



IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público

EDB – Escola de Direito de Brasília

Ana Cláudia Loiola de Moraes Mendes

A Gravidade do Delito e as Medidas Cautelares Substitutivas à Prisão

**Trabalho apresentado como requisito para obtenção do
título de especialista em Direito Penal e Processual Penal**

ANA CLAUDIA LOIOLA DE MORAIS MENDES

A Gravidade do Delito e as Medidas Cautelares Substitutivas à Prisão

Trabalho apresentado ao Curso de Pós-Graduação
em Direito *lato sensu* em Direito Penal e Processual
Penal.

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2014**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo das medidas cautelares substitutivas da prisão, instituídas pela Lei n.º 12.403/2011, tomando como base o critério da gravidade dos delitos, na tarefa de particularização e aplicação da providência mais adequada ao caso que se apresenta a análise pelo julgador.

Palavras-chave: medidas, cautelares, substitutivas, prisão, gravidade, delitos.

ABSTRACT

This paper aims to study the substitute prison precautionary procedures, introduced by Law no. 12.403/2011, based on the criterion of the gravity of the crimes, in the task of particularization and implementing the widest appropriate action to the case that is presented analysis by the judge.

Keywords: prison precautionary procedures, gravity, crimes.

SUMÁRIO

Introdução.....	01
1 O princípio da presunção de inocência como balizador no Estado de Direito.....	05
2 As medidas cautelares. Pressupostos de admissibilidade. O <i>fumus commissi delicti</i> e o <i>periculum libertatis</i>	08
3 A prisão preventiva – natureza jurídica e requisitos.....	11
4 As medidas cautelares substitutivas da prisão.....	13
5 A gravidade do delito como requisito autorizador da fixação de medida cautelar substitutiva.....	20
6 A previsão legislativa da gravidade do delito como critério de fixação da medida cautelar substitutiva à prisão. Um paralelo com a interpretação jurisprudencial do termo. Gravidade abstrata ou gravidade concreta?.....	28
7 As medidas substitutivas aplicáveis – rol restritivo do artigo 319 do Código de Processo Penal.....	31
Conclusão.....	37
Referências bibliográficas.....	39

No estágio atual de desenvolvimento de nosso sistema jurídico, resultado da construção de conceitos oriundos de demandas sociais históricas, impossível conceber-se a atuação judicial sem que esta seja orientada, precipuamente, por critérios interpretativos que concretizem, ao final, a efetividade da jurisdição.

O processo penal, como instrumento limitador do poder punitivo estatal, só pode ser exercido dentro do estrito respeito às regras do devido processo legal. O Estado Democrático de Direito, tal como compreendido hoje, somente se legitima na proteção dos direitos fundamentais, comprometendo-se não somente com as garantias individuais, mas também com a efetividade na persecução penal, buscando assim o equilíbrio e o cumprimento de seus deveres de proteção. Esse compromisso dirige-se ao todos os que se encontram na posição de agentes estatais, ou seja, tanto para o legislador, como o aplicador da lei, no caso específico, o juiz.

No processo penal, entre o evento que enseja a formação da relação jurídico-processual (fato delituoso) e o provimento final buscado (aplicação da lei penal mediante sentença), uma infinita gama de eventos pode ocorrer, prejudicando ou comprometendo a atuação jurisdicional, podendo afetar a eficácia e utilidade final do julgado. O aplicador do Direito vê-se, portanto, diante da necessidade de providências urgentes que eliminem ou ao menos amenizem o perigo, vislumbrando-se, portanto, a aplicabilidade das medidas cautelares¹.

E é inevitavelmente no conflito entre interesses, ocorrido desde a instauração da relação jurídico processual-penal, deve o Estado garantir, de um lado, a manutenção da ordem e segurança pública, e de outro, defender a liberdade do indivíduo².

As medidas cautelares, portanto, apresentam-se como instrumentos para preservação da efetividade do processo, do resultado final útil do mesmo, guardando estreita relação com o princípio da presunção de inocência, na medida em que trabalham, inevitavelmente, com restrição de direito ao indivíduo, no caso, aquele a quem se imputa a prática de crime.

¹ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo. RT, 1999.

² Id.ib.



As cautelares expressam, com maior vigor, a autonomia do Direito Processual Penal, instrumento de realização do Direito Penal material, na medida em que concretizam sanções abstratamente consideradas por este último a fatos por ele definidos como antijurídicos. Indica, assim, o caminho (série de atos) necessário para averiguar o conteúdo da verdade firmada na lei substantiva, e na justa medida, averiguar a reação estatal concreta correspondente³.

Utilizando-se da cautela na análise do caso concreto que se irá trabalhar com o balanço entre a concepção do sistema penal instrumento de antecipação (cautelar) da efetividade da jurisdição e o pleno direito à liberdade do acusado no decorrer do processo.

Nesta linha, e com vista a assegurar a efetividade do resultado final do processo, com o nítido propósito de relegar a segregação provisória do indivíduo apenas aos casos mais graves, veio a Lei n. 12.403, de 05 de maio de 2011 apresentar alternativas à prisão provisória no direito processual brasileiro. Insere-se, assim, a previsão de medidas cautelares alternativas à prisão, reservando a esta última papel condicionado à indispensabilidade da medida, consoante criterioso juízo de adequação, proporcionalidade e necessidade⁴.

Procurando dar tratamento pormenorizado ao tema da prisão e demais cautelares, assim como superar as distorções produzidas ao longo das reformas pontuais operadas no Código de Processo Penal, que terminaram por desfigurar completamente o sistema processual anterior, veio a lei 12.403/2011, trazendo alterações profundas na matéria. Neste contexto, buscou a nova legislação dar tratamento sistemático e estruturado às medidas cautelares pessoais e liberdade provisória, aumentando o rol das primeiras, disciplinando com maior rigor a questão da prisão preventiva.

Orientado pelo critério da prisão preventiva como ultima *ratio*, deverá o aplicador do Direito, diante do caso concreto, verificar a possibilidade de substituição da segregação provisória por uma das medidas cautelares menos gravosas.

³ MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal: fundamentos. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

⁴ PACELLI, Eugenio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 4ª ed. São Paulo. Atlas, p. 541.



Como qualquer obra humana, as alterações estão sujeitas a críticas, mas também a reflexões, mormente no que diz respeito a fixação de medidas cautelares, tomando em consideração as circunstâncias do caso concreto, e vislumbrando o aplicador do Direito, determinados requisitos traçados na lei para tanto. Abandonado o modelo anterior – que vislumbrava ou a decretação da prisão preventiva, medida máxima, como garantia da ordem pública, econômica, aplicação da lei penal ou instrução penal, ou meramente a liberdade (provisória), vinculada a fiança ou a termo de comparecimento aos atos do processo – depara-se o intérprete do Direito com toda uma gama de caminhos a serem trilhados, de acordo com as condições do réu, circunstâncias do fato e outros requisitos a serem considerados na análise do caso concreto.

No caso da alteração legislativa referida, pode-se perceber sem muita dificuldade que o legislador, ao disciplinar a matéria no artigo 282, I, determinou que, na aplicação das medidas cautelares, deverão ser observados os critérios de adequação da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Tal questão assume especial relevância na medida em que a articulação da gravidade do crime como argumento hábil à decretação da prisão cautelar é matéria controvertida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵.

Ou seja, se para a mais alta Corte de Justiça de nosso país, a gravidade do crime, abstratamente considerada, não pode servir de suporte ao decreto de prisão preventiva, há que se imaginar se para a imposição de medidas menos gravosas ao indivíduo – mas que mesmo assim reflitam restrição de seu direito à liberdade, ainda que em menor grau – a mera aferição desse requisito pode, também, amparar uma decisão desta natureza.

Neste sentido, a prática cotidiana não revela tarefa das mais fáceis. Premido pela necessidade de imediata retorsão ao mal que chega a conhecimento primário, de um lado, analisando a gravidade do crime, e de outro, visualizando a realidade nefasta presente no sistema prisional do país, ao Juiz incumbe a árdua tarefa de quantificar e qualificar, de pronto, se a cada caso é possível a imposição de medida cautelar que não imponha a segregação do indivíduo, realizando verdadeiro juízo de prognose.

⁵ STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomas de. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora: 2012.



Necessária, portanto, se faz a delimitação do que venha a ser gravidade do crime, como critério balizador para a fixação de medida cautelar que, embora substitua a segregação maior da liberdade do indivíduo, constitui, também, providência restritiva de direitos do cidadão.

1 O princípio da presunção de inocência como balizador no Estado de Direito

Num Estado minimamente organizado, submetido a mandamentos que provenham de uma constituição democrática, o processo penal vem legitimado como garantia de proteção do cidadão contra o poder. A uma Constituição democrática deve corresponder um processo penal democrático, instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.

Como consequência, pode-se inferir com certa suficiência que a liberdade individual, decorrente necessariamente do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, constitui pressuposto para o Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que a liberdade individual é primado do processo penal, e a legitimação do poder de punir decorre de um estado estruturado na proteção desses direitos.

