

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

**MEDIDAS CAUTELARES PENAIS PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO: Critérios e  
Custos**

**Atilio Eduardo Pitondo Dias Junior**

Juiz de Fora

2011

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

**MEDIDAS CAUTELARES PENAIS PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO: Critérios e Custos**

Projeto de monografia de conclusão de curso na área de Direito Penal e Processo Penal, apresentado pelo Acadêmico ATILIO EDUARDO PITONDO DIAS JUNIOR à Universidade Federal de Juiz de Fora para conclusão do curso, sob orientação do Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

Juiz de Fora

2011

**Atilio Eduardo Pitondo Dias Junior**

**MEDIDAS CAUTELARES PENAIS PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO: Critérios e Custos**

**Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora**

**Data da defesa: 02/12/2011**

-----  
**Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes**

-----  
**Prof. Cristiano Alvares Valladares do Lago**

-----  
**Prof. Luiz Antônio Barroso Rodrigues**

Dedico este trabalho aos meus pais e a minha irmã pelos anos de apoio e compreensão.

Aos colegas de faculdade, os quais me ensinaram valiosas e árduas lições quanto à índole humana.

Ao Orientador Professor Doutor Cleverson, profissional irretocável e amigo para a vida.

## RESUMO

O presente trabalho investiga, com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, o estabelecimento de critérios jurídicos funcionais e seguros para a atuação do magistrado na fixação das medidas cautelares penais diversas da prisão. No decorrer da referida análise serão defendidos como critérios jurídicos o *periculum libertatis*, a presunção de inocência, o princípio da liberdade, o princípio da excepcionalidade das medidas cautelares, a legalidade das medidas cautelares, a justificação teleológica das medidas cautelares, a jurisdicionalidade, a motivação, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, bem como a necessária consideração da Teoria dos Custos dos Direitos na apreciação da medida cautelar pessoal diversa da prisão a ser aplicada pelo magistrado.

**Palavras-chave:** cautelares penais pessoais, prisão cautelar, custos dos direitos, presunção da inocência, legalidade, adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito, critérios jurídicos, atuação judicial.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
<b>CAPÍTULO I: MEDIDAS CAUTELARES E PROCESSO PENAL</b>	
<b>1.1. Breve aparte histórico.....</b>	<b>09</b>
<b>1.2. A cautelaridade no processo penal.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO II: MEDIDAS CAUTELARES PENAIS EM ESPÉCIE</b>	
<b>2.1. Sistematização.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2. Medidas cautelares penais de caráter civil.....</b>	<b>16</b>
<b>2.3. Medidas cautelares penais relativas à prova.....</b>	<b>17</b>
<b>2.4. Medidas cautelares penais de natureza pessoal.....</b>	<b>18</b>
2.4.1 Prisão preventiva.....	18
2.4.2 Cautelares penais pessoais diversas da prisão.....	20
2.4.2.1 Comparecimento periódico em juízo.....	21
2.4.2.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.....	22
2.4.2.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada.....	23
2.4.2.4 Proibição de ausentar-se da comarca.....	24
2.4.2.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga.....	25
2.4.2.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica	26
2.4.2.7 Internação provisória.....	26
2.4.2.8 Fiança.....	27
2.4.2.9 Monitoração eletrônica.....	28
2.4.2.10 Cautelares pessoais diversas da prisão na legislação extravagante.....	30
<b>CAPÍTULO III: CRITÉRIOS JURÍDICOS E APLICAÇÃO DAS CAUTELARES PESSOAIS</b>	
<b>3.1. Considerações gerais.....</b>	<b>32</b>
<b>3.2. <i>Fumus comissi delicti e periculum libertatis</i>.....</b>	<b>33</b>
<b>3.3. Pertinência principiológica.....</b>	<b>36</b>
<b>3.4. Proporcionalidade.....</b>	<b>37</b>
<b>3.4.1. Legalidade.....</b>	<b>39</b>
<b>3.4.2. Justificação teleológica.....</b>	<b>40</b>
<b>3.4.3. Jurisdicionalidade e motivação.....</b>	<b>41</b>

