

RODRIGO CAPEZ

**A individualização da medida cautelar pessoal no processo
penal brasileiro**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Maurício Zanoide de Moraes

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015**

5. CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

5.1. Excepcionalidade

A excepcionalidade é a nota essencial do sistema de medidas cautelares pessoais,⁸⁷⁹ de modo que qualquer provimento cautelar restritivo da liberdade jamais pode constituir a normalidade, a fisiologia do processo.

A prisão preventiva, medida excepcionalíssima⁸⁸⁰ e subsidiária, somente será admitida quando estiverem presentes os seus pressupostos (*fumus commissi delicti* – art. 312, CPP, parte final), requisitos (*periculum libertatis* – art. 312, 1ª parte, CPP) e hipóteses legais de cabimento (art. 313, CPP), e as medidas cautelares a ela alternativas se mostrarem insuficientes ou inadequadas (art. 282, §6º, CPP).

A reforma processual operada pela Lei nº 12.403/11 alterou o baricentro do sistema cautelar e introduziu radical e importantíssima mudança de paradigma. O sistema não mais gravita em torno da prisão preventiva, razão por que, sendo necessária a adoção de uma medida cautelar, o ponto de partida não é a possibilidade ou não de prisão. O raciocínio judicial deve necessariamente partir da medida de menor intensidade para, somente na hipótese de sua inadequação ou insuficiência, alcançarem-se as de maior intensidade.⁸⁸¹

Como observa Gustavo Badaró,

o juiz, portanto, não pode raciocinar a partir da prisão, e, somente quando ela se mostrar excessiva, cogitar da aplicação de medida alternativa menos gravosa. O raciocínio deve ser exatamente o contrário: estando presente uma das situações que justificam a imposição de uma medida cautelar pessoal (CPP, art. 282, *caput*, I), o magistrado deve iniciar o juízo de adequação (CPP, art. 282, *caput*, II), a partir da menos gravosa, e, se esta não se mostrar adequada, ir ascendendo em uma escala crescente das medidas alternativas mais leves para as mais gravosas, e, somente se nenhuma delas se mostrar adequada, chegar à prisão preventiva.⁸⁸²

Assim, colide frontalmente com a lógica do novo sistema de medidas cautelares o juiz aferir, em primeiro lugar, se é o caso ou não de decretar a prisão preventiva, para

⁸⁷⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 372.

⁸⁸⁰ *Idem*, *op. cit.*, pp. 351-354.

⁸⁸¹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional*. Revista do Advogado. São Paulo, n. 113, p. 97, set. 2011.

⁸⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 714.

somente então passar ao exame do cabimento de medida(s) dela diversa(s).

Por outro lado, afirmar-se que a prisão cautelar seja a *ultima ratio* não significa que a imposição de qualquer outra medida dela diversa constitua desdobramento ordinário da marcha processual, haja vista que, em maior ou menor grau, sempre haverá intervenção em um direito fundamental.

Todas as medidas cautelares, indistintamente, se destinam a enfrentar uma situação de crise processual,⁸⁸³ representada pelo *periculum libertatis*, e somente a presença dessa situação extraordinária, nos casos expressamente previstos em lei,⁸⁸⁴ autoriza o recurso a esse meio também excepcional, de modo a romper-se a inviolabilidade da liberdade individual.

A excepcionalidade, portanto, importa a exclusão do automatismo na adoção de qualquer medida cautelar, ou de sua obrigatoriedade, amparada na natureza ou gravidade da imputação.⁸⁸⁵

Nesse sentido, é absolutamente ilegal a determinação, por parte de Tribunais de Justiça ou de Tribunais Regionais Federais, de imediata expedição de mandado de prisão em desfavor de réu que respondeu em liberdade ao processo, como mero consectário do julgamento em segundo grau de apelação, antes, portanto, do trânsito em julgado e sem qualquer motivação de índole cautelar. Como aponta Maurício Zanoide de Moraes, essa prática, sem que o processo tenha sido concluído, constitui indevida antecipação da execução da pena e viola a presunção de inocência como norma de tratamento,⁸⁸⁶ razão por que tem sido coarctada pelo Supremo Tribunal Federal.⁸⁸⁷

5.2. Alternatividade

Segundo Fábio Machado de Almeida Delmanto, as medidas substitutivas, com o

⁸⁸³ CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim: UTET Giuridica, 2008, p. 34, Vol. 2.

⁸⁸⁴ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 429.

⁸⁸⁵ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 400.

⁸⁸⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 434 e 444-445. No mesmo sentido Fábio Machado de Almeida Delmanto, que invoca o “princípio do não-automatismo dos provimentos restritivos”. (DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38).

⁸⁸⁷ *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, Tribunal Pleno. Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 26/2/10; Recurso em *Habeas Corpus* nº 84.294/PE. Primeira Turma. Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 24/9/04; *Habeas Corpus* nº 98.212/RJ, Segunda Turma. Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 19/2/10; *Habeas Corpus* nº 107.178/RJ, Segunda Turma. Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 20/5/11.

próprio nome sugere, são providências voltadas para substituir uma medida cautelar já decretada por outra. Trata-se de medidas que sempre sucedem algo que já existe. “Já as medidas alternativas, embora tendentes também a evitar ou afastar a prisão provisória, diferenciam-se das substitutivas porque são aplicáveis antes mesmo da decretação da prisão. Daí porque se constituírem em alternativa ao juiz à decretação da prisão durante o processo. Nesse caso, portanto, a prisão não chega sequer a ser determinada”.⁸⁸⁸

O art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal afirma que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

É manifesta, contudo, a sua impropriedade técnica. As medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal são alternativas à prisão cautelar, e não meramente dela substitutivas,⁸⁸⁹ uma vez que, presentes o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*, é possível, desde logo e alternativamente à prisão, que as condições pessoais do agente, os fatos e suas circunstâncias autorizem a imposição de uma restrição em menor grau ao direito de liberdade, o que significa dizer que a prisão preventiva ainda não é cabível.