O processo penal, assim, sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, não pode mais ser visto como simples instrumento a serviço do poder punitivo, senão como limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Somente se admite o processo penal quando, ao longo dele, forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente deferidas à proteção do direito de liberdade do indivíduo⁶.

Neste contexto, a Constituição encampa diversos mandamentos limitadores do poder estatal, no intuito de garantia da liberdade do indivíduo, e, dentre eles, o princípio da presunção de inocência.

Em nosso sistema jurídico, a presunção de inocência vem expressamente consagrada no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, que preconiza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo este o princípio norteador de todo o processo penal, verdadeiro critério pelo qual se pode aferir o nível de civilidade de determinada sociedade, quanto maior for sua observância e eficácia.

Referido postulado decorre do princípio da jurisdicionalidade, pois se esta é necessária para a obtenção da prova do cometimento, por alguém, de determinado delito, até que esta prova se produza, dentro de um processo regular, nenhum delito pode considerar-se

⁶ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.



cometido, e ninguém pode ser considerado culpado, e por conseguinte, submetido a uma pena⁷. Funda-se na necessidade de proteção maior do indivíduo, mesmo que com essa proteção tenha-se que arcar com o preço da impunidade de algum culpável, na medida em que se o interesse maior encontra-se na proteção do direito de todos os inocentes⁸, seja diante do alto custo da prisão de um destes, seja em razão das péssimas condições de nosso sistema carcerário.

Destarte, a presunção de inocência, dentro desta carta de princípios, impõe ao intérprete um dever de tratamento específico, conferindo ao acusado em processo penal a condição de ser considerado, em todas as dimensões, sujeito de direitos não submetido a juízo prévio de culpabilidade.

Neste contexto, importa significa dizer que o princípio impõe ao Estado-acusação o ônus de demonstrar cabalmente a culpabilidade daquele a quem se imputa a prática da infração penal. Nesta linha – e já que não compete ao indivíduo a prova de sua inocência, mas ao contrário, ao Estado a prova da sua culpa – ao juiz se impõe uma série de restrições ao uso das medidas cautelares, seja restritivas de direitos, seja a medida cautelar mais gravosa, qual seja, a prisão cautelar.

A análise da extensão da presunção de inocência parte de duas orientações principais. A primeira, mais restritiva, vincula o princípio exclusivamente ao *onus probandi*, entendendo-se que, por ostentar o réu o status de inocente até decisão final, impõe-se ao órgão acusador o ônus de demonstrar os fatos imputados na peça inicial. Ou seja, não é o réu que deve provar sua inocência, mas sim o acusador provar a culpa.

De outra parte, funda-se a outra orientação no sentido de abranger também a regra fundamental sobre a prisão cautelar. Ou seja, partindo-se do pressuposto de que alguém somente pode ser considerado culpado após sentença condenatória de que não mais caiba recurso, a prisão somente se justificaria, durante o processo, quando ostentasse natureza cautelar, ou seja, quando necessária em face de circunstâncias concretas da causa⁹.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

⁸ LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 283.



Significa dizer que a presunção de inocência impõe ao Estado-acusação o ônus de demonstrar cabalmente a culpabilidade daquele a quem se imputa a prática da infração penal. Nesta linha – e já que não compete ao indivíduo a prova de sua inocência, mas ao contrário, ao Estado a prova da sua culpa – ao juiz se impõe uma série de restrições ao uso das medidas cautelares, seja restritivas de direitos, seja a medida cautelar mais gravosa, qual seja, a prisão cautelar.

Em outro aspecto, desta feita no aspecto externo, a presunção de inocência exige proteção contra eventual publicidade e estigmatização do acusado, preservando-se, na medida do possível, a imagem, a dignidade e privacidade daquele a quem se imputa a prática de crime, até pronunciamento final de mérito¹⁰.

Evidentemente, a presunção de inocência não impede que, no curso do processo, e havendo elementos suficientes, seja decretada alguma medida restritiva de direitos do acusado, ou mesmo daquele a quem se imputa, preliminarmente e em juízo indiciário, a prática de crime. Qualquer medida restritiva de direitos, no sistema jurídico processual, pelo caráter cautelar de que se reveste – ou seja, não revestindo nenhuma função punitiva ou penal, definitiva – pode perfeitamente coexistir com a presunção de inocência, constitucionalmente assegurada.

Era essa, inclusive, a *ratio* imanente ao enunciado da Súmula 09 do STJ, que embora atualmente não tenha mais valia em seus termos literais – diante da revogação do artigo 549 do Código de Processo Penal, guarda sintonia com toda a lógica instituída ao caso. Ou seja, pode-se concluir, sem muita dificuldade, que a imposição de medidas cautelares restritivas de direitos e a presunção de inocência coexistem pacificamente, não havendo, pois, incompatibilidade entre ambas.

¹⁰ Id., ib.

2 As medidas cautelares penais. Pressupostos de admissibilidade. O *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Como seqüência ordenada de atos, tendentes à satisfação do *jus puniendi*, o processo penal experimenta a necessidade – assim como o processo civil – da satisfação de providências urgentes, que acaso não satisfeitas frustrariam, com o decurso do tempo, a efetivação do próprio provimento jurisdicional final. Assim, a exemplo do que ocorre nas lides de natureza civil, também no processo penal, existem medidas urgentes, cuja satisfação não exige dilação probatória exaustiva, bastando apenas a demonstração do juízo de probabilidade, para a própria preservação do direito buscado ao final da demanda.

Ao contrário do entendimento daqueles que preferem uma unificação, na teoria geral do processo, da sistemática do processo civil ao processo penal, melhor razão assiste àqueles que defendem não haver o Código de Processo Penal contemplado o chamado processo cautelar, não existindo, portanto, a nomenclatura “ação cautelar”. Isto porque, dentro da sistemática processual penal, os procedimentos de urgência referem-se, na disposição legalmente prevista, a medidas acauteladoras, que visam unicamente à efetivação do processo final, sendo nominadas como medidas cautelares.

Essa questão foi muito bem tratada por TUCCI¹¹, que categoricamente refuta a possibilidade de uma ação cautelar, concebendo apenas ações cognitivas e executivas. O que se tem são ‘medidas cautelares penais’, a serem tomadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento e até mesmo no processo de execução. As prisões cautelares, sequestros de bens, hipoteca legal e outras são meras medidas incidentais (ainda que na fase pré-processual, na qual se cogitaria de um pseudocaráter preparatório), em que não há o exercício de uma ação específica, que gere um processo cautelar diferente do processo de conhecimento ou que possua uma ação penal autônoma.¹²

Assim, conforme já salientado, entre o fato ensejador da persecução penal e o provimento final buscado (qual seja, a aplicação da lei penal ao fato criminoso praticado) existe um lapso temporal cujos efeitos devem ser minimizados mediante a utilização de providências, pelo juiz, seja para garantir a efetividade do próprio provimento buscado, seja para garantir a incolumidade da vítima eventualmente envolvida, dependendo das circunstâncias do caso.

¹¹ TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do direito processual penal p. 10

¹² LOPES Jr., Aury. Prisões Cautelares. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28.



As medidas cautelares de natureza penal buscam, assim, garantir o desenvolvimento regular do processo penal e, ao final, a eficaz aplicação da lei penal, a eficaz efetivação do *jus puniendi*. São, portanto e em regra, medidas destinadas à tutela do processo.

Não constituem, todavia, um fim em si mesmas, dependendo sempre da existência de um processo principal em curso, mediante o qual se busca a satisfação da lei penal, mediante provimento jurisdicional final, de caráter sancionador. A autonomia das medidas cautelares tem, portanto, apenas caráter instrumental, constituindo meio para que se realize a tutela jurisdicional do processo de conhecimento¹³.

Diferentemente da doutrina tradicional, da teoria geral do processo, por meio da qual, tanto no processo civil, quanto no processo penal, se distinguem os requisitos autorizadores para deferimento das medidas cautelares o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora), no processo penal existe uma demanda específica que leva a inferir, sem muita dificuldade, pela insuficiência deste critério aplicador.

Para o deferimento de uma medida cautelar, no processo civil, considera-se a ocorrência da fumaça do bom direito (consignada na verossimilhança das alegações da parte em face do direito invocado). Todavia, no processo penal, o “bom direito” invocado constituir-se-ia no delito apontado como causa de pedir da cautelar. Tal afirmação levaria, em princípio, a perplexidade em se afirmar que o delito poderia constituir o “bom direito” apto ao deferimento da cautelar pretendida.

Sendo assim, melhor seria nominar, ao invés da tradicional doutrina que aponta como requisito, também no processo penal, o *fumus boni juris* (“fumaça do bom direito”), agora o *fumus commissi delicti*, como probabilidade de ocorrência de um delito, que nada mais é que a certeza da materialidade (ocorrência de fato delituoso) juntamente com os indícios de autoria.

