz impor que o réu permaneça em determinados locais, fixando *zonas de inclusão*, ou, por outro lado, estabelecer locais em que o réu não poderá comparecer, estabelecendo zonas proibidas – são as chamadas *zonas de exclusão*. Há três gerações de tecnologia de monitoramento eletrônico conhecidas.

A primeira geração engloba o sistema passivo e o ativo. No passivo, um computador ou uma pessoa efetua ligações, em determinados momentos ou aleatoriamente, para o monitorado, com o intuito de verificar se realmente está no local determinado. Deve haver uma forma de reconhecimento de que se trata o próprio réu, seja pelo reconhecimento da voz, impressão digital, íris, etc.⁵⁸ Como se percebe, este sistema não permite ao preso ter grande mobilidade, mas poderá ser utilizado para verificar se o réu está cumprindo o recolhimento domiciliar noturno (art. 319, inc. V) ou prisão domiciliar.

Por sua vez, no sistema ativo, há um monitoramento contínuo da pessoa, permitindo saber a localização do monitorado continuamente, sem necessidade de sua colaboração.⁵⁹ Na forma ativa há três componentes importantes: um transmissor acoplado ao corpo do réu (bracelete), um receptor transmissor (que envia os sinais por telefone, em geral), geralmente na residência do acusado, e uma central (que recebe as informações do transmissor).⁶⁰ A segunda geração

⁵⁷ Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 25.

⁵⁸ Naiara Antunes Dela-Bianca. *Monitoramento Eletrônico de Presos*.

⁵⁹ Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 25.

⁶⁰ Naiara Antunes Dela-Bianca. *Monitoramento Eletrônico de Presos*.

permite a vigilância por meio de dispositivos de localização global, especialmente o *Global Positioning System* (GPS), em que se indica a localização do monitorado por meio de satélites, enviando tais dados para uma central. Há três componentes: a utilização de satélites, uma rede de estações em terra e os braceletes ou tornozeleiras eletrônicas.⁶¹ A interação entre eles indica se o réu se distanciou do local onde deveria permanecer (zona de inclusão) ou se adentrou em uma zona proibida (zona de exclusão). Este sistema permite maior mobilidade ao réu, indicando não apenas se o monitorado saiu de determinadas áreas (zonas de inclusão), mas também se se aproximou de determinada zona de exclusão, especialmente onde se encontra a vítima. Se disponível, pode ser importante medida como medida autônoma ou, ainda, para fiscalizar a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, inc. II), a proibição de manter contato com pessoa determinada (art. 319, inc. III), a proibição de ausentar-se da comarca ou do País (art. 319, inc. IV), o recolhimento domiciliar noturno e nos períodos de folga (art. 319, inc. V) e também para a prisão domiciliar, autônoma ou substitutiva (art. 318).

Por fim, a terceira geração comporta a utilização de dispositivos que, uma vez inseridos sob a pele ou no corpo do agente, detectam que um crime está prestes a ser cometido, disparando choques ou liberando sedativos na corrente sanguínea do indivíduo, conforme lecionam Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo.⁶² A terceira geração é pouco aceita, apresentando grandes resistências em sua aceitação, em razão das intervenções corporais que impõe. Porém, no Reino Unido se estuda aplicar referido controle para pedófilos.⁶³

Em síntese, nas duas primeiras gerações passíveis de utilização (sistema passivo, ativo e GPS), fiscaliza-se à distância se o investigado ou réu está cumprindo os deveres impostos judicialmente. Eventuais descumprimentos serão comunicados a uma central que, por sua vez, informará ao magistrado, para que tome a decisão que lhe parecer adequada (revogação, substituição da medida ou, ainda, manutenção da medida, com advertência), nos termos do art. 282, § 4º. Destaque-se que embora o aparelho de vigilância possa ser adquirido de empresas particulares, a vigilância em si deve ser realizada por agentes públicos, pois se trata de função inerente à segurança pública, na qual é inviável sua delegação.⁶⁴

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 volte a delinquir, deve-se analisar se haverá condições pragmáticas de a polícia agir rapidamente e impedir a prática do delito

⁶¹ Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 26.

⁶² *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 25.

⁶³ Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 25.