<b>3.4.4. Adequação.....</b>	<b>42</b>
<b>3.4.5. Necessidade.....</b>	<b>43</b>
<b>3.4.6. Proporcionalidade em sentido estrito.....</b>	<b>44</b>
<b>3.5. A Teoria dos Custos dos Direitos.....</b>	<b>46</b>
<b>3.5.1. A superação da distinção entre direitos positivos e negativos.....</b>	<b>46</b>
<b>3.5.2. Os custos dos direitos e as medidas cautelares pessoais.....</b>	<b>48</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>54</b>

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.403/2011, em seu bojo, trouxe consistentes e, releva-se, demoradas alterações de uma pluralidade de institutos concernentes à prisão e às medidas cautelares.

Apesar de já previstas em parte mesmo antes da reforma, como o instituto da fiança, a *novatio legis* tem o mérito de ampliar e, mais importante, sistematizar (ao menos persegue esse fim) a aplicação das diversas medidas previstas, trazendo parâmetros a serem seguidos pelo magistrado diante das nuances do caso concreto.

Ao se deparar com a referida temática, como orienta a arcaica tradição brasileira, uma pluralidade de doutrinadores passa a difundir uma literatura relativa à reforma, a qual, a despeito de obras que nada mais fazem do que parafrasear artigos legais, visualiza questões complexas e de solução manifestamente casuística.

Nesse contexto, dentre os diversos problemas que advém com a Lei 12.403/11, sobleva-se o referente à definição de critérios plausíveis e confiáveis para a aplicação das medidas cautelares penais, em especial quando se depara com previsões da nova redação do Código de Processo Penal.

Expondo-se a temática, ter-se-á por escopo primordial a elucidação dos critérios e de suas necessárias considerações, buscando demonstrar a vinculação relativa do magistrado quando da análise da medida proporcional ao caso em apreço, afastando considerações quanto às arbitrariedades na atuação judicial.

O estudo passa, em evidência, pelo texto legal, mormente pelo Código de Processo Penal e sua interpretação sistemática em face da Constituição Federal de 1988, abarcando o campo das prisões e medidas cautelares, além da crucial inserção das perspectivas da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria dos Custos dos Direitos.

Tem-se que esclarecer, de pronto, que o objeto de análise não constitui a explanação específica da totalidade das prisões processuais, tendo em vista que a prisão em flagrante, a prisão domiciliar e a prisão temporária guardam quesitos próprios cuja disciplina passa por pontos controversos, sendo que sua análise acarretaria em demasiada consideração de variantes, fugindo da hipótese aventada.

O espectro de análise limita-se à apreciação das cautelares diversas da prisão, focando-se na fixação de seus critérios para aplicação, não só quanto à opção entre essas medidas e a prisão preventiva, mas também quanto à escolha, dentre as cautelares diversas da prisão existentes, daquela que melhor se amolda ao caso concreto.

Em apreciação da doutrina quanto à temática, têm-se proposições que vagam pelo princípio ou paradigma da proporcionalidade, deixando, em linhas gerais, uma perigosa margem de atuação judicial e demonstrando uma preocupação deveras excessiva com o texto legal de forma isolada.

Nesse sentido, a sistematização de uma série de critérios para a atuação do magistrado se mostra imprescindível em face da *novatio legis*, buscando-se, com a compreensão dos critérios e de seus custos, a solução da problemática advinda do diploma legal em análise, evitando que a Lei nº 12.403/11 se transpareça em parte natimorta.

## CAPÍTULO I

### MEDIDAS CAUTELARES E PROCESSO PENAL

#### 1.1 Breve Aparte Histórico

Ao se apreciar o Código de Processo Penal aplicável no Brasil, de pronto, depara-se com um dado que merece revelo: a legislação processual penal guarda sua entrada em vigor datada de 1º de janeiro de 1942, em uma clara confluência ideológica no modelo italiano.

A inspiração do Código de Processo Penal de 1942 se perfaz derivada do fascismo proeminente no Direito italiano na data de sua elaboração. Por evidente, não se busca afirmar ou provar que o Código de Processo Penal brasileiro se trata de uma legislação propriamente fascista, mas sim que vários institutos gozam de previsões arraigadas de teorias de defesa social.