O mesmo raciocínio se dá com relação ao segundo requisito, o *periculum in mora* (“perigo da demora”). No caso das cautelares de natureza penal, a análise do perigo, nestes casos e em razão das circunstâncias peculiares de cada caso, se dá com relação ao perigo criado pela conduta daquele a quem se imputa a prática de crime. Sendo assim, o

¹³ In FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 280.



perigo não resulta da demora transcorrida até um pronunciamento judicial final sobre o caso, mas sobre o risco criado pela conduta do indivíduo. Ou seja, não é o tempo que enseja o perecimento do objeto principal do processo, mas a conduta do indivíduo imputado, a situação eventual de liberdade do indivíduo imputado e seus reflexos no processo penal principal. Uma vez que este perigo decorre do estado de liberdade do imputado, a melhor designação para o segundo requisito para deferimento da medida cautelar de natureza penal se afigura o *periculum libertatis*, no lugar do *periculum in mora* tradicionalmente utilizado.

É necessário abandonar a doutrina civilista de CALAMANDREI para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do processo penal, recordando, sempre, que as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva.¹⁴

Dentro dessa sistemática, o Código de Processo Penal prevê medidas cautelares patrimoniais (nominadas como medidas assecuratórias) – arresto, sequestro e especialização e registro da hipoteca legal – tendo como objetivo principal garantir à vítima ou seus sucessores a reparação dos danos sofridos com a infração penal e, ao lado delas, as medidas cautelares pessoais – prisões cautelares (prisão preventiva e prisão temporária) e medidas cautelares diversas da prisão, nestas últimas incluída a cautelar real da fiança.

As medidas cautelares visam garantir, conforme atrás salientado, a persecução penal, aplicação da lei penal ou garantia da ordem pública ou econômica, sempre se levando em conta que a restrição total da liberdade – com a prisão do indivíduo – deverá ser a *ultima ratio* adotada pelo operador do Direito.

¹⁴ Id., ib., p. 27

3 A Prisão preventiva – natureza jurídica e requisitos.

Dentro do sistema instituído para proteção, de um lado, do interesse maior da sociedade, manifestado na preservação e manutenção da segurança pública, e do indivíduo que se vê acusado da prática de delito, vêm previstas em nossa legislação uma série de medidas restritivas, sendo a mais gravosa de todas a prisão preventiva, cujos critérios para fixação vêm previstos nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal.

Antes, porém, há que se considerar que, por se tratar de ato jurisdicional, deverá sempre trazer consigo a necessária motivação, nos exatos termos previstos na Constituição Federal (art. 93, IX) e agora, da nova redação do artigo 315 do CPP: “A decisão eu decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Tal decorre da jurisdicionalidade inafastável aos casos em questão, intimamente relacionada ao princípio do devido processo legal. Ou seja, a privação da liberdade dar-se-á sempre dentro do contexto processual.

A jurisdicionalidade vem consagrada no art. 5º, LXI da Constituição Federal que preconiza que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar”

A regra, geral, vem minudenciada no artigo 283 do CPP, que em sua nova redação assim determina:

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

Em um primeiro momento, poder-se-ia contestar a compatibilidade entre os princípios da jurisdicionalidade e da presunção de inocência, relegando a prisão cautelar a algo completamente inadmissível. Todavia, diante da extrema necessidade que a prática cotidiana evidencia, e justamente porque a realidade compele a admitir-se certas práticas em nome da manutenção do direito da coletividade, infere-se que a prisão cautelar há que ser tolerada quando cumprir sua função instrumental-cautelar, em nome da necessidade e proporcionalidade¹⁵.

¹⁵ LOPES Jr., Aury. Prisões Cautelares. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.



Apresentando inegável caráter de prisão cautelar de natureza processual, deve preencher os requisitos típicos de toda medida cautelar: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Inserida, portanto, naquelas medidas indispensáveis quando houver risco à efetividade da persecução penal, compreendida tanto na fase de investigação quanto no processo propriamente dito, não que ser analisadas as situações de fato, ou seja, em cada caso concreto, que permitam inferir seja a existência de risco ao processo, seja a existência de fatores extrínsecos a este (como no caso da proteção à ordem pública ou à ordem econômica), a fim de ser autorizada a privação provisória da liberdade do indivíduo¹⁶.

Demanda-se, para sua decretação, a existência desses três fatores: prova da existência do crime (materialidade); indício suficiente de autoria (razoáveis indicações de ser o indiciado ou réu o autor da infração penal), conjugados com um elemento variável, consubstanciado seja na garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou garantia de aplicação da lei penal.

Ocorrentes qualquer um dos requisitos, aliados à prova da materialidade e indícios de autoria, resta autorizada a decretação da medida maior restritiva da liberdade do cidadão. O juízo que se faz, na decretação da cautelar mais gravosa, segue os critérios comuns à cautelaridade do momento, juízo prévio, deliberativo, fundado portanto em uma análise perfunctória dos elementos de cognição trazidos até aquele momento. A urgência do caso e a proteção maior dos interesses ali envolvidos não permitem que o bem jurídico tutelado aguarde até o final desfecho do processo.

¹⁶ PACHELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 619.

4 As medidas cautelares substitutivas da prisão – alterações inseridas pela lei 12.403/2011.

Até há bem pouco tempo, a sistemática de tratamento, no processo penal, quanto aos provimentos cautelares, resumia-se unicamente à análise da necessidade de segregação da liberdade do indivíduo ou, em não havendo motivos que autorizassem a constrição última, a liberdade provisória mediante fiança ou a fixação, no máximo, de compromisso de comparecimento do autuado ou acusado aos termos do processo. Em outras palavras, entre a restrição absoluta e a liberdade do indivíduo não havia um meio-termo.

Com o enfraquecimento do instituto da fiança, decorrente da inserção, no sistema, de nova redação ao artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal (com a edição da lei n.º 6.416/77), ou o indivíduo permanecia preso, se ocorrente alguma das hipóteses previstas no artigo 312 do mesmo diploma, ou lhe era deferida a liberdade (provisória), mediante compromisso de comparecimento aos atos do processo. A fiança, inicialmente vista como medida de contracautela à prisão em flagrante, permitindo ao autor da conduta criminosa responder ao inquérito ou processo penal em liberdade, mediante pagamento de determinada importância e sob obrigações impostas pela lei¹⁷, praticamente caiu em desuso, não somente pela imposição, a crimes mais graves, à sistemática instituída com a inserção do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, como pela impossibilidade de balizamento de critérios objetivos que ensejassem uma justa imposição de valores para a liberdade do indivíduo.

Destarte, a ausência de tratamento sistemático ao tema, seja pela legislação (que trazia consigo o paradoxo de, em crimes inafiançáveis, ou seja, mais graves, poder-se desde logo conceder-se a liberdade provisória, mediante compromisso de comparecimento aos atos do processo), seja pela prática verificada (que ensejava um “arbitrário arbitramento”¹⁸, sem qualquer motivação ou fundamentação, o que impedia efetivo controle sobre o ato, pelas partes), levou ao desuso do instituto.

Evidentemente, a ausência de previsão de tratamento aos casos não tão graves, que justificassem a restrição absoluta do direito de liberdade, mas também não sem

¹⁷ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Processo Penal Pensado e Aplicado. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 79.

¹⁸ Id., ib. p. 80



ofensividade que admitissem apenas e tão-somente o compromisso de comparecimento ensejou a proliferação de um sem-número de casos de segregação de liberdade absolutamente desnecessárias, com a conseqüente superlotação dos estabelecimentos prisionais situados país afora, como medida de preservação da credibilidade do sistema criminal pátrio, sem que tais providências redundassem em uma diminuição efetiva da criminalidade no país.

A lei n.º 12.403, de 05 de maio de 2011, com vigência a partir de 4 de julho de 2011, veio apresentar alternativas à prisão no sistema processual penal brasileiro. Ao prever diversas medidas cautelares diversas da prisão, reservando a esta última papel condicionado à sua indispensabilidade, mediante juízo de legalidade, proporcionalidade e adequação, instituiu regra básica de que a segregação extrema da liberdade seria a exceção, ou seja, aumentando o rol de opções à disposição do juiz para, não sendo o caso de decretação da medida extrema, fixar determinadas medidas que possibilitassem, de um lado, a efetividade do processo, sem prejudicar o direito de liberdade do indivíduo.

Buscando atualizar e sistematizar o tratamento conferido à prisão, medidas cautelares e liberdade provisória, assim como a fiança, tentou-se superar as distorções operadas no Código de Processo Penal com as sucessivas reformas que, ao romperem com sua estrutura originária, terminaram por desfigurar o sistema.