⁶⁴ Túlio Vianna. *Do Rastreamento Eletrônico como Alternativa à Pena de Prisão*, p. 163.

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 de metrô, por exemplo, inviabilizando sua localização posterior.⁶⁵ 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 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, contra destruição, a medida poderá ser adequada.⁶⁶ Tudo, portanto, passará pela análise da adequação da medida, sobretudo à luz do risco que visa neutralizar.

5.10.2. Deveres do monitorando e revogação da medida

O legislador foi muito lacônico na regulamentação da medida. Não tratou dos deveres daquele que utiliza o monitoramento e nem das hipóteses de revogação da medida. Nada obstante a omissão, podem ser aplicados, por analogia (art. 3º do CPP), os deveres indicados no art. 146-C da LEP. Assim, o monitorado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e, ainda, dos seguintes deveres: I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; e II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça.

Em caso de rompimento voluntário da pulseira, além de ser possível, segundo nos parece, a eventual responsabilização do monitorado pelo crime de dano, o agente passa a ser considerado, imediatamente, evadido, sendo possível a sua prisão imediata, nos termos do art. 684 do CPP, que afirma que a recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa.

Além de tais deveres gerais, se a medida for cumulada com outra, o magistrado imporá os ônus adequados à situação concreta (indicando, por exemplo, ao acusado os locais em que deve permanecer, onde está proibido de ir ou frequentar, em qual momento deverá retornar à residência, bem como os períodos e tempos fixados etc.).

Por sua vez, nos moldes do art. 146-D da LEP c.c. o art. 282, § 4º do CPP, a monitoração eletrônica poderá ser revogada quando se tornar desnecessária ou inadequada e se a pessoa violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência. Assim, por exemplo, se o acusado romper de qualquer forma a pulseira

⁶⁵ Túlio Vianna. *Do Rastreamento Eletrônico como Alternativa à Pena de Prisão*, p. 160.

⁶⁶ Pierpaolo Cruz Bottini. *Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico*, p. 176.

ou tornozeleira ou se o réu for para local não autorizado, será possível a revogação da medida. Mas nem toda e qualquer violação levará necessariamente à revogação automática. Inicialmente, o magistrado deverá ouvir o agente, em vista do princípio do contraditório, nos termos do art. 282, § 3º, por analogia. Por exemplo, o investigado poderá comprovar que teve que se ausentar da residência para levar seu filho ao hospital, em razão de urgência. Também deve se manifestar sobre o incidente o MP. Após, o magistrado poderá revogar, substituir ou, inclusive, manter a medida, de acordo com a situação concreta e à luz do princípio da adequação, nos termos do art. 282, § 4º. Caso mantenha a medida, poderá advertir o réu sobre as consequências de novo descumprimento.

De qualquer sorte, especialmente em razão das omissões legais, é importante que o Juízo oriente a pessoa sobre tais deveres e as consequências em caso de descumprimento. Inclusive conveniente que assine termo de compromisso em que constem os deveres e a possibilidade de revogação.

Por fim, ao contrário do que muitos defenderão, o monitoramento poderá ser aplicado independentemente de qualquer regulamentação infralegal ou legal posterior. Já há dispositivos suficientes no ordenamento jurídico que permitem ao magistrado aplicar a medida imediatamente e sem necessidade de posterior regulamentação, sobretudo porque se trata de medida que evitará a imposição da prisão ao réu. Trata-se, portanto, de dispositivo plenamente aplicável a partir da entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

10.3. Dispositivo não ostensivo

Embora não seja expressa a legislação processual penal ou a própria LEP,⁶⁷ o dispositivo de monitoramento deve ser não ostensivo, para evitar qualquer estigmatização do preso, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF). Neste sentido, afirmou o Deputado Flávio Dino, em relação ao Projeto 1.288/2007, convertido na Lei 12.258/2007: “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.” Destaque-se que a evolução das tecnologias tem permitido a redução dos braceletes, que podem ficar ocultos e imperceptíveis, assemelhando-se a um acessório comumente utilizado pelas pessoas, como um relógio.⁶⁸

A Lei 12.258/2010 possuía, na redação aprovada pelo Congresso, o art 146-A, parágrafo único, com o seguinte teor: “A vigilância indireta de que trata o *caput* deste artigo será realizada por meio da afixação ao corpo do apenado de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica que, a distância, indique o horário e a localização do usuário, além de outras informações úteis à fiscalização judicial.” Porém, referido dispositivo foi vetado pelo Presidente da República.

Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 28.

5.10.4. Consentimento do réu

Vale destacar que em diversos países a medida do monitoramento eletrônico pressupõe o consentimento do réu. No Brasil não se impôs tal exigência, seja na execução penal ou, agora, na fase processual. Porém, a necessidade de consentimento do agente é implícita e o monitoramento não deve ser imposto se houver recusa expressa por parte do réu. Realmente, o monitoramento eletrônico é uma medida alternativa à prisão, o que significa que será mais benéfica para o réu a sua utilização do que a prisão preventiva, mantendo-o fora do cárcere. Em outras palavras, não há dúvidas de que o monitoramento é mais favorável que a prisão preventiva e vem, portanto, ao encontro dos interesses do próprio réu. Porém, caso o réu não concorde com a medida, opondo-se expressamente à utilização do bracelete ou da pulseira eletrônica, por qualquer motivo, o monitoramento eletrônico não deverá ser utilizado. Isto porque a medida pressupõe que o réu observe voluntariamente os deveres impostos fora do cárcere. De nada adiantaria ao magistrado impor a medida contrariamente à vontade do réu, pois este poderia, uma vez implantada a pulseira, rompê-la imediatamente, dando causa à sua revogação. Em outras palavras, embora não seja necessário o consentimento prévio (até porque se presume o interesse do réu em sair da prisão e obter medida menos gravosa), caso haja manifestação contrária da defesa, a medida não deve ser implantada, pois pressupõe que o réu cumpra os seus deveres voluntariamente. Porém, se a defesa se recusar à medida, haverá a consequência desfavorável de, não havendo outra medida adequada à substituição da prisão, ficar o réu preso cautelarmente.

5.10.5. Constitucionalidade do monitoramento eletrônico

Dúvidas surgirão sobre a constitucionalidade da medida. Alguns certamente afirmarão que se trata de medida que viola a dignidade da pessoa humana, por estigmatizar o preso, que seria uma nova forma de tortura, um excesso de punição ou, ainda, de violação à privacidade do preso e de sua família, alegando que o Estado estaria se transformando em um verdadeiro *Big Brother*, retratado por George Orwell em seu livro *1984*. Afirmam outros que a medida transformará a residência em uma nova e moderna forma de prisão.

Nada obstante tais argumentos, não nos parece que haja qualquer inconstitucionalidade na medida. Isto porque visa justamente evitar os malefícios da prisão e preservar a dignidade e a liberdade do próprio réu. Como dito, o monitoramento eletrônico é uma medida alternativa à prisão, o que significa que será mais benéfica para o réu a sua utilização do que a prisão preventiva, mantendo-o fora do cárcere. Em outras palavras, não há dúvidas de que o monitoramento é mais favorável que a prisão preventiva e vem, portanto, ao encontro dos interesses do próprio réu.

Além disso, a medida traz enorme economia para o Estado. Ao contrário do que muitas vezes se imagina, o monitoramento é medida muito mais econô-

mica aos cofres públicos que a prisão. Estudos franceses indicam que o dia na prisão custa cerca de R\$ 180,00, enquanto a utilização do bracelete eletrônico custaria R\$ 45,00 por dia.⁶⁹ E o monitoramento permite diminuir o número de pessoas presas cautelarmente, sob a custódia do Estado. Não bastasse, o monitoramento certamente é medida muito menos gravosa que a prisão do réu, evitando o custo social e nefasto que a prisão traz, notadamente decorrente da privação de contato com a família, do estabelecimento de vínculos com outros criminosos na prisão, da impossibilidade de o agente continuar a trabalhar e exercer suas atividades normais etc. Veja, assim, que o monitoramento atende, em tudo, o princípio da proporcionalidade-necessidade, ou seja, é medida muito menos gravosa não apenas para a sociedade, mas sobretudo para o réu. Isto se mostra ainda mais claro sob a perspectiva do acusado, pois dependerá de seu consentimento para a implantação.

