

**Medidas Cautelares Diversas à Prisão:
O princípio da Proporcionalidade e as medidas cautelares diversas à prisão**

Daniela dos Reis Seixas Coelho¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação das medidas cautelares diversas à prisão, trazidas pela Lei nº 12.403/2011 e atualizada pelo Pacote Anticrime, como forma de assegurar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade à luz de um processo penal justo. Nesse sentido, aborda o tema no aspecto social, tendo em vista a superlotação dos presídios, dentro de um cenário caótico brasileiro que se configurou no decorrer dos anos, inviabilizando uma possível reeducação carcerária. Nesse âmbito, muitas vezes, é criado por aplicação desrazoável do princípio da proporcionalidade, não compatível com a gravidade do crime ou circunstâncias dos casos em concreto. Nessa perspectiva procura-se mitigar com os demais princípios que pesam na decisão para aplicação proporcional das medidas cautelares diversas à prisão. Além de explicitar quais as vantagens em se aplicar tais medidas como forma de garantir o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, buscando-se uma sociedade mais justa e humana, dentre tantas disparidades sociais.

Palavras-chaves: Medidas Cautelares; Proporcionalidade; Atualidade; Superlotação; Reeducação Carcerária.

Introdução

O presente artigo propõe uma discussão em torno do aspecto social na aplicação proporcional das medidas cautelares diversas da prisão, dentro de um processo penal justo e humano. O tema é de extrema importância tendo em vista a superlotação do sistema carcerário, muitas vezes por aplicação desrazoável do princípio da proporcionalidade, não compatível com a gravidade do crime ou circunstâncias dos casos em concreto. Essa abordagem traz a luz um problema de grande relevância social, considerando nosso sistema carcerário atual, busca-se uma análise fundamentada na principologia das medidas cautelares, em prol da aplicabilidade mais humanitária a fim de contribuir para a afirmação de um sistema constitucionalmente acusatório, analisando sempre em uma perspectiva da concretude do caso.

1 DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

1.1 Da natureza Jurídica da tutela Cautelar

¹ Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO. E-mail: dannyelareys@hotmail.com

Segundo Lima, (2020, p. 929), a tutela jurisdicional cautelar não precede de um processo penal cautelar autônomo, no entanto, essas medidas servem para *instrumentalizar o exercício da jurisdição*, com a finalidade de contornar os efeitos prejudiciais do tempo sobre o processo.

Em contrapartida, em meados do século XVII, o jurista italiano Beccaria já contemplava a questão do tempo na prestação jurisdicional, ao afirmar que “Quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto acompanhar o crime, tanto mais justa e útil será.” (BECCARRIA, *Dos Delitos e das Penas*, p. 57), ademais, a perda da liberdade já é uma pena em si e somente deve ser aplicada antes da condenação na exata medida em que haja necessidade, amenizando assim o rigor e a duração, pois o processo é angustioso, cruel, e nele pairam as tormentas da dúvida e sentimento de debilidade (BECCARRIA, loc.cit.).

Nesse ponto, há uma crítica, em que os doutrinadores chamam de “doutrina sem prazo” ou “prazos sem sanção”, atualmente adotados pelo Brasil e que já vem sendo temas de debates pelos Tribunais Europeus de Direitos Humanos, o que leva a ineficácia dos prazos previstos no Código de Processo penal, pois são prazos despidos de sanção. (LOPES JR, 2020a, p. 88).

Segundo Lima (2020, p. 930), tais medidas podem ser: de natureza patrimonial (que garantem a reparação do dano e o perdimento dos bens); as relativas às provas (que asseguram os elementos probatórios e evitam o seu perecimento) e as medidas de natureza pessoais (as restritivas ou privativas de liberdade de locomoção).

Não obstante, para Schietti Cruz (2020, p. 19), é preciso direcionar o foco deste tema para a sentença condenatória, pois “garantir o procedimento cautelar como se fosse o juízo de mérito significa que o processo não alcança o seu objetivo senão através das medidas provisórias” (ILLUMINATI, 1999, p. 92 apud SCHIETTI CRUZ, 2020, p. 20/21). Essas mudanças refletem uma tendência mundial, fixadas nas Regras das Nações Unidas sobre o aspecto da não privação da liberdade, conhecidas como Regras de Tóquio de 1990, que espelhou uma percepção que as medidas cautelares devem possuir um caráter de *ultima ratio* (LIMA, 2020, p. 931).

Uma última reflexão sobre essa natureza pessoal, antes de seguirmos, é análise do poder geral de cautela, que no processo civil é aplicada diante dos direitos subjetivos, mas segundo Lopes Jr (2017, p. 28), não é possível aplicá-la no processo penal, pois forma é garantia, logo não existe um poder geral de punir, ou seja, qualquer inobservância a legalidade estrita, gera a ilegalidade de tais medidas, por serem atípicas. Pacelli (2020, p.

397), neste ponto, preleciona que “em matéria penal, salvo situações excepcionalíssimas, - que efetivamente, poderão ocorrer! – há de se vedar o poder geral de cautela...”, complementa ainda seu pensamento, que caso essas *exceções das exceções* ocorram, devem-se ser exigidas as adesões das partes, e mesmo, nesses casos, somente a aplicação de medidas de caráter menos gravoso aos interessados.