Assim, pretendeu-se, consoante se extrai da justificativa apresentada pela Comissão instituída em 20 de janeiro de 2000, pelos juristas Ada Pellegrini Grinover (presidente), Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauria Lucci e Sidney Benneti, proceder-se ao ajuste do sistema às exigências constitucionais, colocando-o em sintonia com as modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal, conferindo as seguintes alterações: a) o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória; b) o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança do artigo 310, parágrafo único; c) manutenção da prisão preventiva, de forma genérica para a garantia da instrução do processo e para a execução da pena e, de maneira especial, para acusados que possam vir a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à

pessoa; d) impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar; e) valorização da fiança¹⁹. O texto final restou ao final assim redigido:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I- Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II- adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º 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.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Com a edição da lei, instituiu-se, expressamente, a obrigatoriedade de um juízo prévio de legalidade, proporcionalidade e adequação, aferidos segundo a gravidade do crime, circunstâncias do fato, condições pessoais do agente, e sobretudo diante da necessidade de sua decretação, tendo em vista, sempre, o risco, seja à ordem pública ou econômica ou instrumentalidade do processo.

¹⁹ Exposição de Motivos n.º 22 – MJ, de 25 de janeiro de 2001.



O postulado da proporcionalidade, agora disposto expressamente no texto legal, vem desdobrado em duas perspectivas: a primeira relativa à proibição do excesso, e a segunda, relativa à efetividade dos direitos fundamentais. Dentro do Estado Democrático de Direito, a análise e interpretação desses critérios deve levar em conta, em último grau, o equilíbrio entre os valores envolvidos, de forma a evitar-se a indevida absolutização dos direitos e garantias, sem minimizá-los, de outro lado, diante da necessidade de intervenção estatal.

Em tema de restrições à liberdade individual na persecução penal, o acento deve ser posto na primeira Leitura, de proibição do excesso, sem incorrer, contudo, na fragilização demasiada da proteção de outros direitos fora do processo (e da investigação).²⁰

De outro lado, o texto traz expressamente a exigência de, ao decretar-se a medida substitutiva à prisão – medida cautelar – proceder-se a um juízo de necessidade e adequação (proporcionalidade, portanto).

Primeiramente, necessário consignar que, dentre a doutrina mais autorizada, o juízo de proporcionalidade divide-se em juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação infere-se que uma medida cautelar somente se legitima quando seja capaz de produzir o resultado esperado, ou seja, quando se mostra eficaz, adequada, idônea a proteger o direito que se encontra ameaçado na situação concreta, cuidando-se de averiguar a aptidão e conformidade da medida com os fins que justifiquem sua adoção²¹.

Pelo juízo de necessidade infere-se que o aplicador, dentre as medidas disponíveis ao seu alcance, deve escolher aquela apta para o fim colimado pela norma, e que, ao mesmo tempo, cause menor gravame ao direito sacrificado. Ou seja, a medida cautelar deve ser a alternativa menos onerosa ou gravosa, dentre as previstas em lei. Cabe ao magistrado, portanto, identificar e escolher qual das medidas, entre as possíveis e aplicáveis

²⁰ PACHELLI, Eugenio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 542.

²¹ CRUZ, Rogerio Schiatti. Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96.



ao caso, representa a menor lesão ao direito de liberdade, sem prejuízo do resultado concreto e da efetividade da iniciativa²².

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito indica que a medida aplicada ao caso concreto somente será legítima quando o sacrifício da liberdade do imputado se mostre razoável (diante do juízo dos pressupostos acima enumerados) e proporcional, em termos comparativos, à gravidade do delito e sanções que eventualmente possam ser impostas àquele a quem se aplica a medida em questão.

Eventual juízo de proporcionalidade ou razoabilidade não deve ser realizado levando-se em conta uma mera dimensão reducionista interesse público – interesse privado, mas sobretudo, tendo-se em consideração os interesses do acusado (liberdade e integridade) e os interesses da coletividade (entendida como comunidade, conjunto de pessoas afetadas diretamente pelo fato delituoso).

Levando-se em conta que a violência é fato complexo, que decorre de um feixe de elementos alheios ao âmbito jurídico, fatores biopsicossociais, em que o sistema penal desempenha papel secundário na prevenção, o processo, como instrumento, exige uma abordagem interdisciplinar, ou seja, faz-se necessária a busca a diferentes ramos do saber, operação também complexa, que não se limita à mera subsunção do fato posto a exame à norma posta à disposição. E é por isso que a aplicação da proporcionalidade exige um exame aprofundado das questões concretas trazidas a exame.

Como dizem aqueles de acurada visão da realidade nacional, a falência da pena de prisão é inegável. Não serve como elemento de prevenção, não reeduca, tampouco ressocializa²³. Como resposta ao crime, é ineficiente, e por tal razão é consenso que o Direito Penal deve ser mínimo e a prisão reservada apenas para crimes realmente graves.

A alteração legislativa trouxe profundas modificações na sistemática processual vigente. Antes desta, a incompatibilidade com o regime instituído e a presunção de inocência antevia-se em um sistema recortado por alterações pontuais, mas que deixava clara a natureza inquisitiva do processo, com início, geralmente, na prisão em flagrante,

²² Id. ib., p. 97.

²³ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª ed., revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010, p. 21.



automaticamente convertida em prisão cautelar, sem a necessidade de ratificação pelo juiz da causa, e com poucas hipóteses previstas para liberdade provisória. Até mesmo a nomenclatura utilizada (liberdade provisória, quando o regime, sob a presunção da inocência, pressupõe que provisória, sempre, será a prisão, até julgamento definitivo) denunciava a raiz eminentemente inquisitiva que permeava todo o processo penal.

Ao longo de sua existência, o sistema das prisões do Código de 1941, foi se transformando paulatinamente. Com a sistemática introduzida em 2011, pode-se concluir que remanescem duas tipologias de prisões cautelares: a prisão temporária (com pressupostos próprios, fundada na necessidade de investigação, dentro do disposto pela lei 7.960/89) e a prisão preventiva. Todas as demais formas de prisão cautelar foram, assim, eliminadas.

Em substituição a estas, quando a situação concreta assim o permitir, o juiz pode adotar as medidas cautelares alternativas à prisão. Importante notar que estas não constituem penas alternativas, posto que firmadas no decorrer do processo, portanto, não constituindo consequência de um provimento jurisdicional final acerca da culpabilidade do acusado. Mostram-se apenas como medidas descarcerizadoras, que visam evitar ou suavizar o encarceramento do acusado antes da sentença final transitada em julgado.

As medidas cautelares substitutivas vieram, portanto, integrar o mandamento inserto no artigo 5º, LXVI da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A cautela, neste ponto, há que ser fixada levando-se em conta os pressupostos enumerados pelo artigo 282 do Código de Processo Penal: necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou para a instrução criminal, ou ainda, para evitar a prática de novas infrações penais; e adequação à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Norteadas pelo caráter essencial da fragmentariedade e intervenção mínima, a atuação estatal, no campo penal, deve ser a menor possível, tutelando apenas e tão-somente os bens mais importantes da coletividade. Neste contexto, a necessidade como requisito para fixação da medida cautelar deve ser entendida na medida em que compete ao juiz, dentre as medidas a sua disposição, substitutivas à constrição da liberdade, escolher a que menor



gravame gerar para o direito fundamental da pessoa afetada. Havendo mais de uma medida, e dentre estas as mais e menos gravosas a direito fundamental do imputado, deverá o juiz escolher a menos gravosa.

A adequação (ou idoneidade) é também um dos requisitos para a fixação das medidas cautelares substitutivas. A medida deverá ser o meio idôneo para o fim perseguido pelo processo, ou seja, deve ajustar-se à finalidade própria de cada caso concreto. Ao fixar uma medida cautelar, deve o juiz atentar-se, dentro do juízo de adequação, aos critérios qualitativos (se determinada medida atende ao fim perseguido no processo); quantitativos (se ela, ao ser fixada, tem força suficiente para o objetivo do processo), bem como ao critério subjetivo (o juiz haverá de analisar as características pessoais do sujeito contra quem se impõe a medida).

Há que se considerar, ainda, que em decorrência do princípio acusatório fundado pela ordem constitucional instituída a partir de 1988 – neste particular, entendido como a separação entre a natureza da atuação jurisdicional nas funções de investigação e de processo²⁴ - releva notar, com razoável segurança, o afastamento de qualquer iniciativa judicial na decretação das medidas cautelares pessoais na fase de investigação. Ou seja, a decretação destas estará dependente, sempre, da manifestação das partes – acusação ou defesa – salvo nas hipóteses de flagrante delito, quando estará o juiz autorizado a decretar, de ofício, medidas no interesse de resguardo da ordem pública.

²⁴ PACHELLI, Eugenio e COSTA, Domingos Barroso da. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

5 A gravidade do delito como critério para fixação da prisão cautelar. Evolução do conceito à luz da jurisprudência. Alguns julgados sobre o tema.

Muito se caminhou na construção do conceito do que seria “ordem pública” a conferir legitimidade aos decretos de prisão cautelar, mais precisamente a prisão preventiva, com previsão expressa no artigo 312 do Código de Processo Penal. Conceito indeterminado que é, necessita da conjugação de requisitos pelo intérprete, a fim de que este, à luz da realidade que se lhe apresente, possa enquadrar no contexto legal a situação fática vislumbrada.