Como bem salientado por Gustavo Badaró, “a diferença é fundamental. No caso de medidas substitutivas, a prisão preventiva é concretamente cabível, mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa, não privativa de liberdade.”⁸⁹⁰

De todo modo, embora primariamente alternativas à prisão, as medidas cautelares diversas, na dinâmica de sua execução, podem ter caráter substitutivo. Com efeito, na hipótese de prisão preventiva já decretada, os arts. 282, § 5º, e 315 do Código de Processo Penal admitem a sua substituição por outra(s) medida(s) cautelar(es) menos gravosa(s). Aliás, essa regra é aplicável a todas as medidas cautelares diversas da prisão, que também comportam sua substituição por medida (s) de maior ou menor intensidade.⁸⁹¹

Quanto à prisão domiciliar, muito embora o art. 318 do Código de Processo Penal utilize o verbo “substituir”, não se cuida propriamente de medida substitutiva da prisão preventiva, senão de forma diversa de seu cumprimento.⁸⁹² Ao invés do imputado que teve

⁸⁸⁸ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122. Embora se trate de obra anterior à Lei nº 12.403/11, a distinção feita pelo autor permanece válida após essa reforma processual.

⁸⁸⁹ Sobre o caráter substitutivo da liberdade provisória sem fiança, vide item 5.5

⁸⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 752.

⁸⁹¹ Essa possibilidade de substituição tem relação direta com outra característica das medidas cautelares, a referibilidade. Vide item 5.4.

⁸⁹² Maurício Zanoide de Moraes, diversamente, sustenta que a prisão domiciliar é substitutiva da prisão preventiva. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 94, set. 2011.

a prisão preventiva decretada permanecer recolhido em estabelecimento prisional, sê-lo-á em sua residência (art. 317, CPP). A prisão domiciliar, portanto, não substitui a prisão preventiva, que continua válida. Tanto isso é verdade que, à exceção do imputado maior de 80 (oitenta) anos, alterada a situação fática que autoriza a prisão domiciliar (extrema debilidade por motivo de doença grave, imprescindibilidade para cuidar de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência e gestação a partir do 7º mês ou de alto risco), o imputado será recolhido no sistema penitenciário. Em suma, a prisão domiciliar não constitui nova modalidade de prisão cautelar, mas simples forma de cumprimento da prisão preventiva, à semelhança da prisão especial conferida aos advogados (art. 7º, V, da Lei nº 8.908/94) e outros agentes (art. 295, CPP).

Por sua vez, a adoção da prisão ou de medida(s) cautelar(es) dela diversa(s) dependerá do grau de cautelaridade exigido para o caso, que deverá ser máximo, no primeiro caso, e de menor intensidade, nas demais hipóteses.⁸⁹³

5.3 Provisoriedade

As medidas cautelares são provisórias porque se destinam a perdurar, no máximo, até o provimento final. Provisoriedade, portanto, deve ser entendida como antônimo de definitividade.⁸⁹⁴

Em consequência de sua provisoriedade, uma vez determinado o arquivamento do inquérito ou das peças de informação (art. 18, CPP), cessa a medida cautelar eventualmente imposta na fase da investigação preliminar.

Também nas hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa e de absolvição, ainda que caiba recurso da acusação, deve o juiz ordenar a imediata cessação de qualquer medida cautelar imposta e determinar, se o caso, que o réu seja colocado em liberdade (art. 386, parágrafo único, CPP), salvo em se tratando de absolvição imprópria por inimizabilidade

⁸⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p 753.

⁸⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 704-705. Esse autor distingue provisoriedade de temporariedade. “Nos atos provisórios seu limite temporal ou de duração está condicionado à ocorrência (ou a não ocorrência) de outra situação processual”. “Assim, a prisão preventiva é provisória porque tende a perdurar até que seja revogada ou substituída pelos efeitos da sentença transitada em julgado. Já a prisão temporária, como o próprio nome indica, é temporária, isto é, terá o término dos seus efeitos condicionado não a uma decisão de um futuro processo ou qualquer outra situação processual, mas sim ao transcurso de um determinado lapso temporal de cinco dias, ou de 30 dias, conforme o caso”. Para Agostino de Caro, a temporaneidade e a provisoriedade são corolários indispensáveis do princípio da excepcionalidade. (CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 37, Vol. 2).

ou semi-imputabilidade do réu, com imposição de medida de segurança de internação (art. 386, VI, e parágrafo único, III, CPP, e art. 96, I, CP), quando então poderá subsistir a medida cautelar de internação provisória (art. 319, VII, CPP), desde que haja motivação idônea.

As medidas de proteção impostas nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, com fundamento no art. 22 da Lei nº 11.340/06, dada a sua natureza cautelar, também não podem se prostrar para além do arquivamento do inquérito policial, rejeição da denúncia ou absolvição. Cessada a eficácia dessas medidas, ressalva-se à vítima a possibilidade de requerer a sua nova imposição, caso fatos supervenientes a justifiquem.

Na hipótese de condenação, deve o juiz, na sentença, decidir fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição da prisão ou medida cautelar dela diversa (art. 387, § 1º, CPP).⁸⁹⁵ A finalidade precípua desse dispositivo é obrigar o juiz a, motivadamente, verificar se ainda subsistem os pressupostos fáticos da medida cautelar já imposta, bem como a sua adequação e necessidade.

Em razão de sua provisoriedade, as medidas cautelares necessitam de um fator temporal de contenção, sob pena de se transformarem numa antecipação indevida da satisfação da pretensão punitiva do Estado.⁸⁹⁶

O Código de Processo Penal italiano, por exemplo, estabelece, em seu art. 303, um complexo sistema de limites de duração das medidas cautelares, predeterminando-os de acordo com a fase processual e a natureza da medida imposta, se coercitiva (que incidem na liberdade de locomoção) ou interditiva (suspensão do exercício do poder familiar; suspensão do exercício de função ou serviço público e proibição temporária de exercício de determinada atividade profissional ou empresarial). As medidas interditivas, de regra, perdem eficácia dois meses após o início de sua execução. Há quatro limites máximos intermédios (ou de fases), com durações variadas (v.g., na fase investigação, para crimes mais graves, o prazo máximo de duração da custódia é de um ano, prorrogável por até seis meses) e um limite máximo global até a sentença definitiva.⁸⁹⁷

⁸⁹⁵ A manutenção da prisão cautelar é desproporcional, e, portanto, absolutamente incompatível com a condenação a pena privativa de liberdade em regime aberto, o qual, além de se basear no senso de responsabilidade e autodisciplina do condenado (art. 114, II, da Lei nº 7.210/84), permite o cumprimento de pena em casa do albergado ou, na sua inexistência, no próprio domicílio do sentenciado, que dele pode sair para o trabalho externo. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 115.786/MG, Segunda Turma. Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 20/8/13, *Habeas Corpus* nº 114.288/RS, Primeira Turma. Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 07/6/13.