1.2 Dos Pressupostos e Requisitos da Cautela

Segundo Nucci (2020, p. 641), prisão cautelar “é uma privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual”. Cunha (2020, p.202), ensina que há duas formas de prisão: a **prisão-pena** (decorrente de uma condenação transitada em julgada), e **uma prisão sem pena** (prisão cautelar, que não deflui de uma condenação definitiva).

As modalidades da prisão sem pena são: 1) *prisão em flagrante* (arts. 301 e ss. do CPP); 2) *prisão preventiva* (arts. 311 e ss.); 3) *prisão resultante da pronúncia* (art. 413, § 3º); 4) *prisão resultante da sentença de 1º grau recorrível* (art. 387, § 1º) e 5) *prisão temporária* (Lei nº 7.960/89) (CUNHA, 2020, p. 203). No entanto, é entendimento consolidado que as modalidades de prisão resultante da pronúncia e prisão resultante de sentença condenatória, “não podem mais constituir título autônomo de prisão cautelar” (SCHIETTI CRUZ, 2020, p. 65), entendimento baseado no advento da Lei nº 11.689/2008 e da lei nº 11.719/2008.

Em se tratando de prisão para execução da pena, o próprio STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que teve como objeto a nova redação do art. 283 do CPP, negou a execução provisória da pena pela condenação em segunda instância (Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), nº 43, 44 e 54/DF, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, em 07.11.19), uma vez que esta execução provisória não foi recepcionada pela Constituição Federal.

Aury Lopes Jr (2020a, p. 631), refletindo sobre esse tema, acrescenta que é falso o argumento de que o número de decisões que se modificam em grau de recurso especial e extraordinário é insignificante, cita os dados trazidos pelas defensorias públicas de SP, RJ e da União, por ocasião do HC 126.292 e das ADC's, que mostraram um índice altíssimo de 46% de reversão de efeitos, afirma ainda que é necessário levar em consideração os agravos em REsp e REExt, os agravos regimentais, embargos declaratórios com efeitos infringentes, e principalmente, os inúmeros *habeas corpus* substitutivos.

Alega que há vários outros resultados que são positivos e relevantes, que evidenciam a grande injustiça de submeter alguém à execução antecipada de uma pena que depois é significativamente afetada. (LOPES JR, 2020a, p. 631).

Feitas estas considerações iniciais, passamos a análise da teoria das prisões cautelares, em que há grande crítica dos doutrinadores, em relação aos termos empregados advindo do processo civil, este grave problema de paralelismo, com Lopes Jr aborda (2020a, p. 632/633), bem como Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 941), ensinam, gira em torno dos termos *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo da demora), para os autores há uma impropriedade nestes termos, de requisitos e fundamento da prisão, bem como de seu objeto.

Em sua obra *Fundamentos do Processo Penal: Introdução à Crítica*, Aury Lopes (2020b, p. 65/75), faz uma analogia entre o conto infantil da *Cinderela* e as Ciências do Direito Penal, Processo Penal e Processo Civil, afirmando que o Processo Penal, sempre foi o preterido, tendo que se contentar a vestir-se com as roupas velhas de sua irmã, considerada a favorita, mais bela e sedutora (Processo Civil, com superioridade científica e dogmática), bem como compartilhar o mesmo quarto com o Direito Penal (considerada mero apêndice deste), conclui que é preciso respeitar a sua própria categoria e questiona: quando cinderela terá suas próprias roupas? Apesar de estar caminhando rumo a sua autonomia, há um longo caminho pela frente rumo à paridade entre estas três irmãs.

O autor, em obra diversa, afirma que “Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!”, logo, o *fumus boni iuris* não deve ser considerado como o requisito para a decretação de uma medida coercitiva, não se trata da probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato concreto, aparentemente punível, sendo o correto a se afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, considerando a probabilidade da existência de um delito e não de um direito, conforme o artigo 282 do CPP, considerando os indícios, autoria e materialidade (LOPES JR, 2020a, p. 633).

No que se refere ao *periculum*, afirma ainda o autor que (Ibidem, 2020, p. 634), não se trata de um requisito e sim do fundamento de toda a prisão cautelar. Tal confusão tem origem de uma equivocada valorização do perigo decorrente da demora em se ter uma sentença penal condenatória. Não obstante, tal conceito emprega-se perfeitamente nas medidas cautelares de natureza reais (patrimoniais), devido à possibilidade da

dilapidação do patrimônio do acusado, com o passar do tempo, assumindo este risco outro caráter.

Mas quando se falar em medidas de caráter pessoais, Lopes Jr (2020a, p. 634) afirma que, o fator decisório não é o tempo, mas sim a situação de perigo criada pela conduta do imputado, com risco da fuga ou graves prejuízos ao processo, em virtude de sua ausência ou destruição de provas dos autos. Como este risco decorre da situação de liberdade do acusado, o seu fundamento é o *periculum libertatis*.

Outra importante requisito a ser considerado é a legitimidade para o requerimento das medidas cautelares, segundo decisão recente da 2ª Turma do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 188.888/MG, reconheceu, com decisão unânime, a impossibilidade de prisão preventiva “de ofício”, sem que haja requerimento do Ministério Público ou da Autoridade Policial, em sua fundamentação o Ministro relator Celso de Mello, declara que com a reforma, solidificou-se um modelo mais consentâneo de um moderno processo penal com base democrática, evidenciando as características da estrutura acusatória do processo penal brasileiro.