Neste sentido, e com vista ao desenvolvimento do raciocínio de se fundar um paralelo entre os requisitos para fixação da prisão preventiva com base na preservação da ordem pública, levando-se em consideração o parâmetro da gravidade do delito, e a fixação de medida cautelar substitutiva da prisão considerando-se a gravidade do delito indicado, faz-se oportuna a menção do desenvolvimento do conceito “gravidade do delito” pelo Supremo Tribunal Federal, nos diversos casos que lhes chegaram às mãos para julgamento, na determinação dos fatos que venham a consubstanciar o conceito de ordem pública.

O artigo 312 do Código de Processo Penal dispõe acerca dos requisitos segundo os quais se pressupõe legítima a supressão da liberdade do indivíduo, no curso da investigação ou do processo. De outra parte, o inciso II do artigo 282 do Código de Processo Penal, com a nova redação conferida pela lei 12.403/2011, prevê o critério de “*adequação da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado*”.

Traçar um paralelo entre ambos os institutos assume particular relevância na medida em que se observa o problema da gravidade do crime como argumento hábil a ensejar a prisão cautelar como matéria controvertida perante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fazendo surgir a necessidade de definir-se o significado da expressão, seja para a determinação de critério para fixação da prisão cautelar, seja para fixação de medida cautelar substitutiva à prisão.

Tal se dá justamente em razão do casuísmo percebido em diversos julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal, Corte a quem incumbe, de maneira definitiva, o julgamento de questões relevantes para a comunidade jurídica e especificamente no que diz respeito, de um lado, à constrição de direito fundamental do indivíduo (a liberdade) e de



outro, a concessão ou melhor, ao restabelecimento deste direito, ao substituir-se a prisão cautelar (processual) por medida outra menos gravosa, no curso do processo penal.

A fixação desses critérios é tarefa que se apresenta à doutrina, diante do contexto legislativo e em virtude da jurisprudência que vem se desenvolvendo a respeito do tema. É a partir do enfrentamento de eventuais paradoxos, ou melhor, de possíveis equívocos cometidos no julgamento de determinados casos concretos, que poderemos chegar a uma melhor apuração conceitual da questão da gravidade do crime, inclusive quanto à determinação das medidas cautelares substitutivas à prisão. Neste passo, os critérios para determinação da prisão e da fixação das medidas cautelares substitutivas a esta deverão estar sempre em relação de harmonia, porque é da harmonia de determinação de critérios que depende a subsistência de ambos os institutos. Tal enfrentamento não abre mão de uma análise crítica do modo como o Supremo Tribunal Federal que – como guardião da Constituição – vem decidindo em definitivo as querelas jurídicas que colocam as garantias do acusado na linha de frente da discussão.

Ao contrário, no modo como a questão está posta na legislação, somente uma reconstrução desse discurso jurisprudencial é que pode fornecer elementos seguros para aferir se uma determinada decisão está legitimada pela cadeia de demais decisões que compõem a integridade do direito de nossa comunidade política.²⁵

Para tanto, faz-se necessário, inicialmente, o destaque de alguns julgados que ilustram a forma como o tema – gravidade do delito – vem sendo avaliado pelo Supremo Tribunal Federal, em casos diversos, e como o critério empregado como determinante para decretação da prisão cautelar foi construído.

O primeiro exemplo, de relatoria do em. Min. Eros Grau, ratificou o que vinha sendo decidido relativamente à necessidade de fundamentação concreta da necessidade e da gravidade do delito, com vista à determinação da prisão cautelar. Segue-se a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO CRIME. COMOÇÃO SOCIAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS.

²⁵ STRECK, Lenio e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 65.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está sedimentada no sentido de que a alusão à gravidade em abstrato do crime e à comoção social não é suficiente para a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. (HC n.º 90.146-8/GO, Rel. Min. Eros Grau, DJ 09/03/2007, p. 52)

Nos fundamentos do voto condutor, consignou-se que a gravidade abstrata do crime serve para o cálculo da pena quando da sentença condenatória, e não à prisão preventiva, para a qual “é exigida a demonstração cabal de sua necessidade, face ao princípio constitucional da presunção de inocência (cf. os precedentes invocados pelo Ministro Gilmar Mendes para deferir o pedido de liminar)”. E ainda, quanto à comoção social, consignou-se que este é fator nitidamente subjetivo, inapto para justificar a prisão processual. Neste contexto, restou assentado que é primordial a demonstração, pelo juiz, dos elementos concretos que fizessem aferir a nítida necessidade de segregação cautelar, e tal substrato deve defluir da análise do caso concreto, e não de meras ilações, provenientes de juízos abstratos de convencimento.

Pouco mais de um mês depois deste julgamento, no qual se firmou, como consignado, que a gravidade do delito apta a justificar o decreto de prisão cautelar seria aquela resultante da aferição das circunstâncias do caso concreto, e não do conceito abstrato extraído da expressão, foi denegada ordem em habeas corpus, desta feita de relatoria da em. Min. Carmen Lúcia, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ELEMENTOS CONCRETOS E COMPROVADOS NOS AUTOS. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. No decreto da prisão preventiva se tem presente, de forma fundamentada, circunstância grave e a comprovada necessidade da segregação cautelar do paciente, evidenciando, a conveniência da medida constritiva.
2. Há lesão à ordem pública quando os fatos noticiados nos autos são de extrema gravidade e causam insegurança jurídica a manutenção da liberdade do paciente.

Nos crimes contra os costumes, que atentam contra a liberdade sexual, a repercussão dos efeitos na sociedade é grande, especialmente quando as vítimas são menores de idade. (g.n.)

3. O Supremo Tribunal admite que o decreto de prisão preventiva não precisa ser exaustivo, bastando que a decisão analise, ainda que de forma sucinta, os requisitos ensejadores da custódia preventiva. Precedentes.

4. Habeas corpus denegado. (HC 90.710-5/GO, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 23/03/2007, p. 109)

Neste caso, o paciente fora condenado pela instância inferior a uma pena de oito anos e dois meses de reclusão, em regime fechado, pela prática de crimes de atentado violento ao pudor e prostituição infantil (art. 214 c/c 224, alínea a, c/c art. 225, § 1º - por duas vezes – na forma do art. 71 e 69, do Código Penal, c/c art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente). O impetrante insurgia-se contra o decreto de prisão preventiva, argumentando, para tanto, não se fazerem presentes seus pressupostos.

Quando da análise da necessidade da manutenção da custódia em razão da preservação da ordem pública, afastou-se da análise a gravidade dos delitos em abstrato, afirmando-se que “os fatos noticiados nos autos são de extrema gravidade e causam insegurança jurídica manter a liberdade do paciente. Nos crimes contra os costumes, que atentam contra a liberdade sexual, a repercussão dos seus efeitos na sociedade é enorme, em especial quando as vítimas são menores de idade. E isso está expresso na decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão do paciente”.

Ou seja, ainda que se afastasse o argumento da gravidade abstrata como apto a manutenção da custódia cautelar, certo é que, ao mencionar a repercussão social do delito perante a comunidade estar-se-ia privilegiando um conceito também abstrato, insuscetível de mensuração concreta, ao contrário, conceito que resulta de apreciação, de juízo de convencimento abstrato. A repercussão de determinado crime não é aferível, coletivamente, em uma comunidade; resulta de juízos individuais de valor, em diversas gradações, não sendo, portanto, concreta. Neste caso, não fosse pela circunstância de que haveria fundado receio na liberdade do paciente, eis que estaria ameaçando testemunhas (e aí o decreto também fundado na conveniência da instrução criminal), ter-se-ia prisão cautelar fundada em elementos fundamentadores unicamente de caráter abstrato.

Outro julgado, também do ano de 2007, de Relatoria do em. Ministro Sepúlveda Pertence, novamente destacou a necessidade de demonstração, no caso concreto, dos elementos concretizadores da prisão cautelar:

I. Habeas corpus: descabimento: questão relativa à ausência de indícios suficientes de autoria, que demanda revolvimento de fatos e provas, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do habeas corpus. II. Prisão preventiva: fundamentação inidônea. Não constitui fundamento idôneo à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do

delito imputado, definido ou não como hediondo, sem indicação de fato concreto que a justifique: precedentes. III. Prisão preventiva: risco de fuga: “não é do réu o ônus de assegurá-lo previamente, mas, sim da acusação e do juízo do de demonstrar, à vista dos fatos concretos, ainda que indiciários – e não de vagas suposições – haver motivos para temer a fuga às consequências da condenação eventual” (HC 81.148, 1ª T., 11.9.01, Pertence, DJ 19.10.01.). IV. Prisão preventiva: garantia da ordem pública. Afirmação de que “a liberdade do paciente representa sério risco ao convívio social”, não amparada em qualquer fato concreto que a comprove, tanto mais quanto a denúncia não abrange o aludido delito de quadrilha ou bando e não se dá notícia sequer de que teriam prosseguido as investigações para apuração desse crime por parte do paciente. V. Prisão preventiva: conveniência da instrução criminal. Firme a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que, de regra, com o fim da instrução criminal, não há falar em sua conveniência para manter a prisão preventiva. VI. Prisão preventiva: decreto de mais de 3 anos depois dos fatos, havendo o paciente se apresentado espontaneamente à polícia, para prestar esclarecimentos, sendo liberado em seguida. VII. Liberdade provisória deferida. (HC 90063/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18/05/2007, p. 83)

Mantendo o raciocínio de que a prisão preventiva não deveria fundar-se na gravidade abstrata dos delitos, invocando precedentes neste sentido, foi concedida a ordem, ressaltando-se os aspectos que relevam o conceito de ordem pública, e autorizadores da medida excepcional, quais sejam, gravidade concreta do fato, evidenciada na periculosidade empreendida na conduta dos indivíduos no ato de cometimento do delito, concedeu-se a ordem, verificando-se não estarem presentes os pressupostos autorizadores da medida extrema.