⁸⁹⁶ Nesse sentido, TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 459.

⁸⁹⁷ Confira-se, a respeito, Mario Chiavario. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp. 768-776). TONINI, Paolo. *Manuale di procedura*

O Código de Processo Penal espanhol também estabelece, em seu art. 504, prazos máximos de duração da prisão cautelar, em atenção à específica situação de perigo que visa debelar e à pena máxima cominada ao crime. A prisão preventiva por necessidade da instrução, por exemplo, não pode exceder a seis meses. Já a prisão para garantir a futura aplicação da lei penal não poderá exceder a um ano, se a pena máxima cominada ao crime foi igual ou inferior a um ano, ou a dois anos, se a pena máxima exceder a três anos.

Embora o Código de Processo Penal brasileiro não contenha regras dessa natureza, a Constituição Federal impõe, como direito fundamental, a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). O imputado não pode ficar indefinidamente preso cautelarmente, aguardando julgamento. Mesmo a efetividade da presunção de inocência exige o julgamento mais célere possível, uma vez que a própria persecução penal já atinge o *status dignitatis* do imputado.⁸⁹⁸

Essa garantia, aplicável a processos judiciais de qualquer natureza e que se estende ao âmbito administrativo, compreende: i) o direito a que qualquer processo (civil, penal, trabalhista) se desenvolva em prazo razoável ou sem dilações indevidas, e ii) o direito do réu preso à revogação da prisão cautelar, caso não seja julgado em prazo razoável ou sem dilações indevidas.⁸⁹⁹

Urge, portanto, que o Código de Processo Penal, à semelhança das legislações alienígenas, fixe variados prazos máximos para o julgamento de processos de réus presos e, por consequência, de duração das medidas cautelares,⁹⁰⁰ em atenção à natureza da medida imposta e do *periculum libertatis* a ser debelado, ainda que se possa admitir, em situações excepcionalíssimas, e não como regra, alguma flexibilização, sob o influxo do adjetivo “razoável”, previsto no art. art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Veja-se que o art. 108 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) determina que o procedimento de apuração de ato infracional atribuído a adolescente, caso o menor esteja internado provisoriamente, deva ser julgado sentenciado no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, sob pena de constrangimento ilegal. A inobservância desse

penale. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, pp. 459-463. GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 452-464.

⁸⁹⁸ ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 350-351.

⁸⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 34.

⁹⁰⁰ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 768.

prazo tem sido coarctada pelo Superior Tribunal de Justiça,⁹⁰¹ numa demonstração de que é possível exigir-se do Judiciário o cumprimento de prazos mais exíguos, para julgamento, em primeiro grau de jurisdição, de processos que envolvam pessoas privadas de sua liberdade.

É certo que, diante de inúmeras variáveis como a natureza da imputação, a complexidade da instrução, o elevado número de réus ou testemunhas, a necessidade de requisição de réus presos em localidades diversas para as audiências, a expedição de cartas de ordem, precatórias ou rogatórias, o manejo de sucessivos recursos, inclusive perante Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal, não é razoável estabelecer-se um prazo único e inflexível para a decisão final em processos de réus presos,⁹⁰² de modo que ao legislador caberá, primordialmente, modular essas situações.

Enquanto não ocorre essa alteração legislativa, cumpre exercer rigoroso controle sobre o prazo de duração das medidas cautelares, máxime considerando-se que a prioridade absoluta de que, em tese, devam gozar processos relativos a réus presos, não

⁹⁰¹ *Habeas Corpus* nº 192.563/ES, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 28/4/11; Recurso em *Habeas Corpus* nº 27.268/RS, Quinta Turma, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 15/3/10; Recurso em *Habeas Corpus* nº 20.626/PI, Quinta Turma, Relator o Ministro Félix Fischer, DJ de 9/4/07; Recurso em *Habeas Corpus* nº 13.435/AC, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 24/3/03 e Recurso em *Habeas Corpus* nº 12.010/DF, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJ de 18/03/02. Esses julgados reconhecem a incompatibilidade da Súmula nº 52 daquela Corte (“Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”) com os princípios fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente (excepcionalidade, brevidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento).

⁹⁰² Confirmam-se, a respeito, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: *Habeas Corpus* nº 122.546/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 16/6/14; Recurso em *Habeas Corpus* nº 118.547/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 14/5/14; *Habeas Corpus* nº 90.617/PE, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 7/3/08; *Habeas Corpus* nº 116.864/RR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 15/10/13; *Habeas Corpus* nº 116.744/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 4/09/13; *Habeas Corpus* nº 104.849/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1º/3/11; *Habeas Corpus* nº 98.689/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 6/11/09; *Habeas Corpus* nº 106.675/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 14/6/11. A ementa do acórdão proferido no Recurso em *Habeas Corpus* nº 122.642/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 9/9/14, sintetiza o posicionamento da Corte: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a demora para conclusão da instrução criminal, como circunstância apta a ensejar constrangimento ilegal, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais a mora seja decorrência de (a) evidente desídia do órgão judicial; (b) exclusiva atuação da parte acusadora; ou (c) situação incompatível com o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88 (...).” Andrey Borges de Mendonça, invocando precedentes das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, alude a três critérios, adotados também pelos Tribunais Superiores do Brasil, para determinação da razoabilidade do prazo: a) complexidade do caso; b) atividade processual do interessado (notadamente, se o acusado ou seu defensor deram causa ao atraso, como a utilização de recursos ou manobras protelatórias, o requerimento de perícias e diligências); e c) conduta das autoridades judiciais (inércia do aparelho judiciário). (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp.300-305). No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 206-209) e SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 123-130.

encontra eco na realidade. Essa questão, aliás, transcende a prisão, haja vista que a provisoriedade é característica de qualquer outra medida cautelar, que também não pode se prolongar excessivamente no tempo.⁹⁰³

A providência mais eficaz a ser adotada pelo juiz para o controle da provisoriedade da medida cautelar é a delimitação, na própria decisão que a impõe, de seu prazo de duração (v.g., 30, 60 ou 90 dias), findo o qual deverá reavaliar a necessidade ou não de sua subsistência, com a consequente revogação, substituição ou cumulação, se o caso.⁹⁰⁴

No caso de prorrogação da medida cautelar inicialmente decretada, Jordi Nieva Fenoll propõe que a prisão cautelar nunca ultrapasse determinado percentual da pena cominada ao crime objeto da imputação,⁹⁰⁵ solução que se mostra pertinente para impedir que se transforme em pena antecipada, ou, pior ainda, em castigo desproporcional e superior à pena aplicada, na hipótese, não incomum, de o imputado ficar preso provisoriamente por mais tempo do que a pena ao final inflingida.