Ao apreciarem a temática, importantes expoentes demonstram a necessidade de reinterpretação, e, no caso brasileiro, de reforma do Código de Processo Penal, mormente quando se depara com as reformas políticas ostentadas pelo Estado brasileiro, causando modificações estruturais de governo, as quais culminaram a confecção da Constituição da República Federativa do Brasil, no dia 05 de outubro de 1988.

As palavras de Fauzi Hassan Choukr retratam com precisão a necessidade de reforma processual penal com a qual se deparou o Estado brasileiro após a edição da Constituição Republicana e Democrática:

“Não conhecemos uma história legislativa republicana sem que tenhamos um Código de Processo Penal integralmente nascido da atividade democrática parlamentar.” (Choukr, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.2).

Os riscos inerentes a uma apreciação isolada do Código de Processo Penal levaram (e ainda levam) à posições violadoras de direitos individuais em nome de

conceitos vagos de sociedade, inspiradores da concepção prática de que a prisão processual constituía a própria prisão penal. Trazendo em termos simples, a prisão era a regra e a liberdade rigorosa exceção.

O posicionamento acima exposto se manteve pacífico por um longo e vergonhoso período do Direito brasileiro, não devendo ser negado, e, muito menos, esquecido, pois deixou marcas indeléveis que servem de fundamento para as reformas que vieram e estão por vir na legislação processual penal brasileira.

Nesta inspiração teórica, passaram a emergir algumas previsões pontuais na sistemática processual posterior ao texto constitucional, destacando-se o advento da Lei nº 9.099/95, trazendo importantes disposições para um desenvolvimento processual alternativo à carcerização, destacando-se a transação civil, a transação penal e o instituto da Suspensão Condicional do Processo.

Apesar de períodos de lapso legislativo, em janeiro de 2011, uma comissão integrada por diversos juristas de renome no cenário nacional elaboraram oito projetos de lei com o espoco de alcançar uma maior racionalidade na prestação jurisdicional quando se tratava de processo penal.

Dentre os referidos projetos, destaca-se o Projeto de Lei nº 4.208/2001, que foi aprovado no dia 07 de abril de 2011, dando origem à normatização da Lei nº 12.403/11, alterando uma série de dispositivos do Código de Processo Penal referentes à prisão e às cautelares penais.

As modificações legislativas transparecem alterações de cunho estrutural, afastando o Processo Penal brasileiro das mencionadas tendências de defesa social e passando a uma clara preocupação com o indivíduo, sem perder de foco a garantia da efetividade do processo.

A Lei nº 12.403/11 exprime a regra de que as prisões processuais, em especial a preventiva, sejam entendidas como medidas de caráter excepcional, tornado-se as providências cabíveis apenas em hipóteses de expressão de *ultima ratio*.

Elimina-se ainda a inócua, porém persistente, discussão até então existente quanto à prisões processuais no Brasil, restando apenas a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em flagrante.

Em termos significativos para o presente estudo, a legislação processual passa a trazer sua mais importante previsão: a sistematização do rol de medidas cautelares alternativas à prisão cautelar.

Todavia, e desde logo é relevante destacar, apesar de se afastarem as teorias de defesa social no presente estudo, não se segue linhas abolicionistas ou garantistas em extremo, pois a Lei nº 12.403/2011, apesar de trazer importantes inovações, deve ser vista como reservas em alguns pontos, conforme destaca Rodrigo Iennaco:

“Sabido que a maioria dos casos de condenação criminal tem pouco efeito prático. O principal instrumento de coerção cautelar e controle social é (ou era) a prisão provisória. Com a lei nova, consolidando-se a subjugação da força coercitiva do flagrante, a sociedade estará menos protegida. Pois estão fora da previsão de prisão preventiva (salvo o caso de reincidência em crime doloso) os crimes para os quais a lei não prevê pena de prisão superior a quatro anos, tais como os crimes contra as finanças públicas (incluídos no Código Penal pela Lei 10.028/2000), contra a propriedade imaterial e intelectual, contra o privilégio de invenção de marcas de indústria e comércio, de concorrência desleal e contra a organização do trabalho, além de crimes “graves” contra a administração da justiça, como, por exemplo, coação no curso do processo. O objetivo da reforma é a ampliação das garantias ou o fomento de vagas no sistema prisional?”. (IENNACO, Rodrigo. Reforma do CPP: **Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória**. Disponível: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=664>. Acesso em 09 de junho de 2011).