Em outro acórdão, de relatoria do em. Min. Carlos Britto, julgado em 2009, ressaltou-se que o abalo à ordem pública, decorrente da gravidade concreta dos delitos imputados ao paciente, resultava da análise do contexto empírico da causa. A gravidade concreta da conduta resultava da periculosidade do paciente, revelada pela violência incomum utilizada para o cometimento do delito, restando assim ementada:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU PRONUNCIADO POR DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL GRAVE. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PRISÃO PREVENTIVA EMBASADA EM FATOS CONCRETOS. PERICULOSIDADE CONCRETA. ACAUTELAMENTO DO MEIO SOCIAL. ORDEM DENEGADA. 1. O fundamento da garantia da ordem pública é suficiente, no caso, para sustentar o decreto de prisão preventiva do paciente. Decreto, afinal, mantido pela sentença de pronúncia, com o reconhecimento de que permanecem incólumes os fundamentos da preventiva. Não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se a concreta situação dos autos evidencia a necessidade de acautelamento do meio social. 2.

Quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer o vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. 3. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto, esse revelador da gravidade concreta da conduta (de violência incomum) e da periculosidade do paciente. 4. O decreto prisional, para além de apontar o paciente como investigado em vários outros delitos (fls. 60), encontra apoio, ainda, na fuga do acusado. Fuga, essa, que se deu logo após o cometimento do delito, a demonstrar o claro intento de se frustrar a aplicação da lei penal. O que, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, materializa a hipótese descrita no art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Ordem denegada. (STF – HC 97688/MG, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 223, divulg. 26/11/2009, publ. 27/11/2009)

Ou seja, restou assentado que, quando da análise da forma como o delito foi perpetrado sobressair a periculosidade do agente, evidenciada pela incomum violência como perpetrado o delito, abre-se a possibilidade de se estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do crime e a garantia da ordem pública. O conceito de garantia da ordem pública, assim, está intimamente relacionado com a gravidade concreta do delito.

Por fim, ressalta-se mais um julgado, também de relatoria do em. Min. Eros Grau, no qual restou assentada a necessidade de manutenção da ordem pública, em razão da gravidade evidenciada concretamente na conduta empreendida pelo paciente:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRIPLOS HOMICÍDIOS E OCULTAÇÕES DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO CRIME. INIDONEIDADE. PERICULOSIDADE DO RÉU REVELADA PELO MODUS OPERANDI. NECESSIDADE DE CUSTÓDIA CAUTELAR. 1. A jurisprudência desta /corte fixou-se no sentido de que o fundamento da garantia da ordem pública é inidôneo quando alicerçado na gravidade do crime. 2. O decreto prisional expõe, além da gravidade do crime, a periculosidade do réu. Periculosidade revelada pelo modus operandi na prática dos crimes de homicídio (três vezes) e ocultação de cadáver (três vezes). A periculosidade do paciente não resulta de mera presunção judicial, mas de afirmação concreta respaldada nos atos. Daí a necessidade da segregação cautelar para garantia da ordem pública. Precedentes. Ordem denegada. (STF – HC 99929/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe 204, divulg. 28/10/2009, public. 29/10/2009)

Assim, infere-se dos julgados destacados que o conceito de gravidade do crime, balizador dos pressupostos suficientes à decretação da prisão preventiva, passou a ser, consoante se extrai dos julgados destacados, não aquela gravidade do delito em si, abstratamente considerado, mas a gravidade resultante da análise do caso concreto, seja pela



repercussão concreta que causou no meio social, seja pela periculosidade extraída do comportamento daquele a quem se imputou a prática da infração penal, preceito este intimamente relacionado e dependente da motivação, pelo juiz, de tais circunstâncias.

Ou seja, o termo “gravidade do crime”, considerado só por si, passou a não constituir fundamento hábil à decretação da medida extrema, devendo fazer-se acompanhado de outros fatores que, da análise concreta, resultem a necessidade da custódia. Disso resulta que a mera apreciação do crime, abstratamente considerado dentro do contexto social em que inserido, não vale como argumento hábil a se concluir pela necessidade disciplinada no texto legal, a resguardar-se a “ordem pública” prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal.

O juiz, neste passo, assume papel fundamental, na medida em que define, no ato decisório, as balizas para análise, pela instância superior e em caso de eventual manejo de recurso pela defesa, dos pressupostos que lastreiam sua convicção. Ao evidenciar suas razões – justamente em decorrência do imperativo traçado no artigo 93, I da Constituição Federal, de fundamentação de suas decisões – deve amparar seu convencimento não somente em elementos estritamente jurídicos (lei, Constituição, ensinamentos doutrinários e jurisprudência), mas sobretudo nos elementos fáticos sobre os quais fundou sua convicção.

Na determinação da gravidade do crime, e na análise dos outros elementos que se fazem necessários para a configuração da necessidade e da cautelaridade do caso concreto, imprescindível se mostra, também, que esses argumentos estejam apresentados dentro do contexto motivacional que a situação fática implica, se eles refletem efetivamente a situação fática apresentada, ou se apenas escamoteiam argumentos outros que não aparecem explicitamente, pelo intérprete. Somente assim haverá compatibilização entre a presunção de inocência e a análise da gravidade do delito.

Ou seja, a par da análise da gravidade (abstrata) do crime, os outros argumentos que se mostram imprescindíveis para a concretização da cautelaridade da medida devem pertencer, inequivocamente, ao campo jurídico. Qualquer motivação fora do campo jurídico (política, ideológica ou filosófica) não poderá servir de fundamento idôneo para a finalidade pretendida, como por exemplo, a necessidade de diminuição da criminalidade, a comoção social, a imperiosidade de preservação da credibilidade da Justiça.



Desta forma, a análise parte do contexto fático que se apresenta, e deve apresentar coerência motivacional que autorize perceber a gravidade do delito aliada aos demais aspectos da conduta analisada, bem como a demonstração do requisitos genéricos para a decretação da prisão (*fumus commisi delicti e periculum libertatis*), não sendo, absolutamente, resultante de um juízo discricionário do juiz. A conclusão, a partir desse raciocínio, que se extrai é que o princípio que deve reger a decretação das prisões cautelares deverá ser: “nenhuma prisão pode ser decretada com base no argumento da gravidade do crime, se a motivação vier desacompanhada de outro fundamento jurídico”.²⁶

Fez-se necessário todo o desenvolvimento dessas ideias até o momento, justamente porque, em matéria de decretação da prisão cautelar, a lei não traz expressamente, melhor dizendo, não obriga, expressamente, o intérprete à análise da gravidade do crime: esta resulta da análise das circunstâncias trazidas a exame, consoante o entendimento jurisprudencial construído sobre o tema. No caso das medidas cautelares, o legislador, expressamente, previu que para a fixação da medida substitutiva à prisão cautelar o juízo haverá que proceder à análise da adequabilidade da medida consoante a gravidade do crime. Seria o caso de se ponderar se, para as medidas cautelares, o raciocínio seguido deverá ser o mesmo? A gravidade a ser considerada, neste particular (para o deferimento de medida cautelar substitutiva), deverá seguir o mesmo raciocínio desenvolvido para a cautelar da prisão fundada na necessidade de resguardo da ordem pública, ou basta que se analise a gravidade abstrata do delito para a determinação da providência em questão?

²⁶ STRECK, Lenio e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 75.

6 A previsão legislativa da gravidade do delito como critério de fixação da medida cautelar substitutiva à prisão. Um paralelo com a interpretação jurisprudencial do termo. Gravidade abstrata ou gravidade concreta?

O artigo 282 do Código de Processo Penal, com as alterações trazidas pela lei 12.403/2011, ao enunciar a possibilidade de aplicação de medidas cautelares substitutivas à prisão, dispõe, em seu artigo II, sobre a “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Uma primeira leitura do dispositivo em questão pode ensejar uma interpretação meramente isolada, requerendo uma averiguação do significado da expressão “gravidade do crime”, aqui considerada, e para fins de aplicação da medida substitutiva à prisão cautelar.

À primeira vista, e não tendo o legislador disposto acerca de elementos outros que pudessem caracterizar o que seria o termo “gravidade”, poder-se-ia admitir que a expressão traz consigo a carga de abstração que todo texto legislativo ganha ao entrar em vigor. Afinal de contas, após referida expressão, o legislador elencou as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente, norteando o intérprete na aplicação do dispositivo.