É imprescindível, ainda, que o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública implantem mecanismos de controle temporal da prisão cautelar, com alertas periódicos e automáticos em seus sistemas informatizados de acompanhamento processual. Nesse particular, o Ministério Público, como titular da ação penal pública e responsável por zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, “promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, I, CF), deve assumir protagonismo na fiscalização da duração razoável do processo e requerer ao juiz a revogação da medida cautelar quando injustificado, ou de intolerável monta, o excesso de prazo na tramitação do feito.

Registre-se, por fim, que, embora a discussão sobre os limites temporais da custódia cautelar ordinariamente se limite ao primeiro grau de jurisdição, o excesso de

⁹⁰³ Quanto a medidas cautelares diversas da prisão, o Superior Tribunal de Justiça, v.g., já decidiu que “não há previsão legal específica regulando e estabelecendo prazo certo para o afastamento cautelar, sendo relevantes tão somente as peculiaridades de cada hipótese para aferição casuística de razoabilidade na duração da medida”. Inquérito nº 780/CE, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJe de 5/3/14. De acordo com a ementa do julgado, “é razoável a duração por pouco mais de um ano de uma investigação que, como na espécie, envolve fatos complexos, exigindo, v.g., a análise de diversas operações bancárias, contratos administrativos e relatório de contas, tornando o trabalho de descortinação da trama engendrada um verdadeiro quebra-cabeças”. Pensamos que, para orientar tanto o legislador ordinário quanto o juiz, um parâmetro constitucional para o prazo máximo de duração do afastamento cautelar do exercício da função pública, uma vez instaurada a ação penal, seja o art. 86, § 2º, da Constituição Federal: “se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular andamento do processo”.

⁹⁰⁴ O Código de Processo Penal de Portugal, por exemplo, dispõe no art. 213º, inc. 1, “a”, que o juiz procede oficiosamente ao reexame dos pressupostos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, decidindo se elas são de manter ou devem ser substituídas ou revogadas, no prazo máximo de três meses, a contar da data da sua aplicação ou do último reexame.

⁹⁰⁵ FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012, pp. 193-194.

prazo na prisão cautelar, como adverte Fauzi Hassan Choukr, também se mostra grave em segundo grau, em face da inexistência de qualquer controle sobre o prazo de julgamento de apelações ou recursos em sentido estrito contra decisões de pronúncia que envolvam réus presos.⁹⁰⁶

5.4. Referibilidade

As medidas cautelares pessoais se destinam a tutelar uma determinada situação de fato, à qual se referem, razão por que, desaparecida a sua base fática legitimadora, impõe-se a sua cessação.⁹⁰⁷

Como aduz Maurício Zanoide de Moraes, “toda a medida de coação determinada poderá ser substituída por outra que se mostre mais adequada e eficiente diante das novas situações naturalmente proporcionadas pela passagem do tempo”, seja para recrudescer, seja para minorar a restrição.⁹⁰⁸

A referibilidade está intrinsecamente ligada ao critério da atualidade:⁹⁰⁹ os pressupostos que autorizam uma medida cautelar devem estar presentes não apenas no momento de sua imposição, como também necessitam se protrair no tempo, para legitimar sua subsistência.⁹¹⁰

Três hipóteses podem se verificar em relação ao *periculum libertatis*: sua completa cessação, seu abrandamento ou seu agravamento, a ensejar, respectivamente, a revogação da medida, a sua substituição por outra(s) menos onerosa(s) ou, no último caso, a sua substituição ou cumulação com outra(s) medida(s) mais gravosa(s).

Neste particular, determina o art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal, que “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Assim, decretada a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar por

⁹⁰⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 647.

⁹⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 707. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 786. Este último autor denomina “provisionalidade” essa característica das medidas cautelares.

⁹⁰⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 398.

⁹⁰⁹ CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 61, Vol. 2.

⁹¹⁰ Logo, “não se pode manter a prisão preventiva quando, no decorrer do processo, os motivos da sua decretação se tornam insubsistentes ou não são renovados os seus fundamentos” (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 113.910 RJ. Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 1º/8/13).

necessidade da instrução, encerrada esta, desaparece o substrato fático que autoriza a sua manutenção, razão pela qual, por esse único fundamento, a medida adotada não mais pode subsistir.⁹¹¹

A referibilidade pode ainda ser exemplificada em relação a crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. O juiz, nos termos do art. 22, II e III, a e b, da Lei nº 11.340/06, pode determinar o afastamento do agressor do lar comum, bem como proibi-lo de se aproximar da ofendida e de com ela manter contato, por qualquer meio de comunicação.

Não raras vezes, quando ainda em vigor essas medidas protetivas, agressor e vítima se reconciliam e restabelecem a convivência conjugal, sem qualquer comunicação a juízo.

No primeiro conflito pós-reconciliação, a vítima se dirige à delegacia de polícia, ao Ministério Público ou comparece em juízo para noticiar que o agente se encontra em sua casa ou com ela está a manter contato, em suposto descumprimento à ordem judicial, com o fim de ver decretada a sua prisão preventiva, “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (art. 313, III, do Código de Processo Penal).⁹¹²

⁹¹¹ Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: *Habeas Corpus* nº 100.340/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 18/12/09; Recurso em *Habeas Corpus* nº 95.958/PI, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 4/9/09; *Habeas Corpus* nº 83.806/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18/6/04. No *Habeas Corpus* nº 95.009/SP, Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 19/12/08, decidiu-se que, “(...) [t]endo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por consequência, temerária, autêntica antecipação da pena”. Observamos, por outro lado, que não se descarta a possibilidade de decretação da prisão preventiva por mais de um fundamento, em relação às fontes de prova: i) necessidade da instrução para se assegurar a isenção de ânimo em depor de vítima e/ou testemunhas, no caso de ameaças ou intimidações, e ii) garantia da ordem pública, a fim de se evitar que imputado concretize ameaças de morte contra juiz, membro do Ministério Público, vítima ou testemunha, ou pratique outros atos de grave represália aos depoimentos destas últimas. Nesse caso, encerrada a instrução, a prisão subsistiria pelo segundo fundamento.