2 PRINCIPOLOGIA DAS PRISÕES CAUTELARES

Começaremos pelos princípios da **Jurisdicionalidade**, constante no art. 5º, LXI, e 93, IX da CF/88, e **Motivação das prisões cautelares** 283 e 315 do CPP, onde afirmam que toda e qualquer prisão cautelar deve ser por ordem judicial escrita e devidamente fundamentada, ressalvando-se os casos de crime militar.

A garantia da motivação das decisões judiciais é um princípio de interesse não somente das partes, mas da sociedade e também do juiz, é o que ensina Scarance Fernandes (p. 139 apud NUCCI, 2020, p. 73), pois os destinatários da motivação “... tem condições de verificar se o juiz, e por consequência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É por meio da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional...”.

Outro importante princípio é o **contraditório**, reafirmado pelo pacote Anticrime no art. 282, § 3º do CPP, que determina a manifestação prévia das partes à decretação da prisão, assim como para sua substituição. Não obstante, a rigor, este princípio deverá ser aplicado pelo instituto da audiência de custódia, segundo Lopes Jr (2020a, p. 638), com este simples ato, realmente tem-se eficácia a este instituto, e poderá evitar muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias.

Neste gancho, falando-se em situações fáticas, adentramos agora no princípio da **provisionalidade**, consagrada pelo art. 282, §§ 4º e 5º, segundo Lopes Jr (2020a, p. 640), afirma que todas as prisões cautelares são situacionais, na medida em que tais medidas tutelam uma situação fática, “uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão”. O desrespeito a este princípio (manutenção da custódia mesmo após o desaparecimento das razões que a justificavam), “conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida apropriação do tempo do imputado” (Ibidem, p. 640).

Ainda nesse aspecto temos o princípio da **Atualidade do Perigo ou Contemporaneidade do Perigo**, consagrado no art. 312, § 2º e 315, § 1º do CPP (nova redação pelo pacote anticrime) pois o *periculum libertatis*, como ensina Lopes Jr (2020a, p. 640), precisa ser atual, presente, não passado e muito menos futuro e incerto e deverá as provas nos autos demonstrar a probabilidade e a atualidade deste fundamento, ressalta que “é imprescindível um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos”, cita como exemplo o RHC 67. 534/RJ e HC 126.815/MG.

Além desses exemplos, podemos citar o fundamento do HC 509030/RJ do STJ, que levou a soltura do ex-presidente Michel Temer, pela ausência do risco atual, em seu fundamento o ministro relator Antonio Saldanha Palheiro afirma que: “Não se garante o processo com gravames atuais ante riscos esmaecidos pelo tempo; não se prende (a mais gravosa dentre quaisquer cautelares) hoje porque grave foi o risco antigo”.

Em sequência e decorrendo o raciocínio, outro princípio essencial das medidas cautelares, é a **provisoriedade**, segundo Lopes Jr (2020a, p. 642) é a ausência de fixação do prazo máximo de duração e o reexame periódico obrigatório, qual seja a obrigatoriedade de revisão da prisão preventiva em 90 dias (art. 316, parágrafo único do CPP, inserido pelo Pacote Anticrime), introduzida pelo Pacote Anticrime, complementa o autor que este princípio está relacionado ao tempo, de modo que toda a prisão cautelar deve ser temporária, de breve duração. Mais adiante, falaremos sobre esse aspecto do tempo, por ocasião da prisão temporária.

Outro princípio é o da **Excepcionalidade**, constante no art. 282, § 6º do CPP, “que consagra a prisão preventiva como o último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares” (LOPES JR, 2020a, p. 645). Destarte, podemos aduzir que por este princípio o juiz deverá analisar todas as demais possibilidades para garantir a finalidade constante no art. 282, I,

do CPP, e somente em última análise, caso não surta os mesmos efeitos às demais opções menos gravosas, deverá optar pela prisão preventiva, em decisão fundamentada nos elementos do caso concreto.

Essa excepcionalidade relaciona-se com a **presunção de inocência (ou não culpabilidade)**, pois devem ser lidas em conjunto, construindo assim um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que, efetivamente, as prisões cautelares sejam a *ultima ratio*, reservada apenas para os casos mais gravosos (LOPES JR, 2020a, p. 646). Binder (2000, p. 115 apud Schietti Cruz, 2020, p. 21) assinalou que “O poder penal é um poder violento, e como consequência disto existe o princípio de *ultima ratio*, que é próprio de um Estado de Direito em uma sociedade democrática, que indica o dever do Estado de utilizar o poder penal o menos possível. (...)”.

Para Schietti Cruz, (2020, p. 41) ainda decorre sobre a importância do **princípio da dignidade da pessoa humana**, que é universal e presente em toda nação civilizada, inscritas no art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*”.

Ao complementar o tema cita Ávila (2007, p. 36 apud Schietti Cruz, 2020, p. 69), aduz que seu conceito deve ser considerado por três perspectivas: a dignidade como respeito ao ser humano; que não pode ser tratado de forma arbitrária; a dignidade como liberdade do indivíduo, dotado de capacidade de ser e de definir seus próprios rumos; e a dignidade como emancipação do ser humano, de modo a assegurar os meios e os ambientes oportunos para sua liberdade de expressar-se de forma livre sem sofrer opressão política, econômica e social.