Antes de tudo, porém, é necessário relacionar, dentro dos dois institutos – prisão cautelar e medidas cautelares diversas da prisão – os fatores de identificação entre ambos, para após poder-se realizar a distinção entre os termos que os definem.

A primeira delas é o fator previsão legal. Com relação às prisões cautelares, mais exatamente a prisão preventiva, na determinação do critério – manutenção da ordem pública – o artigo 312 do Código de Processo Penal não faz nenhuma menção à “gravidade do delito” como fator determinante para a constrição da liberdade do indivíduo. Nestes casos, a construção jurisprudencial realizada ao longo do tempo, pelas cortes superiores de nosso país, é que construiu o conceito de garantia da ordem pública em razão da gravidade verificada no caso concreto. Ou seja, a gravidade do delito, considerada em razão do caso concreto, e aliada a outros fatores, como determinantes para a efetivação da restrição do direito de liberdade do indivíduo, é resultado da construção jurisprudencial firmada ao longo dos anos, por diversos julgados que terminaram por analisar a matéria.



De outra parte, para o bem ou para o mal, a lei 12.403/2011, ao prever a possibilidade de substituição da prisão cautelar por uma medida menos gravosa que a restrição da liberdade, previu expressamente, como critério determinante, dentre outros, e seguindo-se à adequabilidade e proporcionalidade, a gravidade do delito, além das circunstâncias do fato e personalidade do agente.

A ressalva quanto à previsão expressa, pelo dispositivo de lei, deste critério, resulta da circunstância de o termo em questão mostrar particular amplitude de significado, demandando criteriosa análise, pelo intérprete, de todas as facetas que o envolvem. E tal esforço interpretativo, ainda que conjugado com os pressupostos fáticos que devem, necessariamente, embasar os argumentos expendidos, pode resultar em um vazio de sentido, caso desrespeitado o mínimo de previsibilidade semântica para os termos utilizados.

Sendo assim, em princípio deveríamos considerar que o termo “gravidade do delito”, em sua acepção semântica, indicaria a gravidade abstrata do delito, ou seja, partiríamos da análise, em abstrato, do impacto causado na sociedade pela conduta criminosa, para daí procedermos à análise dos demais requisitos, quais sejam, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente. Isto porque o termo “gravidade”, considerado isoladamente, indica precisamente a repercussão que o delito causa, considerado em sua forma abstrata, no meio social. Neste contexto, os crimes mais graves seriam aqueles com punido com pena de reclusão, e em patamares mais altos. Assim, e em princípio, não seriam todas as medidas cautelares previstas no texto legislativo que seriam aplicáveis, por exemplo, a um crime de roubo circunstanciado, ou a um estupro, diante da natural percepção da sociedade com relação ao impacto negativo que tais condutas delituosas causam no contexto social.

Todavia, e justamente em razão da coerência que deve nortear o esforço interpretativo do aplicador do Direito, e justamente, também, em consequência do caráter de historicidade que transparece impositivo na tarefa interpretativa, há que se considerar toda a construção operada dentro do sistema jurídico, e plasmada através dos julgados que consolidaram o entendimento relativo à gravidade do crime quando do exame dos pressupostos para a prisão preventiva.

Nestes casos, e tendo em vista a construção do raciocínio firmado na jurisprudência, necessariamente o exame do que venha a ser “gravidade do crime” a ensejar a imposição de medida cautelar menos severa do que a prisão, deverá seguir o mesmo caminho



para definir a “gravidade do crime” ensejadora da manutenção ou decretação da prisão cautelar com vista à preservação da ordem pública – a gravidade concreta do delito, analisada de acordo com as circunstâncias do caso, bem como da periculosidade evidenciada na conduta criminosa.

8 As medidas substitutivas aplicáveis – rol restritivo do artigo 319 do Código de Processo Penal

Com a alteração introduzida pela lei n.º 12.403/2011, passou o artigo 319 a ter a seguinte redação:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I- Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II- Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III- Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV- Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V- Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI- Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII- Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII- Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX- Monitoração eletrônica.

§ 1º (revogado)

§ 2º (revogado)

§ 3º (revogado)

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

A nova redação do artigo em questão trouxe a possibilidade de fixação de medidas alternativas à prisão. A alteração legislativa pode indicar uma mudança de mentalidade na realidade dos operadores do Direito, repercutindo diretamente no quadro prisional brasileiro, na medida em que não será unicamente a gravidade (em concreto) do delito que irá determinar o encarceramento do indivíduo, mas se esse encarceramento pode ser substituído por outra providência de igual eficácia para o quadro do processo criminal ou inquérito policial. Em alguns casos, medidas alternativas à prisão cautelar poderão ser



suficientes para atingir a finalidade de manter o indiciado ou acusado sob controle e vigilância, sem necessariamente determinar sua custódia²⁷.

Conjugando-se os requisitos previstos no artigo 282 do Código de Processo Penal, fazendo-se, portanto, adequado juízo de proporcionalidade ao caso concreto, poderá o juiz determinar uma das providências dispostas no rol do artigo 319 do mesmo diploma legal.

Nunca é demais lembrar que, em se tratando de medidas de restrição de direitos do indivíduo, ou seja, medidas adotadas pelo Estado, portanto, dotadas de carga impositiva e coercitiva, o rol do artigo 319 é exaustivo, isto é, as hipóteses nele traçadas enumeram as possibilidades de ação estatal no intuito da substituição da prisão cautelar e nelas se esgotam. Qualquer medida adotada pelo Estado-Juiz, fora das hipóteses previstas na lei, constituirá medida excessiva, portanto, ilegal, posto desbordar dos limites previstos pelo legislador para tal atuação.

É cada dia mais recorrente depararmos-nos com decisões que, revogando uma prisão preventiva, impõem “condições” ao imputado, tais como, entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens etc. No mais das vezes, tais medidas vêm decretadas a título de “poder geral de cautela”, invocando o art. 798 do CPC. Mas será que isso é legal? Para além das boas intenções dos juízes (e quem nos protege da bondade dos bons?), será que o processo penal brasileiro comporta tais medidas restritivas de direitos fundamentais por analogia? (...) No processo penal não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, neste contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o devido processo se estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder. A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale* (3), isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil. Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, também exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 82.

tais “poderes gerais de cautela” (...) Esclareça-se que nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziará com mudanças legislativas, pois elas apenas ampliarão o leque de medidas cautelares, sem jamais poder contemplar uma “cláusula geral”, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei. Nesta linha, os Projetos de Lei 4208-C e o PL 156/2009 (Anteprojeto de CPP) instituem um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar. Mas, sublinhe-se, igualmente estará atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo “criar” outras medidas além daquelas previstas no ordenamento.”²⁸

A primeira medida cautelar substitutiva prevista no texto legal é a de “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades”. Tal medida, bastante conhecida no sistema penal brasileiro, e que vinha funcionando como condição para gozo de alguns benefícios já na fase de execução, tais como o regime aberto e o livramento condicional (art. 115, II e art. 132, § 1º ambos da Lei de Execuções Penais), ou o sursis (art. 78, § 78, c, do Código Penal), agora ganha uma nova função, como medida cautelar, um meio de acompanhamento, pelo juízo processante, das atividades do imputado, mormente quando este não tenha emprego certo ou residência fixa. Este acompanhamento de sua vida pode gerar bons resultados, na medida em que aproxima o juiz processante do réu, possibilitando um conhecimento maior de suas condições pessoais, fato que muito possivelmente poderá repercutir na fixação da pena, em caso de eventual condenação. E, caso o réu (ou indiciado) não cumprir as condições de apresentação, ou não apresentar conduta compatível com as atividades esperadas, poderá o benefício, a qualquer tempo durante a instrução ou inquérito policial, ser revogado, decretando-se a prisão preventiva.

A medida prevista no inciso II, “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acuado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações”, também utilizada como condição de outros benefícios, como o sursis (art. 78, § 2º, a do Código Penal) e o livramento condicional (art. 132, § 2º da Lei de Execuções Penais) busca, com sua imposição, o cometimento de outros delitos, desde que as circunstâncias do fato e as condições pessoais assim o recomendem.

²⁸ LOPES Jr., Aury. A (in) existência de poder geral de cautela no processo penal. Boletim IBCCRIM São Paulo, ano 17, n. 203, p. 08-09, out., 2009.

A “proibição de manter contato com determinada pessoa” (art. 319, III) visa não somente impedir a obstrução das investigações ou do processo, mas também proteger a pessoa contra novas investidas criminosas do indiciado ou acusado. A expressão deve abranger toda forma de contato, seja física, seja telefônica, eletrônica, por interpostas pessoas, entre outras. A finalidade é garantir a incolumidade física da vítima ou testemunha, sem que se recorra à medida extrema da prisão cautelar. Evidentemente, se há notícia de que as ameaças sejam efetivamente graves, com iminente risco à incolumidade física e psicológica dos envolvidos, notadamente vítima e testemunhas, certamente a medida cautelar não será a mais adequada, devendo o magistrado recorrer à cautelar mais extrema, qual seja, à prisão.