Todavia, explanando o entendimento a ser defendido no presente estudo quanto à Lei nº 12.403/2011, destaca-se a construção de Luiz Flávio Gomes no sentido de que a prisão cautelar deve ocupar posição de *extrema ratio* da *ultima ratio*, que é o Direito Penal.

## 1.2 A cautelaridade no processo penal

Ao se tratar da cautelaridade na sistemática processual penal, algumas premissas devem ser expostas e entendidas de forma a evitar que se conturbem os

caminhos para a compreensão dos critérios necessários à aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

O processo cautelar, em seu escopo civil, representa o acautelamento do processo, de forma a viabilizar a eficácia da prestação jurisdicional. Apresenta, nesse sentido, forma de processo com caráter eminentemente não satisfativo, objetivando que o processo principal seja posto em posição de segurança em face da urgência de situações que não poderiam ser resguardadas em razão da passividade do juiz inerente à sistemática processual, mormente ao se tratar de processo civil.

O Código de Processo Penal brasileiro não guarda previsão da existência de um processo cautelar autônomo, ponto esse que deve ser tomado em mente para que se possa corroborar a afirmação de que a tutela jurisdicional cautelar é exercida justamente através das medidas cautelares dispostas na legislação processual penal.

Assim, a tutela cautelar penal é prestada de forma independente do exercício de ação dessa natureza, a qual daria origem a um processo cautelar com base procedimental própria, sendo exercida através das mencionadas medidas cautelares, podendo ser aplicadas na fase investigatória ou no curso do processo.

Nesse sentido, para que sejam alcançados os critérios de aplicação das medidas cautelares penais, imperiosa se faz a compreensão dos pressupostos da tutela cautelar, evitando atuações desmedidas por parte do Poder Judiciário.

Os pressupostos específicos da tutela cautelar no processo penal, apesar de apresentarem preocupação modesta por parte da doutrina pátria, têm expoentes de precisão peculiar, sendo que, para efeitos do presente estudo, tomar-se-á por base o desenvolvimento de HÉLVIO SIMÕES VIDAL, abordando os seguintes pressupostos para uma teoria do processo cautelar:

“uma teoria do processo cautelar, fundada em cinco pressupostos: a) sumariedade da cognição; b) iminência de dano irreparável; c) temporariedade; d) situação cautelandada; e) sentença mandamental. (VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. **Processo Cautelar, Prisão Processual e Antecipação dos Efeitos Executivos da Sentença Penal**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, número 16, janeiro/junho 2011. p.177).

O objetivo da presente exposição passa, em especial, pela demonstração de que existe compatibilidade entre um processo penal cautelar e as cautelares penais pessoais, na medida em que levam a efeito uma garantia dos efeitos executivos da sentença penal.

Como primeiro pressuposto da teoria do processo cautelar penal se destaca a sumariedade em seu escopo material, na medida em que, ao se apreciar a pretensão posta, o magistrado fruirá de uma superficialidade em sua análise, justificada pela urgência inerente à cautelaridade.

Dessa forma, por exemplo, ao apreciar um flagrante delito, o juiz deve se valer das disposições do Artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo relaxar o flagrante ilegal, convertê-lo em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. A atuação do magistrado não pode tardar, sob pena de tornar inútil o provimento final.

O pressuposto da sumariedade faz-se de observância necessária para que não se perfaça um estereótipo de justiça tardia. Não há possibilidade de se exigir do magistrado uma apreciação que transcenda a mera plausividade do direito que foi invocado, não se alcançando na apreciação da possibilidade de aplicação de medidas cautelares uma realidade indiscutível, pois essa, quando é alcançada (o que nem sempre acontece) depende do término da fase instrutória, a qual o juiz não pode aguardar quando lida com cautelares.