Observar tais princípios e ponderá-los é um meio pelo qual se poderá chegar a uma aplicação **proporcional** ao caso em concreto, sem exageros.

2.1 Da Mitigação com o Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, é definido por Lopes Jr (2020a, p. 647), como sendo o princípio dos princípios, sendo o principal sustentáculo das prisões cautelares, sua aplicação com os demais princípios permite que haja um equilíbrio entre os interesses opostos (liberdade e a eficácia na repressão dos delitos), sob a órbita do processo, esta ponderação deve nortear a decisão do juiz, tudo com base nos fatos concretos (gravidade da medida imposta x finalidade pretendida), dentro dos elementos *fumus cmmissi delicti*

e do periculum libertatis, para que não haja a banalização da prisão cautelar, jamais se convertendo em uma pena antecipada, o que violaria a presunção de inocência.

Analisar sua adequação (motivos e fins), necessidade (não exceder o imprescindível ao resultado almejado) em uma visão da proporcionalidade em sentido estrito (lógica da ponderação), é uma forma de conjugá-la com o princípio da dignidade da pessoa humana, no viés de proibições de excessos da intervenção penal. (Idem, 2017, p. 46/48).

Lima (2020, p. 931) complementa ainda que, “o uso abusivo da prisão cautelar é medida extremamente deletéria, porquanto contribui para diluir laços familiares e profissionais, além de submeter os presos a estigmas sociais”, ainda destaca os altos índices de reincidências, que chega a ser de 85%, esse uso excessivo também contribuem para a crescente deterioração dos presídios, que já se encontram lotados e precários, cita como exemplo os episódios recentes das penitenciárias de Pedrinhas, Cascavel e Porto Alegre, afirma ainda que é comum não haver qualquer separação de preso provisório e definitivo, nem entre presos considerando o grau de violência do delito, sendo expostos ao recrutamento de organizações criminosas, situação casa vez mais evidente dentro dos presídios brasileiros.

Pensar na vida humana, e na sua dignidade é o fundamento para aplicação proporcional das medidas cautelares diversas de natureza pessoal.

3 DAS PRISÕES CAUTELARES

3.1 Da prisão em Flagrante

Neste tipo de prisão, o *fumus commissi delicti* é claro e inequívoco, a visibilidade tem que está latente, com prova direta. Além de se justificar nos casos excepcionais, diante da análise da necessidade e urgência, indicadas no rol taxativo do art. 302 do CPP (LOPES JR, 2020, 650/651). Segundo Badaró (2020, p. 1154), quanto a necessidade da prisão, qualquer pessoa do povo poderá prender quem se encontre em flagrante delito, **flagrante facultativo**, e quando se tratar das autoridades policiais e seus agentes, este flagrante torna-se **obrigatório**.

No dispositivo do art. 302, I “está cometendo a infração penal”, estamos diante do **verdadeiro flagrante delito**, no inciso II “acaba de cometê-la”, o verbo denota um pequeno intervalo de tempo após o cometimento do crime, trata-se do **flagrante próprio**. (BADARÓ, p. 1154).

No inciso III do mesmo dispositivo, constitui-se **o flagrante impróprio** “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”, o termo “logo após”, faz presumir que há a ocorrência da perseguição, podendo durar horas ou até mesmo dias, o que importa é a continuidade da diligência como ensina Badaró (2020, p. 1155). Neste inciso o contato visual, ou o quase contato, é importante para permitir que a autoridade proceda à perseguição do agente (LOPES JR, 2017, p. 57).

Há ainda **o flagrante presumido**, constante no inciso IV “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”, para Badaró (2020, p. 1155) há uma semelhança do ponto de vista temporal, entre o conteúdo do flagrante impróprio e o presumido, que ocorrem imediatamente depois do crime. Já para Lopes Jr (2020a, p. 657), os termos “logo após” (inciso III) e “logo depois”(inciso IV), apesar de estarem na mesma dimensão temporal, são distintas, no inciso III, afirma que o espaço de tempo deve ser breve, bastante exíguo, deverá sair ao encalço do agente, já no inciso IV, o requisito tempo pode ser mais dilatado, pois o “o ato de encontrar é substancialmente distinto do ato de perseguir”, permitindo assim um tempo maior entre o crime o encontro do agente, que “deve ser causal e não casual”. (Ibidem, 2020, p. 656).

Têm-se ainda os flagrantes especiais, que segundo Lopes Jr (2020a, p. 660/662) ensina: **o flagrante forjado** (é forjada uma situação fática de flagrância delitiva, para tentar legitimar a prisão), sendo um tipo ilegal de flagrante; **o flagrante provocado** (quando existe, um estímulo, uma indução para que o agente cometa o delito para com a finalidade de ser o agente preso), trata-se também de flagrante ilegal, alguns doutrinadores chamam de cilada ou encenação teatral; **o flagrante preparado** (não há a indução ou provocação, mas o flagrante é meticulosamente preparado a tal ponto que o bem jurídico não é colocado em risco) também é um flagrante ilegal, sendo um crime impossível, conforme Súmula 145 do STF “*Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia, torna impossível a sua consumação*”; **o flagrante esperado** (não se induz ou instiga ninguém, a polícia, apenas diante das informações, coloca-se em campanha (vigilância) para prender o autor), nesse tipo de flagrante exige muito cuidado, e controle da sua legalidade ou ilegalidade aferida no caso concreto, pois podemos nos deparar com a súmula 145 do STF; e por fim temos **o flagrante protelado, ou diferido** (art. 8º e 9º da Lei nº 12.850/2013), que se aplica somente no caso de organização criminosa, autorizando a polícia a retardar sua intervenção, para realizar em

momento oportuno sob o ponto de vista da persecução penal, sendo medida excepcional, devendo ser objeto de rigoroso controle de legalidade por parte do Ministério Público e do juiz competente, havendo dúvidas sobre sua ilegalidade, deve ser relaxada a prisão em flagrante, sem prejuízo de análise da prisão preventiva.