⁹¹² O descumprimento de medidas de proteção não tipifica o crime de desobediência (art. 330, CP). O Código de Processo Penal, nos arts. 282, §4º e 313, III, prevê, para o descumprimento das medidas protetivas de urgência descritas no artigo 22 da Lei 11.340/06, a possibilidade de decretação da prisão preventiva do agente, sem ressaltar, para a hipótese, a tipificação do crime de desobediência, tal como o faz, exemplificativamente, em relação à testemunha faltosa, para a qual é cabível a imposição de multa, “sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência” (artigo 219, CPP). Além disso, a Lei nº 11.340/06 também prevê sanção pecuniária para o caso de inexecução da medida protetiva (art. 22, § 4º). Pacífica, nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 49.429/DF, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJe de 3/12/14; HC nº 299.171/RS, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 26/11/14; HC nº 298.460/RS-AgRg. Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 25/11/14, HC nº 285.620/RS, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 15/8/14, RHC nº 41.970/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz. DJe de 22/8/14). Em suma, não se configura o crime de desobediência quando, para o descumprimento da ordem judicial, é cominada, por lei, sanção de natureza civil, processual ou administrativa, sem que a lei ressalve, expressamente, a cumulativa aplicação do artigo 330 do Código Penal.

Ocorre que, a despeito da reconciliação conjugal não ter sido oportunamente comunicada a juízo, desapareceu, no exato momento do restabelecimento da convivência conjugal, a base empírica das medidas protetivas anteriormente impostas. Aliás, tivesse havido tempestiva comunicação, o juiz deveria tê-las, de pronto, revogado.

Descabe, portanto, em razão da referibilidade das medidas cautelares e ante o desaparecimento dos fatos que a legitimavam, a decretação da prisão preventiva do agente por seu suposto descumprimento, nada obstando que o juiz volte a impô-las - com efeitos, obviamente, *ex nunc* - ou, em último caso, decrete a prisão preventiva, desde que presentes os seus requisitos e as suas hipóteses de cabimento, mas por fundamento diverso daquele previsto no art. 313, III, do Código de Processo Penal.

5.5. Gradualidade

A pluralidade de medidas cautelares pessoais legalmente previstas evidencia a vontade do legislador de modular a resposta cautelar, de acordo com a quantidade e a qualidade do perigo real a tutelar.⁹¹³ Trata-se de um “modelo de pluralidade graduada”,⁹¹⁴ em que as medidas cautelares são ordenadas em termos de progressiva aflitividade⁹¹⁵ ou de gradual intensidade de intervenção na liberdade pessoal.

O critério a ser observado é o do “mínimo sacrifício necessário”:⁹¹⁶ a compressão da liberdade do imputado deve ser contida nos limites mínimos indispensáveis para satisfazer as exigências cautelares reconhecidas no caso concreto.⁹¹⁷ Por força desse critério, o juiz “deverá procurar no rol legal a medida mais adequada no sentido vetorial da menos para a mais invasiva. Justificando, inclusive, por que as medidas menos invasivas não escolhidas não são, no caso concreto, mais apropriadas do que a medida escolhida (mais restritiva).”⁹¹⁸

⁹¹³ CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*. In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim: UTET Giuridica, 2008, p. 77, Vol. 2.

⁹¹⁴ Nesse sentido, Paolo TONINI (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 428). CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 694.

⁹¹⁵ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, p. 418. PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 504.

⁹¹⁶ Essa expressão, segundo Mario CHIAVARIO, é utilizada pela Corte Constitucional italiana. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 693).

⁹¹⁷ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 428.

⁹¹⁸ ZANOIDE DE MORAES. Mauricio. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

Nesse sentido, Hélio Tornaghi aponta que a prisão cautelar é um mal, que só deve ser tolerada, nos limites da necessidade, quando, sem ela, houver um mal maior, e não for possível a imposição de outras medidas menos más. Aduz que, em matéria de providências coercitivas, as mais onerosas somente devem ser tomadas quando não bastem as mais benignas.⁹¹⁹ Assim, v.g.,

se a medida cautelar de proibição de manter contato com pessoa determinada se mostra adequada e suficiente para eliminar a situação de risco gerada pelo estado de liberdade do imputado, a prisão preventiva, para evitar que esses contatos prejudiquem a investigação, se mostra desproporcional.⁹²⁰

Em linhas gerais, de acordo com Mario Chiavario, o princípio do “sacrifício mínimo” traduz-se numa regra de preferência em favor da situação que, concretamente, melhor tutele o direito de liberdade. Como corolário desse princípio, a execução da medida deve necessariamente resguardar todos os direitos do imputado, cujo exercício não seja incompatível com as exigências cautelares do caso concreto.⁹²¹ Trata-se, aliás, de regra expressa do Código de Processo Penal italiano (art. 277).

A gradualidade, portanto, nitidamente se identifica com o exame da proporcionalidade da medida a ser concretamente aplicada.

É mister ressaltar que o grau de afluência das medidas cautelares deve ser sempre aferido em relação ao caso em análise, haja vista que uma medida que, em abstrato, aparente ser menos invasiva poderá se traduzir, concretamente, em pesado ônus ao imputado, quiçá desproporcional. Qualquer medida, por expressa determinação legal, deve ser adequada não apenas à gravidade do crime e às circunstâncias do fato, como também às condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II, CPP).⁹²²

Ainda que, abstratamente, não se possa hierarquizar, em termos de intensidade, todas as medidas cautelares pessoais, não resta dúvida de que, quanto maior o seu grau de

2010, p. 380.

⁹¹⁹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 7 e p. 17, Vol. II.

⁹²⁰ Supremo Tribunal Federal. Inq 3842/DF-AGr-Segundo-AgrR, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. 7/10/14, DJe de 15/10/14.

⁹²¹ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, pp. 693 e 750. Sobre uso de algemas e exposição abusiva da imagem do imputado, vide item 3.1

⁹²² A proibição de se ausentar da comarca em que reside ou a obrigação de comparecimento pessoal a juízo, semanalmente, impostas a um funcionário público, não se mostram, v.g., tão gravosas quanto a sua imposição para um motorista de caminhão, representante comercial ou vendedor que realizem constantes viagens interestaduais no exercício da profissão, para os quais essas medidas poderiam constituir um ônus excessivo e intolerável. O mesmo se diga quanto à proibição de se ausentar do país, menos onerosa, em princípio, para o mesmo funcionário público ou um outro imputado de menor capacidade financeira, mas intensamente restritiva se aplicada a um executivo com negócios ou interesses no exterior.

restrição à liberdade de locomoção, mais alta se situará a medida na escala da afluência.⁹²³

Tomando-se por parâmetro o grau de intervenção na liberdade de locomoção, é possível estabelecer-se a seguinte ordem decrescente de afluência: i) prisão (preventiva ou temporária); ii) internação provisória do imputável ou semi-imputável em estabelecimento hospitalar adequado à sua condição (art. 319, VII, CPP); e iii) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V, CPP).