Como segundo pressuposto do processo cautelar, tem-se a iminência de dano irreparável, o qual remete a uma possibilidade de lesão ao direito subjetivo. Importante destacar, conforme o faz VIDAL (2011), que o fundamento desse pressuposto consiste na necessidade de proteção da realização do direito em apreço, em face da iminência de risco de sua não realização.

Além dos mencionados, pressuposto crucial da análise cautelar constitui a temporariedade da medida cautelar, tendo em vista que a sua manutenção se perfaz imperiosa apenas e somente se persistirem os motivos determinantes.

Em breve exemplificação, tratar-se-ia da hipótese de decretação de prisão preventiva fundada na impossibilidade de localização do acusado a qual, uma vez

cumprida com a conseqüente localização do agente, mostra-se desprovida de conteúdo.

Em termos técnicos, pode-se dizer que a decisão que procede à tutela cautelar não pode ser entendida como abarcada pela coisa julgada material, tendo em vista que, justamente por ser temporária, está sujeita às modificações fáticas ocorridas no decorrer da fase investigatória e instrumental.

Dessa forma, não se pode afirmar, ao se tratar das medidas cautelares, da existência ou não de violação ao tipo penal, ou mesmo que foi o réu o autor da infração penal. As referidas afirmações dependem de sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência, preceito basilar do texto constitucional.

Ao se apreciar a sistemática esquematizada pela Lei nº 12.403/2011, tem-se clara a manifestação do pressuposto da temporariedade das cautelares, traduzido no comando exposto pelo Artigo 282, §5º, do Código de Processo Penal, o qual traz, em sua redação, a noção de temporariedade de uma cautelar, derivando uma noção de fungibilidade entre as medidas decretadas.<sup>1</sup>

Outro pressuposto da tutela cautelar constitui a existência de situação cautelanda, remetendo à existência de um direito juridicamente protegido que fundamente a cautelar.

As medidas provisórias cautelares, conforme lições de Chiovenda (1965), não podem ter por espoco a simples proteção do processo, mas, em especial, a proteção a um direito, mais especificamente, às necessidades gerais de proteção do direito. Seria a situação corresponde à hipótese de aplicação de medida cautelar diversa da prisão correspondente à proibição de manutenção de contato com determinada pessoa em razão de circunstâncias relacionadas ao fato.

Neste caso, tem-se como situação cautelanda a proteção à integridade física de pessoas determinadas e, em última instância, à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>1</sup> A redação do Artigo 282, §5º, do Código de Processo Penal é clara ao estabelecer a fungibilidade entre as cautelares: “Artigo 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) §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.”

O último pressuposto da tutela cautelar constitui a existência de sentença mandamental, isto é, uma sentença que contenha uma predominante noção de ordem e uma breve cognição, refletindo, de forma, inegável, o pressuposto da sumariedade.

Nesta feita, a decisão do magistrado ao estabelecer a medida cautelar refletirá a aparência de violação ao tipo penal e, mais especificamente, alguns critérios a serem apreciados na escolha da medida mais acertada para o caso que se descortina.

## CAPÍTULO II

### MEDIDAS CAUTELARES PENAIS EM ESPÉCIE

#### 2.1 Sistematização

Conforme vem sendo destacado, a tutela cautelar no processo penal é exercida através de medidas cautelares, as quais, uma vez observados os seus pressupostos, prestam-se a resguardar interesses que, em última instância, derivam do interesse social.

Conforme ensina CALAMANDREI (1936), quando se lida com um provimento cautelar, a celeridade e a ponderação se tornam exigências que se contrastam na justiça. De um lado, encontra-se a imperiosidade de se conceder o resguardo do provimento desde logo, correndo sérios riscos de que esse provimento não se perfaça correto, enquanto, por outro lado, tem-se a possibilidade de deixar de proceder ao provimento cautelar e acabar arcando com as conseqüências de uma tutela tardia em face da morosidade do processo penal.