3.2 Da prisão preventiva

Na prisão preventiva (art. 311 e seguintes do CPP), sua justificação e fundamento recaem por primeiro, na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade da prova, como tutela a persecução penal, objetiva impedir eventuais condutas praticadas tanto pelo autor tanto por terceiros que possam colocar em risco a fase da investigação ou do processo (PACELLI, 2020, p. 419/420).

Há garantias individuais que devem ser respeitadas, e por se tratar de grave restrição de direitos, a prisão preventiva será decretada conforme preceito constitucional constante no art. 5º, LXI da CF/88 “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

Segundo Nucci (2020, p. 680), a vulgarização da prisão cautelar devido ao grande crescimento em sua aplicação, na maioria das vezes pelo clamor de grande parcela da sociedade, com a falsa impressão que ela é indispensável para acabar com a impunidade e para fazer justiça, tem de ser evitada. Complementa ainda o autor, que o judiciário não pode verga-se à opinião pública, o magistrado não pode trabalhar com o brilho dos holofotes dos órgãos de comunicação, juízes não deve emitir comentários e nem participar da vida política, mesmo que indiretamente opinando fora de sua alçada, segundo a Lei da Magistratura o juiz fala apenas nos autos. O Ministério Público deve agir com independência, promovendo a real justiça e respeitando os direitos e garantias individuais, bem como o bom Delegado deve buscar todas as fontes de suspeição, considerando as várias hipóteses (NUCCI, 2020, p. 680/681).

Para Pasceli (2020, p. 420), a prisão preventiva apresenta duas características: ela será *autônoma*, decretada independentemente de qualquer providência anterior e será *subsidiária*, se for decretada em razão de descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta. Preleciona ainda que há três situações claras que podem ser impostas: a qualquer fase de investigação ou do processo (de forma autônoma, art. 311, 312 e 313 do CPP); como conversão da prisão em flagrante, *ultima ratio* (art. 310, II, CPP) e em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP).

É preciso ainda considerar na aplicação da prisão preventiva, o princípio da razoabilidade, por mais que os prazos processuais sejam impróprios, pois segundo Nucci (2020, p. 682) “não há sanção alguma se forem descumpridos”, isso não significa que o acusado possa ficar indefinidamente preso, sem motivo razoável. Mas adiante afirma que “razoável é a prisão cautelar cujo tempo de duração é o menor possível em face dos concretos elementos extraídos do processo”, como a complexidade da causa, números de réus, números de processos nas varas ou Tribunais, atuação do juiz e atuação das partes.

Outro importante princípio é o da proporcionalidade, segundo Nucci (2020, p. 683) “proporcional é a prisão cautelar cujo período de duração não exceda os limites de pena mínima prevista para o delito – e muito menos o máximo – nem tampouco chega a superar prazos relativos à concessão de benefícios de execução penal”. Ensina ainda o autor, que estes dois princípios mitigados são essenciais para controlar a duração da prisão cautelar.

Não obstante, neste tema, a lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) trouxe modificações que introduziu o parágrafo único no art. 316, e determinou que o juiz fizesse a revisão de ofício e fundamentada, a cada 90 (noventa) dias, da prisão cautelar, sob pena de torná-la ilegal. Neste ponto afirma Lopes Jr (2020a, p. 645), trata-se de uma grande evolução, pois evita que o juiz esqueça do preso cautelar, bem como traz uma imposição de verificar uma nova análise dos motivos da cautelar, sob pena de torná-la ilegal, sendo finalmente um prazo com sanção.

Aqui não há espaço para que haja a fundamentação de forma genérica, e abstrata, é o que afirma o Ministro relator Marco Aurélio, no HC 114.932/MG, quando afirma que o STF “rechaça a prisão preventiva decretada somente com base na gravidade em abstrato do delito ou mediante a repetição dos predicados legais e a utilização de fórmulas retóricas que, em tese, serviriam para qualquer situação”.

3.3 Da prisão provisória

Segundo Nucci (2020, p. 653) é uma modalidade que tem por finalidade assegurar a eficácia da investigação policial nas infrações penais de natureza grave, está prevista na Lei nº 7.960/89, e foi idealizada para substituir a prisão por averiguação, que era realizada habitualmente pela polícia para auxiliá-las nas investigações, porém, com a chegada da CF/88, tornou-se ilegal, devido a previsão expressa da jurisdiicionalidade e motivação das prisões cautelares.

Tal modalidade, pode ser aplicada em duas situações: primeira constata no art. 1º, inciso I, “*quando quando imprescindível para as investigações do inquérito policial*”, neste caso, deve ser conjugado com os incisos III, “*quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes*”, em rol de crimes descrito no referido inciso, bem como os constantes na lei de crime hediondos e equiparados como tortura e terrorismo; segunda situação, consta na conjugação do inciso II “*quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade*” com o inciso III, já mencionado acima (NUCCI, 2020, p. 654/655).