Há outras medidas cautelares que também incidem em menor, mas não menos relevante, grau na liberdade de locomoção: i) proibição de ausentar-se da Comarca, quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (art. 319, IV, CPP); ii) proibição de ausentar-se do País (art. 320, CPP);⁹²⁴ iii) afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 22, II, da Lei nº 11.340/06); iv) 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 (art. 319, II, CPP), bem como, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, para preservar a integridade física e psicológica da ofendida (art. 22, III, “c”, da Lei nº 11.340/06); v) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (art. 319, III, CPP e art. 22, III, “a” e “b”, da Lei nº 11.340/06);⁹²⁵ e vi) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades (art. 319, I, CPP).

A fiança, por importar na retirada do dinheiro ou dos bens depositados a esse título da esfera de disponibilidade patrimonial do imputado ou de quem vier a prestá-la (arts. 330 e 331, CPP), restringe o direito à propriedade (art. 5º, XXII, CF).

De todo modo, a fiança também afeta a liberdade de locomoção, haja vista que,

⁹²³ O Código de Processo Penal italiano, por exemplo, prevê medidas que denomina de: i) coercitivas, descritas nos arts. 280 a 286, que incidem, numa escala de intensidade crescente, sobre a liberdade de locomoção; e ii) interditivas, descritas nos arts. 287 a 290, e que são de três espécies: suspensão do exercício do poder familiar; suspensão do exercício de função ou serviço público e proibição temporária de exercício de determinada atividade profissional ou empresarial. Segundo Mario Chiavario, as medidas interditivas implicam numa temporária inibição do exercício de um poder inerente a determinada posição ocupada, no âmbito familiar ou social, pelo imputado. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale* – profilo istituzionale. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 724).

⁹²⁴ A entrega do passaporte (art. 320, CPP) constitui mero consectário da proibição de se ausentar do País.

⁹²⁵ Essa medida pode não só restringir a liberdade de locomoção, uma vez que o imputado deverá manter-se fisicamente distante de determinada pessoa, como também a liberdade de expressão e comunicação, haja vista poderá ser proibido de com ela manter contato por qualquer meio de comunicação (redes sociais, mensagens de texto, telefone, carta etc.).

além da obrigação de comparecer a todos os atos para os quais for intimado, ao afiançado é vedado mudar-se de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado (arts. 327 e 328, CPP).

A fiança, que sempre foi considerada uma medida de contracautela, com a reforma processual encetada pela Lei nº 12.403/11 passou a ter natureza cautelar, uma vez que doravante pode ser imposta originariamente pelo juiz a um imputado solto. A fiança, portanto, não mais se destina unicamente a substituir a prisão em flagrante.

Nesse sentido, ressalta Antônio Scarance Fernandes que

o acusado, ou suspeito, preso em flagrante, era colocado em liberdade mediante o pagamento da fiança, que fazia cessar a cautela, consistente na prisão provisória. Era, portanto, contracautela porque afastava a cautela decorrente na prisão em flagrante. Agora, não há razão para considerar a fiança como uma contracautela. Tem natureza cautelar, semelhante, em sua essência ao das demais medidas cautelares pessoais do artigo 319 (...).⁹²⁶

Outrossim, há medidas que, embora em si mesmas não interfiram diretamente na liberdade de locomoção,⁹²⁷ importam restrição a outros direitos fundamentais.

A monitoração eletrônica (art. 319, IX, CPP) restringe o direito à intimidade, à vida privada e até mesmo à imagem (art. 5º, X, CF), uma vez que o monitorado, além de ter sua vida rastreada, deverá portar bracelete ou tornozeleira, permitindo a qualquer um identificar sua condição. Essa medida, por si só, não comprime a liberdade de locomoção, mas é evidente que, se cumulada com outras cautelares, como sói acontecer (v.g., proibição de frequentar determinados lugares, recolhimento domiciliar noturno, delimitação de perímetro de circulação), haverá nítida restrição àquele direito.

Embora prevista como medida cautelar diversa da prisão, a monitoração eletrônica não está disciplinada pelo Código de Processo Penal. Em razão da falta de previsão legal quanto à forma e aos meios de execução da medida, bem como das hipóteses de sua revogação, há quem, como Gustavo Badaró, sustente sua inaplicabilidade.⁹²⁸ Nada obsta,

⁹²⁶ SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 324.

⁹²⁷ Evidente que qualquer medida cautelar imposta interfere no direito de liberdade, haja vista que, no caso de seu descumprimento, existe a possibilidade de sua substituição por outra(s) mais gravosa(s) e, em último caso, pela prisão preventiva.

⁹²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 786-787. Para esse autor. "antes do advento de uma lei – e não mero ato regulamentar do Poder Executivo, posto que inserto no contexto de legalidade estrita – disciplinando todos os aspectos

contudo, a aplicação, por analogia (art. 3º, CPP), dos arts. 146-C e 146-D da Lei de Execução Penal, que tratam dos deveres do monitorado e das hipóteses de revogação da medida,⁹²⁹ dada a identidade de meios e de fim (vigilância eletrônica). Aliás, o próprio art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84 determina a aplicação desse diploma legal ao “preso provisório”, vale dizer, ao réu não condenado por sentença definitiva.

Não bastasse isso, a monitoração eletrônica, prevista no art. 319, IX, do Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, foi regulamentada pelo Decreto n. 7.627, de 24 de novembro de 2011.

Por sua vez, em face da constante evolução tecnológica, não faria sentido que o Código de Processo Penal prefixasse a forma e os meios de monitoramento, sob pena de rápida obsolescência. Nesse sentido, ao permitir que o interrogatório do réu preso e a produção da prova oral se realizem por “sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real” (arts. 185, §§ 1º e 8º) e que as audiências sejam gravadas por mecanismos audiovisuais (art. 405, § 1º), o Código de Processo Penal também não detalhou a sua forma de execução.