As medidas cautelares penais não podem ser vistas como restritas à nova sistematização trazida pela Lei nº 12.403/2011. O espectro de cautelaridade no processo penal é mais amplo, podendo-se dizer que existe uma divisão entre as espécies de medidas cautelares, separação essa que se perfaz imprescindível para que se alcancem as conclusões pretendidas.

Em termos técnicos, BRASILEIRO DE LIMA (2011) traz coerente classificação que passa a ser alvo de análise, especificando as medidas cautelares naquelas de natureza civil, relativas à prova e de natureza pessoal.

#### 2.2 Medidas cautelares penais de caráter civil

As medidas cautelares de natureza civil, igualmente tidas por de natureza real, remetem àquelas dispostas no Código de Processo Penal em seus Artigos 118 a 144, referindo-se basicamente às medidas assecuratórias (seqüestro, arresto e

hipoteca legal) e à restituição de bens apreendidos, na hipótese de deferimento pelo magistrado.

As referidas medidas, conforme a própria nomenclatura permite inferir, refletem temáticas tipicamente compreendidas como objetos de tutela cível, em especial quanto à necessidade de resguardo da reparação do dano. No âmbito do processo penal, essas noções passam a ganhar cada vez mais relevância, sendo exemplo a própria fixação do valor mínimo para reparação dos danos por parte do juiz ao proferir a sentença penal condenatória, conforme redação do Artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Tem-se que esclarecer que as medidas cautelares de natureza cível não constituem o objeto de análise do presente estudo, sendo imperioso esclarecer sua existência e incidência para que a proposta de análise tenha seu espectro limitado.

### **2.3 Medidas cautelares penais relativas à prova**

Da mesma forma que as cautelares de natureza civil, as medidas cautelares relativas à prova não compõem o objeto de análise do presente estudo, sendo relevante sua breve explanação justamente para evitar que se busque erroneamente a consideração das conclusões e critérios de aplicação que serão propostos quanto às cautelares pessoais como estendidos de forma indiscriminada às demais cautelares penais.

Nesse sentido, as medidas cautelares relativas à prova, também de entendimento facilitado pela clareza da própria nomenclatura, referem-se às cautelares que têm por escopo a formação da prova a servir de embasamento para a sentença penal, seja essa absolutória ou condenatória.

Exemplos claros de cautelares relativas à prova constituem as medidas de busca e apreensão (Artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal) e de produção antecipada de prova testemunhal (Artigo 225 do Código de Processo Penal), tendo por objetivo a obtenção de elemento probatório para o processo antes que este se torne de inviabilizado.

## **2.4 Medidas cautelares penais de natureza pessoal**

As medidas cautelares de natureza pessoal, essas sim objeto de apreciação do presente estudo, remetem a uma restrição ou privação do Direito Fundamental de liberdade de locomoção daquele que é investigado, acusado ou réu no processo penal. Sem dúvidas, as mencionadas medidas são as que suportam um maior grau de ingerência do Estado na vida privada do agente, ensejando, por conseguinte, justificativas de fundamentação mais específica e, pode-se dizer, *melhor* fundamentadas.

A eficácia do processo é o preceito principal que legitima a adoção das medidas cautelares de natureza pessoal, gozando cada uma delas, de motivações de caráter detalhado, variando pela maior ou menor intensidade da intervenção.

As medidas cautelares de natureza pessoal, com o advento da Lei nº 12.403/2011, passam a apresentar extenso e exemplificativo rol, dentro do qual se destacam: as prisões cautelares, as medidas cautelares diversas da prisão e as contracautelas.

Por razões já destacadas, a análise que se segue não passa pela apreciação das contracautelas, da prisão temporária e da prisão domiciliar, pois essas apresentam requisitos próprios e dispostos em disciplinas específicas, não podendo ser objeto de análise ampliativa, sob pena de adentrar em outros problemas tão relevantes quanto os tratados no presente estudo, mas que não correspondem à hipótese delimitadora adotada.