É necessário ressaltar ainda que, o prazo fixado no mandado de prisão temporária deverá conter o período de duração da prisão e o dia da sua soltura, portanto, esgotado-se o prazo estipulado, deve o preso ser imediatamente posto em liberdade pela autoridade policial independentemente de nova ordem judicial, é o que preceitua o art. 2º, § 7º, da Lei 7960/89, sob pena de abuso de autoridade, ressalvado os casos da comunicação da prorrogação da prisão ou da decretação da prisão preventiva. (Ibidem, p. 655).

E por fim, há de se observar a inconstitucionalidade da nova redação do art. 310, § 2º introduzida pela Lei nº 13.964/19, quando proíbe a concessão de liberdade provisória, com o sem medidas cautelares, conforme tese de repercussão geral no RE nº 1038925 já declarado pelo STF na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) que veda a concessão de liberdade provisória a preso acusados de tráfico, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “liberdade provisória” do artigo 44 da Lei de Drogas, devendo tal entendimento ser aplicado nas demais instâncias em casos análogos (LOPES JR, 2020a, p. 673).

4 DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/2011 E PELO PACOTE ANTICRIME

Com a chegada da Lei 12.403/2011, instaurou-se um modelo polimorfo, que quebrou uma bipolaridade (prisão x liberdade provisória) que engessava o magistrado na tomada de decisão. Em complemento as inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, reforçou o sistema acusatório, já previsto na CF/88.

O juiz passou a decidir quais as providências mais ajustadas ao caso concreto (art. 319 e 320 do CPP), isoladas ou cumulativas, com base nos critérios da legalidade e proporcionalidade. (Lima, 2020. p.931). Com a nova redação do art. 282, § 2º, do CPP,

não é mais possível à decretação de ofício de medidas cautelares pelo juiz, dependendo agora de requerimento das partes ou, no curso da investigação pelo Ministério Público ou autoridade policial. (NUCCI, p. 700).

Ressalta Lopes Jr (2020a, p. 714), que é importante destacar que, as medidas cautelares diversas à prisão, exige a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, somente podendo ser impostas, presentes tais requisitos e fundamentos. Desaparecendo tais preceitos, o acusado deve ter liberdade plena.

O art. 319, do CPP, que elenca o rol das medidas cautelares, traz em seu inciso I: “*comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades*”, o objetivo principal deste comparecimento periódico (art. 319) é de verificar se o acusado continua à disposição do juízo para se efetivar a prática de qualquer ato processual, ao passo em que o “justificar das atividades” dá ao juiz os passos da vida cotidiana e onde está localizado atualmente o acusado. (SCHIETTI CRUZ, 2020, p. 194).

Quando à periodicidade em que deverá comparecer em Juízo, o legislador deixou em aberto, logo, poderá o juiz determinar o comparecimento mensal, semanal, ou até mesmo diário (medida extrema e onerosa), justificando-se somente para casos muito próximos da decretação da prisão preventiva, ressaltando-se ainda, o horário da jornada de trabalho do imputado para não prejudicá-la, pois toda medida deve pautar-se no menor dano possível, inclusive, no que se refere a estigmatização social do imputado (LOPES JR, 2020a, p. 717).

No inciso II do artigo 319 “*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*”, segundo Lima (2020, p. 1134), trata-se de medida que tem por finalidade proibir acesso ou frequência a determinados lugares, quando pelas circunstâncias do fato, deva se manter distante para evitar risco de reiterações criminosas, esses lugares da proibição, como a lei é omissa, poderá ser determinado à restrição a locais públicos (parques que há venda de drogas), locais privados e abertos ao público (casas noturnas) e até mesmo locais privados (própria residência em coabitação com a vítima, casa do ofendido ou testemunha), de maneira que haja relação entre o local cujo acesso está proibido e a prática do ato ilícito, sendo inadmissíveis termos genéricos, sem especificações.

No inciso III do art. 319 “*proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela*

permanecer distante”, segundo Schietti Cruz (2020, p. 195) é uma medida muito similar à prevista no inciso anterior, porém seu objetivo é de proteger determinada pessoa em face do risco do comportamento do acusado, ou o de evitar o contato do réu com determinadas pessoas para a reprodução de comportamentos criminosos. Complementa Lima (2020, p. 1135) ao afirmar que para caracterizar o descumprimento da medida, é necessário que tal aproximação seja consciente e não casual.

No inciso IV *“proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”*, para Lopes Jr (2020a, p. 719), essa medida serve para tutelar a prova e por via reflexa para eficácia da lei penal, qual seja o risco de fuga. Preleciona ainda que andou mal o legislador ao limitar-se ao interesse probatório, que é uma questão demasiadamente discutível, reduzindo assim o campo de sua aplicação, assim como ao incluir ao texto original o termo “conveniência”, abrindo um espaço para exercício impróprio da discricionariedade judicial, mais adiante complementa que, incorre ainda mais em erro, ao inserir a perspectiva de obrigar o réu a ficar disponível para servir como meio de prova, indo de encontro ao direito de não produzir prova contra si mesmo, e da tendência em reconhecer o “direito de não ir” inerente ao réu em processos penais democráticos.