Em relação à estigmatização, como já afirmamos, o dispositivo de monitoramento deve ser não ostensivo, justamente para assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF). Destaque-se que a evolução das tecnologias tem permitido a redução dos braceletes ao tamanho de um relógio de pulso ou até menores, que podem ficar ocultos e imperceptíveis.⁷⁰ Certamente causa muito menos estigmas que a manutenção do agente na prisão.

Quanto à suposta violação da privacidade, embora haja tal restrição, não se pode taxá-la de inconstitucional. A restrição a esse direito não é total, mas apenas em relação ao local em que o preso se encontra, preservando-se os demais aspectos da privacidade. E não se esqueça: é medida muito menos restritiva que a manutenção do acusado no cárcere. Conforme afirmam Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo, “não se pode olvidar que se trata de uma alternativa à prisão e, por isso mesmo, a pessoa monitorada não está imune a privações. Ressalta-se que a restrição à privacidade daí decorrente não pode sequer ser comparada com os prejuízos físicos, psíquicos e emocionais ensejados pelo cárcere, o qual não resguarda qualquer privacidade ao preso.”⁷¹

Não bastasse, o monitoramento é plenamente justificado para a proteção de outros interesses igualmente relevantes para a sociedade. A restrição à privacidade – parcial apenas – é justificada à luz de outros bens jurídicos, de igual estatura. Ademais, a medida de monitoramento é uma restrição que deve ser limitada no tempo, afastando-se qualquer alegação de que se trata de medida semelhante às descritas por George Orwell em seu famoso livro.

Ressalte-se, ademais, que a localização de qualquer pessoa que possua telefone celular já é possível por intermédio das companhias de telefonia

⁶⁹ Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 13.

⁷⁰ Carlos Eduardo Ariano Japiassú e Celina Maria Macedo. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 28.

⁷¹ *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*, p. 28.

móvel.⁷² Da mesma forma, os veículos das seguradoras, que possuem *chips* implantados em seu interior, permitindo a sua localização a qualquer tempo. Se o magistrado poderia obter os dados junto às companhias sobre o local onde o réu se encontrava *a posteriori*, não há porque impedir que obtenha tais dados concomitantemente, especialmente porque se trata de medida cautelar, relevante para atingir os fins do processo.

De outro giro, há quem alegue que ainda não são conhecidos os efeitos para a saúde da pessoa que utiliza o sistema de monitoração eletrônica, em razão das ondas eletromagnéticas enviadas. Embora tais efeitos não sejam realmente conhecidos em longo prazo, esse risco é existente para toda e qualquer pessoa que viva na sociedade atual. Isto porque a exposição às ondas eletromagnéticas ocorre diariamente, seja em razão da utilização de celulares (próprios ou de terceiros), aparelhos domésticos, etc. Como afirma Túlio Vianna, diante da ausência de indícios científicos da possibilidade de efeitos nocivos das ondas eletromagnéticas, não deve ser considerado um argumento válido para afastar o uso desta tecnologia.⁷³

Por fim, lembre-se que a medida é utilizada em diversos países do mundo há diversos anos, sem que se tenha entendido que sua utilização viole qualquer cânone constitucional.

5.10.6. Aplicação do monitoramento eletrônico no tempo

A partir da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que ocorrerá em 4 de julho de 2011,⁷⁴ o monitoramento eletrônico poderá ser aplicado imediatamente, inclusive para crimes praticados antes dessa data. Trata-se de disposição processual penal, que deve incidir a todos os processos em andamento, nos termos do art. 2º do CPP, independentemente da data em que o crime foi praticado. Mesmo para quem entenda que se trate de disposição penal, a nova disciplina é mais favorável ao réu – pois é medida que visa afastá-lo do cárcere – e, portanto, deve ser aplicada retroativamente (ou seja, para fatos anteriores a 4 de julho de 2011). Neste sentido, inclusive, foi a decisão do Conselho Constitucional francês, datada de 8 de dezembro de 2005, considerando que é possível

⁷² Por intermédio das Estações Rádio Base – ERB – é possível saber a localização de qualquer aparelho celular e, conseqüentemente, de seu proprietário. A grosso modo, as ERB são as antenas ou estações fixas utilizadas pelo aparelhos móveis para se comunicar. Utilizando seus dados é possível saber o local de onde foi feita a ligação. Ademais, muitos celulares possuem GPS, o que permite encontrá-los em determinado momento ou saber, posteriormente, por onde seus proprietários estiveram.