Entendimento em sentido diverso levaria ao paroxismo de se impedir até mesmo o uso de algemas, autorizado pelo art. 199 da Lei nº 7.210/84 e pela Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que suas dimensões, hipóteses e forma de emprego não estão disciplinadas em lei e nem foi editado o Decreto Federal a que se refere o citado artigo da Lei de Execução Penal.

A nosso ver, o princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se suficiente para vedar a adoção de dispositivos que exponham, de forma aviltante e desproporcional, a condição de monitorado eletronicamente.

A suspensão do exercício de função pública⁹³⁰ ou de atividade de natureza econômica ou financeira,⁹³¹ quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (art. 319, VI, CPP), restringe o direito de liberdade em sentido amplo (art. 5º, *caput*, CF), a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CF) e

necessários para o funcionamento e controle da monitoração eletrônica, não será possível sua aplicação, nem mesmo mediante aplicação analógica dos dispositivos da Lei de Execução Penal, posto que se destinam a finalidades distintas”.

⁹²⁹ Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça. (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 462-463).

⁹³⁰ Sobre suspensão do exercício de função pública de agentes políticos e, notadamente, de titulares de mandato eletivo, vide item 3.2.3.

⁹³¹ Sobre suspensão do exercício de atividade econômica ou financeira, vide julgado do Superior Tribunal de Justiça no Recurso em *Habeas Corpus* nº 42.049/SP, Sexta Turma, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJe de 3 2 14.

a liberdade de exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único, CF).

A restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, nos casos de crimes praticados com violência doméstica (art. 22, IV, da Lei nº 11.340/06), interfere no direito de liberdade do genitor (art. 5º, *caput*, CF), no exercício do seu poder familiar (art. 1.634, CC) e no próprio direito do menor à convivência familiar (art. 227, CF).

A suspensão da posse ou restrição do porte de armas (art. 22, I, da Lei nº 11.340/06), por sua vez, interfere no direito de propriedade do imputado (art. 5º, XXII, CF).

Resta, por fim, analisar a liberdade provisória sem fiança.

“Liberdade provisória”, a nosso ver, é uma expressão equivocada, uma vez que, em um processo penal de matriz garantista, provisória deve ser a prisão cautelar, e não a liberdade, que é a regra.⁹³²

A expressão que melhor traduz a sua real natureza e finalidade é “liberdade vinculada”, na medida em que, ao se imporem restrições ou ônus àquele que a obtém, criam-se vínculos do imputado com o processo que, se descumpridos, poderão importar na adoção de medidas mais gravosas e, em último caso, na decretação da sua prisão preventiva.⁹³³ Sem embargo dessas considerações, “liberdade provisória” é a forma consagrada pela Constituição Federal (art. 5º, LXVI) e pelo legislador ordinário.⁹³⁴

A expressão “liberdade provisória” pode ainda gerar equívocos de interpretação, razão por que cumpre extremá-la das “medidas cautelares diversas da prisão” (arts. 319 e 320, CPP).

A imposição de qualquer medida cautelar diversa da prisão cria para o imputado um estado de liberdade vinculada aos fins do processo penal, de modo que, conferindo-se significado amplo ao conceito de “liberdade provisória” (*rectius*, “liberdade vinculada”), nele se subsumiriam, em princípio, todas as medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Pensamos, todavia, que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal pretendem regular, com o instituto da “liberdade provisória”, tão somente as hipóteses em que houver prisão em flagrante. Ausente esse estado coercitivo, é possível impor uma medida cautelar pessoal, mas não conceder “liberdade provisória”.

⁹³² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 887-888.

⁹³³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 119, Vol. IV. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 788. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 288.

⁹³⁴ Sobre mutação constitucional e a nova interpretação do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, vide item 4.1.

Tanto isso é verdade que o Código de Processo Penal, no art. 319, VIII, prevê a fiança como medida cautelar diversa da prisão, e não a “concessão de liberdade provisória com fiança”. A fiança pode ser originariamente imposta pelo juiz a um imputado solto, mas, nessa situação, jamais se poderia falar em “concessão de liberdade provisória com fiança”.

A liberdade provisória sem fiança não perdeu a sua natureza de contracautela, uma vez que, tal como no regime anterior à Lei nº 12.403/11, pressupõe o estado coercitivo da prisão em flagrante. É, portanto, uma contracautela à prisão em flagrante,⁹³⁵ a qual substitui.

Embora as medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal sejam alternativas à prisão e não dela substitutivas,⁹³⁶ a liberdade provisória sem fiança continua a ser substitutiva, uma vez que vocacionada a substituir “outra medida cautelar, ou melhor, pré-cautelar, no caso, a prisão em flagrante”,⁹³⁷ e que, diversamente das demais medidas cautelares e da própria fiança, não pode ser originariamente decretada pelo juiz.

O art. 321 do Código de Processo Penal determina que, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva (leia-se: que autorizam a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, uma vez que, como já exposto, a liberdade provisória pressupõe esse estado coercitivo), o juiz deverá conceder a liberdade provisória, impondo, se for o caso (= se houver uma situação de perigo para os fins ou os meios do processo, vale dizer, se estiver presente o *periculum libertatis*), quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319, observados os critérios do art. 282.⁹³⁸

⁹³⁵ No sentido de que a liberdade provisória sem fiança constitui uma contracautela: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 788-789. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 119-127, Vol. IV. Segundo Frederico Marques, “nas medidas de contracautela o pressuposto fundamental é o da existência do estado coercitivo legal, substituído, para evitar e conjurar danos irreparáveis ao status libertatis, pelo estado de liberdade provisória, ou liberdade vinculada” (*Op. cit.*, p. 37). Em sentido contrário, entendendo que sua natureza é cautelar e não de mera contracautela: SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 298. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 264, em especial a nota de rodapé n. 2.

⁹³⁶ Vide item 5.2.

⁹³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 789.

⁹³⁸ Maurício Zanoide de Moraes critica a redação do art. 321 do Código de Processo Penal. A seu ver, esse dispositivo não deixa claro que a prisão preventiva é a *ultima ratio*, por permitir a interpretação de que o primeiro passo racional do Juiz seria analisar se é caso de prisão preventiva para, somente depois, sendo a resposta negativa, verificar se é caso de concessão de liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 98,

Note-se a importância do verbo utilizado pelo art. 321 do Código de Processo Penal: o juiz deverá conceder a liberdade provisória, e não “aplicar” ou “impor” essa medida. Mais uma vez, não há sentido em “conceder” liberdade provisória a imputado que já se encontra no pleno gozo de sua liberdade, mediante a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Outrossim, como só existe liberdade provisória como contracautela à prisão em flagrante, o art. 321 do Código de Processo Penal deve necessariamente ser interpretado em conjunto com o seu art. 310, que dispõe sobre as providências que compete ao juiz adotar ao receber a comunicação da prisão em flagrante.