No inciso V – *“recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos”*, verificando que para a garantia da aplicação da lei penal para tutelar a fase de investigação ou instrução e reiteração criminosa basta que o acusado recolha-se no seu domicílio no período noturno e nos dias de folga, deve-se ser aplicada tal medida, exigindo-se que o acusado tenha uma residência e trabalho fixos, sendo melhor empregada cumulada com o monitoramento eletrônico (LIMA, 2020 p. 1138).

No inciso 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”* para Schietti Cruz (2020, p. 206/207) trata-se de uma medida cautelar bem específica e direcionada, utilizada principalmente nos crimes funcionais, econômicos ou contra a ordem tributária, em que tal medida deverá ser empregada para garantir com critérios de idoneidade e suficiência da medida a prática reiterada do delito pelo acusado, valendo-se da sua função ou atividade.

No inciso 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”* trata-se de

uma medida cautelar para prevenir possível reiteração punitiva, é uma medida cautelar de internação provisória que estabelece que o acusado, em vez de ser recolhido a estabelecimento prisional, por prisão preventiva, será internado em razão da sua condição de imputabilidade ou semi-imputabilidade, a ser demonstrada por perícia, ou de sua periculosidade, que é o risco de reiteração do ilícito penal (SCHIETTI CRUZ, 2020, p. 208).

No artigo VIII – *“fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial”*, trata-se de inovação trazida pela Lei nº 12.403/11, que passou a admitir que alguém fosse submetido ao regime de liberdade provisória, com ou sem fiança, sem que fosse previamente preso em flagrante, nesse sentido, a fiança passou a funcionar como medida cautelar autônoma, que pode ser determinada isolada ou cumulativamente, nas infrações em que a admitem (LIMA, 2020, p. 1146/1147).

No artigo - IX – *“monitoração eletrônica”*, o art. 319, traz a figura do instituto sem nenhuma outra explicação, finalidade, forma de execução ou duração da medida, não obstante, em tese, ela poderá cumprir tanto a finalidade da cautela instrumental quanto a cautela final, em consonância com o art. 282, porém, poderá ser mais bem aplicada para assegurar a aplicabilidade da lei penal, como uma forma mais branda e eficaz do que uma prisão preventiva. (BADARÓ, 2020, p. 1253).

Ainda temos no art. 320 – *“proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas”* para Badaró (2020, p. 1255), como o legislador não determinou sua finalidade de aplicação, poderá ser aplicada para as duas finalidades constante no art. 282 do CPP, qual seja para assegurar a aplicação da lei penal na investigação ou na instrução, sendo uma medida mais branda, devido ao grau de restrição da liberdade de locomoção ser menos intenso, necessária para se evitar a fuga do investigado ou acusado, sendo, dessa forma, uma cautela final.

Além destas medidas constantes no art. 319 e 320, a Lei nº 12.403/2011 possibilitou que o magistrado substituísse a prisão preventiva cumprida em estabelecimento prisional por **prisão domiciliar** (art. 317 e 318 do CPP), nos estritos limites da lei, para Schietti Cruz (2020, p. 174/175), *“nenhuma dúvida parece existir de que a prisão domiciliar é apenas um modo menos oneroso de cumprir – por razões*

humanitárias – a prisão preventiva”. Mas adiante o autor afirma que estas inovações da Lei nº 13.257/2016 consolida uma intersetorialidade e corresponsabilidade dos entes federados, sendo que o objetivo maior da lei foi o de conferir maior proteção à infância (SCHIETTI CRUZ, 2020, p. 177).

5 DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES X BENEFÍCIOS PARA O SISTEMA PRISIONAL

5.1 Da evolução do conceito de punição

Na evolução histórica das punições antes se punia o corpo, como Foucault (Cf. *Vigiar e Punir*, p. 35) traz ao seu tempo, a descrição da ostentação do suplício.

Com o passar do tempo, as punições sobre o corpo foram se tornando pudicas, pois “*o castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos*”. (Ibidem, p.16).

Esta diminuição do sofrimento físico do corpo dos condenados, nos últimos séculos, foi vista durante muito tempo como um fenômeno quantitativo que afirmava: “menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva Redução de Intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente” (Foucault, *Vigiar e Punir*, p. 21).

Para Nucci (2020, p. 116), há de se ter um propósito ao buscar uma visão histórica, pois “... precisamos avançar e não retroceder. Qual a vantagem de se conhecer a época das tormentas (extração de depoimentos sob tortura)? É atestar o seu caráter nefasto e adverso aos princípios humanizantes da atualidade...”

Este pensamento nos remete ao norte da existência humana, faz-se refletir que, não mais se permite retroceder a tempos tão bárbaros, é preciso evoluir, bem como humanizar as penas, com a finalidade de ressocialização do indivíduo.

Tão evidente o nosso olhar histórico, que mesmo há dois séculos a frente dos suplícios, das tormentas, vivencia-se um sério problema no cárcere, onde é visível que, ainda que indiretamente, se puna não só a alma, mas os corpos dos condenados, com prisões que sequer garantem condições dignas de sobrevivências, com pouquíssimas chances reais de ressocialização do preso, o importante é punir, de qualquer forma, a qualquer jeito, mostrando-se “a justiça” perante a sociedade.