⁷³ Túlio Vianna. *Do Rastreamento Eletrônico como Alternativa à Pena de Prisão*, p. 159.

⁷⁴ A Lei 12.403 foi publicada no *Diário Oficial da União* em 5.5.2011 (nº 85, Seção 1, p. 1) e a sua entrada em vigor ocorreria em 60 dias, nos termos do art. 3º da referida Lei. A contagem deve ocorrer nos termos do art. 8º, § 1º, da LC 95/1998, *in verbis*: “A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subseqüente à sua consumação integral.”

a aplicação imediata do monitoramento eletrônico, afastando a incidência do princípio da não retroatividade das leis penais.⁷⁵ Voltaremos ao tema no item 15 do presente capítulo.

5.11. Prisão domiciliar alternativa à prisão

Como já tivemos oportunidade de asseverar, ao tratar da prisão domiciliar, esta foi estabelecida pelo legislador, nos arts. 317 e 318, como medida *substitutiva* de uma prisão preventiva, por questões humanitárias (ver capítulo VII, item 2). Em princípio, não visa impedir a decretação da prisão, mas substituir uma prisão preventiva já decretada anteriormente. Neste sentido, não foi estabelecida, nos arts. 317 e 318, como medida alternativa à prisão, ou seja, buscando impedir a decretação da prisão. Tanto assim que a prisão domiciliar não se encontra arrolada no art. 319 do CPP, entre as medidas alternativas à prisão. Porém, como já dissemos (ver capítulo VII, item 6), nada impede que o magistrado aplique a prisão domiciliar, mesmo fora das hipóteses do art. 318, como forma de impedir a prisão preventiva, ou seja, como medida alternativa e justamente como forma para evitar a decretação da prisão preventiva. Embora a prisão domiciliar tratada nos arts. 317 e 318 seja apenas a substitutiva a uma prisão preventiva anteriormente decretada, parece ser possível a decretação da prisão domiciliar como medida alternativa à prisão preventiva, ou seja, como forma de *impedir* – e não apenas para substituir – a decretação da prisão preventiva. Se a prisão preventiva somente deve ser decretada quando não for possível a substituição por outra medida alternativa à prisão, menos gravosa, nos termos do art. 282, § 6º, a prisão domiciliar, caso o magistrado a entenda adequada, também poderá ser imposta como forma de evitar a prisão preventiva. Embora o art. 282, § 6º, faça referência apenas ao art. 319 – não fazendo menção, portanto, aos arts. 317 e 318 – em verdade o caráter excepcional da prisão preventiva deflui da própria Constituição, especialmente pelo princípio da necessidade, desdobramento do princípio da proporcionalidade. Conforme vimos, referido princípio indica que o réu tem direito à medida menos gravosa, desde que esta seja apta a neutralizar o risco aos bens jurídicos indicados no art. 282, inc. I. Se assim é, não há como negar que poderá o juiz, se entender cabível e adequada a medida, decretar a prisão domiciliar como medida alternativa à prisão preventiva, evitando a decretação desta. Veja que deve ser situação concreta em que a prisão preventiva se mostre medida excessivamente gravosa ou inadequada para o caso. Neste caso, a prisão domiciliar, portanto, teria caráter alternativo à prisão preventiva e não seria necessária a observância das hipóteses do art. 318. Basta que a prisão domiciliar seja adequada e suficiente, no caso concreto, para neutralizar os perigos indicados no art. 282, inc. I. Por outro lado, se o magistrado verificar que a prisão domiciliar não é suficiente para neutralizar o risco e entender cabível a prisão preventiva como

⁷⁵ Citada por Jean-Charles Froment, *O Monitoramento Eletrônico. Inovações e Permanências*, p. 61.