Se o agente, nos termos do art. 23 do Código Penal, houver praticado o fato sob o pálio de alguma excludente de antijuridicidade, o juiz deverá conceder-lhe a “liberdade provisória”, impondo-lhe, tão somente, o dever de comparecer a todos os atos processuais, nos termos do art. 310, parágrafo único, Código de Processo Penal, que não prevê a possibilidade de cumulação dessa obrigação com qualquer outra medida cautelar.

Ausente uma excludente de antijuridicidade, o juiz, após constatar a legalidade da prisão em flagrante, deverá verificar, primeiramente, a possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança, com a imposição, se o caso, de medida(s) cautelar(es) diversa(s) da prisão (art. 319, CPP).

Se reputar desnecessária a aplicação de quaisquer dessas medidas, como o art. 321 do Código de Processo Penal não prevê as obrigações a que se sujeita o imputado, pensamos que o juiz, ao conceder-lhe a liberdade provisória sem fiança, deva impor-lhe ao menos a obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, aplicando-se, por analogia, o art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Com efeito, não faria sentido que ao agente que agiu sob uma excludente de antijuridicidade deva ser imposta a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, e aquele que não se encontra ao amparo de nenhuma excludente não se sujeite a qualquer vínculo com o processo.

Como a liberdade provisória sem fiança é menos onerosa do que a liberdade provisória com fiança, não devem ser impostas, inclusive por falta de previsão legal, as demais obrigações a que se sujeita o afiançado (arts. 327 e 328, CPP).⁹³⁹

Por fim, se o imputado, após obter a liberdade provisória, deixar de comparecer,

set. 2011.

⁹³⁹ A liberdade provisória sem fiança não se confunde com aquela prevista no art. 350 do Código de Processo Penal, em que, concedida ao preso em flagrante a liberdade provisória com fiança, se ele não tiver condições financeiras de suportá-la, o juiz o sujeitará às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do referido diploma legal e, eventualmente, a outras medidas cautelares.

apesar de intimado, a algum ato da investigação ou da instrução em que sua presença se fizer necessária, não se deverá decretar, desde logo, a sua prisão preventiva. Além da possibilidade de se ordenar a sua condução coercitiva para o ato a ser renovado (art. 260 do Código de Processo Penal), o juiz ainda poderá impor outras medidas cautelares em cumulação (art. 282, § 4º, e 343, CPP), reservando-se, como *ultima ratio*, a prisão cautelar.

5.6. Cumulatividade

As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, admitindo-se, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, a substituição da medida originariamente aplicada, a imposição de outra(s) em cumulação e, em último caso, a decretação da prisão preventiva (art. 282, §§ 1º e 4º, do Código de Processo Penal).

Os vetores para a cumulação são os mesmos que norteiam a aplicação isolada da medida cautelar: adequação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado, e necessidade (art. 282, I e II, CPP).

Decretada a prisão temporária ou preventiva, em princípio não haveria espaço, diante da máxima compressão do direito de liberdade, para a aplicação cumulativa de medidas cautelares dela diversas, que, por sua própria natureza, são alternativas à prisão.⁹⁴⁰ Com efeito, preso o imputado, não faria sentido proibi-lo de se ausentar da comarca em que reside ou do País, de frequentar determinados lugares e, menos ainda, obrigá-lo ao comparecimento pessoal a juízo.

Também se mostra incompatível a cumulação de prisão cautelar com fiança, uma vez que esta medida alternativa à prisão, ainda que também se destine ao pagamento da indenização *ex delicto*, da pena pecuniária e das custas processuais (art. 336, CPP), visa assegurar o comparecimento do imputado a todos os atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou coibir resistência injustificada ao cumprimento de ordem judicial (art. 319, VIII, CPP), situações de perigo que, a toda evidência, a prisão elimina.⁹⁴¹

Vislumbramos, todavia, a possibilidade de cumulação da prisão cautelar com a proibição de se manter contato com determinada pessoa (art. 319, III, CPP), por necessidade da instrução (obstar que o imputado, v.g., oriente a ocultação ou destruição de

⁹⁴⁰ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

⁹⁴¹ *Idem, op. cit.*

elementos de informação ou provas, ou que possa influenciar no ânimo de depor de outros imputados ou testemunhas, que poderiam ser compelidos a visitá-lo, na condição de “amigos”); para garantir a futura aplicação da lei penal (obstar que o imputado, v.g., instrua terceiro a ocultar o produto do crime ou qualquer bem que constitua proveito auferido com a prática do fato criminoso, cuja perda constituirá efeito da condenação, nos termos do art. 91, II, “b”, do Código Penal) ou para garantir a ordem pública (obstar que o imputado, do cárcere, coordene atividades criminosas).⁹⁴²

Disso resulta que o juiz, motivadamente, havendo graves e fundadas razões para tanto, possa restringir o direito do preso provisório de receber visitas de pessoas determinadas (cônjuge, companheira, parentes ou amigos), assegurado, *prima facie*, pela Lei de Execução Penal.⁹⁴³

Por fim, ressalte-se que somente pode haver cumulação de medidas cautelares para atender às exigências cautelares da situação de perigo individualizada (*periculum libertatis*), e não para garantir o cumprimento de outra medida cautelar. A fiança, v.g., presta-se a atender às finalidades descritas nos arts. 319, VIII, e 336, ambos do Código de Processo Penal, e não para assegurar que o imputado cumpra as medidas cautelares de recolhimento domiciliar ou de comparecimento pessoal a juízo.⁹⁴⁴

⁹⁴² O exemplo citado contraria a assertiva de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró de que “não haverá situação em que ambas as modalidades de medidas cautelares – prisão preventiva, de um lado, e medidas alternativas dos arts. 319 e 320, de outro – sejam, em concreto, igualmente possíveis”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 753).

⁹⁴³ Nos termos do art. 41, X, da Lei nº 7.210/84, aplicável ao preso provisório por força do art. 2º, § único, do referido diploma legal, constitui direito do preso receber “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”.

⁹⁴⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.