5.2 Da realidade do sistema carcerário

Os dados do CNJ, sobre a implantação da audiência de custódia, nos mostram uma dimensão, de como o contraditório empregado nesses institutos coloca-se em prática um juízo proporcional, em que há ponderação na tomada de decisão. Em 2016, segundo os dados de estatísticas do CNJ, de 64.841 resultou em 26.993 (41,62%) liberdades concedidas, em 2019, de 221.771 audiências, resultou em 89.195 (40,21%) liberdades concedidas, e mesmo em um ano atípico com a pandemia do Covid-19, em 2020, até o mês de outubro, de 60.087 audiências de custódia, resultou em 25.603 (42,60%) liberdades concedidas.

Dados de julho a dezembro de 2019 do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça (atualizados em 25/06/20), de um total de presos 748.009, maioria em regime fechado, temos ainda 222.558 de presos provisórios, representando 29,75% dos totais de presos (no período de janeiro a junho de 2019, eram 33,09%, e em 2016, 40%). É visível que ainda há grande incidência das prisões preventivas, em que deveriam ser decretadas em último caso e somente se outras medidas menos gravosas não fossem suficientes e adequadas a fim de garantir a persecução penal.

5.3 Da aplicação do princípio da proporcionalidade nas medidas cautelares e seus benefícios ao sistema prisional

E certo que, usar a proporcionalidade terá impacto diretamente na superlotação e reeducação de presos, pois terão não só uma vida digna para cumprir sua pena, mas a possibilidade real de reeducação com a execução de projetos. Dentro deste cenário, hoje existe uma tendência para conter essas situações de superlotação nos presídios e do olhar humano sobre as pessoas privadas de sua liberdade.

Um exemplo, que parece ser sutil, mas que faz repensar o propósito da ressocialização do preso, são as nomenclaturas como a Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização/BA, que executa programas sociais, capacitação de seus funcionários com a finalidade de prover as garantias fundamentais dos presos em suas Unidades, incentivos ao empreendedorismo, prevenção ao suicídio, Projeto Começar de Novo, Yoga, meditação, assistência nutricional e médica, respeito às diversidades, cooperação entre o Setor Privado para empregabilidade, dentre outros destaques. (C.f. AÇÕES RESSOCIALIZADORAS, 2020).

Logo, está demonstrada a importância das medidas cautelares diversas as prisões e a aplicação proporcional destas medidas com vista a assegurar as garantias processuais e possibilitar um fôlego no sistema carcerário atual, que precisa ser, urgentemente,

reestruturado para cumprir sua finalidade de reeducar e não somente punir. Ter em mente o princípio da proporcionalidade ao pensar no cerceamento da liberdade do indivíduo é não só pensar no próximo e sim em manter uma sociedade mais justa e humana, dentre tantas disparidades sociais.

Conclusão

As Medidas Cautelares previstas atualmente na Lei nº 12.403/11, têm a natureza pessoal, que asseguram o caráter instrumental para que efetivamente surta os seus efeitos no caso concreto, estas medidas, quando alteradas pela Lei nº 13.964/19, reafirmou o sistema acusatório e ressaltou a aplicação do princípio da proporcionalidade. Ponderar é aplicar proporcionalmente as medidas as serem cumpridas de forma razoável, sem arbitrariedade, preservando-se assim todos os princípios inerentes às medidas.

Esta análise impede o encarceramento desnecessário do indivíduo antes do trânsito em julgado, aplicando-se assim, uma medida mais justa e humana, diante do cenário atual dos presídios brasileiros, que se encontram superlotados, falidos, além de servirem de local de recrutamento das organizações criminosas.

É evidente que precisamos repensar no instituto da punição, e considerar os estigmas causados pelo cárcere, bem como dos sentimentos de debilidade, angústia que carrega um acusado, que durante o processo, pode ser declarado inocente.

Nesse aspecto as medidas cautelares diversas da prisão devem ser aplicadas de forma proporcional, para que assim haja ponderação entre assegurar a persecução penal e a liberdade do preso, preservando o processo democrático e reafirmando o caráter de *ultima ratio* de toda medida de natureza cautelar pessoal.

Vê-se que há mudanças de paradigmas com as inovações legislativas e até sutis mudanças nos presídios, abre-se uma porta para a ressocialização que é um dos fins do processo penal e da verdadeira justiça, com a assertiva de que não basta somente punir, é necessário trazer dignidade e garantias constitucionais nestes indivíduos que, no mais tardar, serão reinseridos na sociedade.

Referências

AÇÕES RESSOCIALIZADORAS. **Administração Penitenciária e Ressocialização**. Disponível em: <http://www.seap.ba.gov.br/pt-br/projetosressocializadores>). Acessado em: 11 de jun 2020.

RELEM – Revista Eletrônica Mutações, janeiro-julho, 2020
©by Ufam/Icsez

BADARÓ, Gustavo Henrique Badaró. **Processo Penal**. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches di, 1738-1794. **Dos Delito e das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães – São Paulo: Martin Claret, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime** – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CNJ. **Dados Estatísticos - audiência de custódia**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>. Acessado em 31/10/2020.

DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJlLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acessado em 31/10/2020.

FOUCAULT, Michel, 1926-1984. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal** – 8. Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva: Educação, 2020a.
LOPES JR, Aury Lopes. **Fundamentos do Processo Penal introdução Crítica**. – 6 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020b.

LOPES JR, Aury Lopes. **Prisões Cautelares** – 5. ed. – rev. atual. e apli. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Processo Penal**. – 17. Ed. [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PASCELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 5. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.