A “proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução” refere-se à obrigatoriedade de permanência, do indiciado ou acusado, na Comarca onde estiver sendo processado ou investigado. Tal proibição somente se justifica acaso necessária para a investigação ou instrução criminal, ou seja, caso seja imprescindível a permanência do indiciado ou acusado na Comarca do delito. A medida estará, sempre, relacionada com a ideia de fuga, e é isso que visa evitar. Esse, portanto, o raciocínio que deve nortear a fixação da medida cautelar substitutiva referida, bem como o juízo a ser aplicável no caso de eventual mudança de endereço do indiciado ou acusado, indicando local certo onde possa ser encontrado, ainda que em Comarca diversa.

A medida de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (art. 319, V) tem, aparentemente, a finalidade de garantir a aplicação da lei penal, uma vez que o retorno para a residência no período noturno e nos horários de folga faz presumir que o indiciado ou acusado não esteja praticando atos indicativos de fuga. Por outro lado, visa também a garantia da ordem pública, uma vez que evita que o destinatário da medida esteja em situação cujas regras de experiência ensejem que poderá novamente incursionar no mundo do crime.

As medidas de suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (art. 319, VI) têm a finalidade de garantir a preservação da ordem pública ou econômica, tendo por finalidade se evitar que se cometam novas infrações. Na prática, podem revelar-se bastante eficazes, devendo todavia atentar-se o intérprete que, embora o



conceito de funcionário público deva ser compreendido em sua acepção ampla, o juiz criminal não poderá decretar a suspensão do exercício de função pública nos casos que envolvam hipótese de incidência do disposto no art. 15, III da Constituição Federal ou art. 27, § 3º da Lei Complementar 37/79.

Já a internação provisória do acusado ou indiciado, prevista no inciso VII do artigo 319, somente será cabível aos inimputáveis ou semi-imputáveis, que tenham praticado crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, e desde que constatada que a medida é a mais recomendável ao caso. A aferição deste critério deverá advir, necessariamente, de profissionais capacitados a tanto, portanto, de perícia técnica, laudo elaborado por pessoa habilitada.

Com relação a fiança, a alteração legislativa restabeleceu sua importância. Antes ficava relegada a parcas hipóteses, soterradas pela inserção do parágrafo único do artigo 310 do CPP, que dispunha sobre a liberdade provisória mediante compromisso de comparecimento aos atos do processo, nos casos dos crimes inafiançáveis. Na prática, a alteração referida levou à fixação, na quase totalidade dos casos, da liberdade provisória vinculada, deixando-se de lado o instituto da fiança. Agora, com o fortalecimento do instituto, pela lei 12403/11, mesmo se não estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva o juiz poderá fixar fiança como medida autônoma diversa da prisão. Há que se considerar que, trazendo como finalidades o assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução de seu andamento, ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial, não poderá ser cumulada com a medida cautelar substitutiva prevista no inciso I do art. 319 do CPP. No regime atual, excluindo-se os casos de restrição constitucional (art. 323), caberá fiança a todos os delitos, independente da pena abstratamente cominada, distinguindo-se apenas os crimes a que a autoridade policial poderá, desde logo, arbitrar fiança quando da lavratura do flagrante (art. 322, caput) e aqueles cuja fixação dependerá de determinação do juiz (art. 322, parágrafo único).

A medida de monitoração eletrônica (art. 319, IX) é medida cuja restrição impõe ao indivíduo um controle absoluto sobre sua rotina, uma vez que realizada por aparelhos eletrônicos ligados indissociadamente a este. De constitucionalidade discutida no meio acadêmico, já existia no caso da execução penal (lei 12.258/2010), nas hipóteses de preso beneficiado com saída temporária no regime semiaberto e ao que se encontrasse em



prisão domiciliar. Apesar de invasiva, na atual situação carcerária do país, revela-se medida ainda menos gravosa que o recolhimento ao cárcere.

Estas, portanto, as medidas cautelares substitutivas da prisão, enumeradas em rol taxativo no artigo 319 do Código de Processo Penal, com as alterações trazidas pela Lei n.º 12.403/2011. Diz-se que previstas em rol taxativo, porque não se admite – a exemplo do que ocorre, contrariamente, no processo civil – no processo penal o chamado poder geral de cautela do juiz, conforme, aliás, salientado linhas atrás. Toda atividade jurisdicional – estatal, portanto – desenvolvida no decorrer de um processo penal, por consequência, que importe, em última *ratio*, a restrição do direito de liberdade do indivíduo, deve nortear-se pelos postulados constitucionais da legalidade e do devido processo legal. Sendo assim, no processo penal, por expressa imposição desses princípios – e em se tratando de restrição do direito de liberdade – qualquer medida restritiva deverá vir, necessariamente, expressa em lei. Daí não se admitir, no processo penal, a discricionariedade admitida no processo civil, e nominada como “poder geral de cautela”.

De todas as cautelares substitutivas aqui enumeradas e comentadas, deve o juiz partir, para a aplicação destas deverá o juiz proceder ao exame do caso concreto, vislumbrando qual a medida mais adequada a ser fixada, e tomando como parâmetro a gravidade do delito praticado, gravidade esta aferida a partir das circunstâncias do fato apresentado.

Conclusão

Entre o cometimento do crime e a resposta estatal final, após regular processo no qual asseguradas todas as garantias ao cidadão, podem ocorrer situações que demandem providências no intuito de se assegurar a efetividade do provimento final buscado. E para tais situações o ordenamento jurídico prevê a imposição de determinadas providências baseadas no juízo de probabilidade, com vista a minimizar os efeitos do tempo sobre a efetividade do processo.

Sendo assim, e dentre as providências cautelares passíveis de imposição, no processo penal brasileiro, vislumbram-se as medidas cautelares substitutivas da prisão. Introduzidas pela alteração legislativa levada a efeito pela lei n.º 12.403/2011, vieram suprir o vácuo imposto pela realidade, em uma tentativa de minimizar os efeitos deletérios da imposição do cárcere, justamente por se entender a prisão, a restrição absoluta da liberdade do indivíduo como *ultima ratio*, dentro de um sistema que não permite a antecipação de pena ao cidadão, mas que pressupõe, de outra parte, a proteção a direitos maiores que o do indivíduo que, diante da situação concreta, se avultem por vulnerados.

Dentro desses critérios fixados acima, em atenção a toda uma sistemática interpretativa que deve permear a aplicação dos conceitos plasmados na legislação, toda imposição de medida cautelar deverá atentar-se ao critério maior da verificação da gravidade do delito, que ensejará o juízo de proporcionalidade e adequação, com vista a assegurar o melhor resultado dentro de um processo no qual se firmam as garantias do contraditório e da ampla defesa.

E, neste contexto, e levando em consideração todo o esforço argumentativo e interpretativo desenvolvido não somente pelas cortes superiores – no mister de julgar os diversos embates que se lhe apresentam – mas também da doutrina, há que ser considerada, dentre os critérios para fixação das medidas cautelares substitutivas à prisão, a gravidade em concreto do delito. Por esta se devem compreender todas as circunstâncias do fato, o impacto social causado pela conduta (ou seja, o resultado prático verificável no seio da comunidade), a periculosidade do agente, demonstrada pelo modo de agir verificado, entre outros aspectos aferíveis a partir da realidade fática vivenciada. Somente assim o intérprete poderá concluir se cabível, dentro da proporcionalidade e razoabilidade exigidas para o caso, a substituição do



encarceramento provisório por outra providência que, ao mesmo tempo menos gravosa, também assecuratória da efetividade do provimento jurisdicional final.

E, dentro desses critérios, poder-se-á buscar a concretização dos objetivos maiores previstos na lei que introduziu as alterações em nosso sistema. Apenas com uma avaliação criteriosa dos requisitos, dispensando atenção à constrição maior da liberdade do indivíduo – a prisão – como última medida para evitar-se mal maior à coletividade, atribuindo-se valor às medidas cautelares substitutivas, é que se poderá falar em um processo penal mais justo e mais preocupado não somente com o indivíduo, considerado em todos os aspectos inerentes à sua condição humana, mas também com a finalidade maior na aplicação da lei penal, que é justamente a ressocialização do indivíduo e reinserção deste no convívio social.

Referências Bibliográficas

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ **Processo Penal Pensado e Aplicado.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luís Flávio, MARQUES, Ivan Luís e outros. **Prisão e Medidas Cautelares.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES Jr. Aury. **Prisões Cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 5ª ed., revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010

_____ **A (in) existência de poder geral de cautela no processo penal.** Boletim IBCCRIM São Paulo, ano 17, n. 203, p. 08-09, out., 2009.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal: fundamentos.** 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugenio e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACELLI, Eugenio e COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória.** São Paulo: Atlas, 2013,

STRECK, Lenio e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.