### **2.4.1 Prisão preventiva**

Ao se tratar da temática prisão preventiva, tem-se por essencial destacar que sua importância derivava diretamente da adoção pelo sistema processual penal brasileiro da bipolaridade entre prisão e liberdade, vigorando tal estruturação não só na prática forense, mas também nas próprias lições acadêmicas.

As prisões cautelares permeiam o sistema penitenciário brasileiro, sendo provenientes não só de prisões legais em sua origem, mas também de prisões que se

tornam irregulares pelo decurso do lapso devido para a tutela cautelar ou até mesmo na execução penal.<sup>2</sup>

A Lei nº 12.403/2011 passa a uma efetiva tentativa de modificação estrutural na sistemática brasileira, permitindo a construção de uma multipolaridade de medidas por parte do magistrado, o qual goza de discricionariedade na suas escolhas, devendo, todavia, orientar-se por critérios que serão expostos em momento oportuno.

Nesse contexto, a prisão preventiva sofreu substanciais modificações na sua aplicação, sem dúvidas motivadas pela expressiva contabilização de presos provisórios<sup>3</sup>, quando se analisa a totalidade de ocupantes dos cárceres no sistema prisional brasileiro.

Em seu bojo de medida cautelar pessoal, a prisão preventiva teve sua aplicabilidade consideravelmente reduzida, deixando de abarcar delitos tais como o furto, tendo em vista a necessidade de pena máxima superior a 04 anos para que se fundamente a prisão preventiva (Artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal), excetuando-se a hipótese de reincidência (Artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal) e de descumprimento injustificado das cautelares pessoais, sem que qualquer outra seja cabível (Artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal).

Estas alterações refletem cada vez mais um afastamento da noção de que a medida cautelar pessoal se resume à pena cautelar, evitando-se, ou melhor, amenizando-se possíveis erros do Judiciário ao encarcerar pessoas que possam obter sua absolvição ao final do procedimento penal.

Importante destacar relevante fragmento da obra de Eugênio Raúl Zaffaroni, dispondo quanto à atuação judicial diante de hipóteses nas quais procederá ao julgamento de pessoas já mantidas presas preventivamente:

---

<sup>2</sup> O Brasil conta com mais de meio milhão de presos (de acordo com dados do departamento de monitoramento e fiscalização do Conselho Nacional de Justiça) e é o 4º no ranking mundial de encarceramento, atrás apenas dos Estados Unidos (2.292.133), China (1.620.000) e Rússia (825.400) – Fonte: King's College London: Sítio Virtual: <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>.

<sup>3</sup> Segundo a última atualização do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça, publicada em 30/12/2010, cerca de 44% do total de encarcerados constituem presos cautelares.

“Em termos mais claros: aproximadamente três quartos dos prisioneiros latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeição (de prisão ou detenção preventiva). Desses, quase um terço será absolvido. Isso significa que, em um quarto dos casos, os agressores são condenados e obrigados a cumprir somente o resto da pena: na metade total dos casos, verifica-se que o sujeito é infrator, porém considera-se que tenha cumprido parte da pena sentenciada com o tempo da prisão preventiva ou da medida de mera contenção; na quarta parte restante, não se pode verificar a infração e, portanto, o sujeito é liberado sem que se lhe imponha nenhuma punição formal. Deve-se ressaltar que existe uma notória resistência dos tribunais a absolver pessoas que permaneçam sob custódia, de modo que, em um quarto dos casos em que isso ocorre, é clara e incontestável a arbitrariedade, uma vez que se decide pela absolvição apenas quando não tenha havido qualquer possibilidade de condenação judicial. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *El enemigo em el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006. p.69).

Todavia, redobrado deve ser o cuidado ao tratar da questão, pois não se pode *criminalizar* juízes que determinam a prisão preventiva de determinados investigados ou acusados, pois, da mesma forma que a prisão preventiva não pode servir como sedante instantâneo da opinião pública, não pode também perder seu relevo em hipóteses nas quais o acautelamento prisional se perfaz necessário, sendo as medidas cautelares diversas da prisão por demais brandas.

Não se tem a pretensão, em momento algum, de se tratar especificamente de todas as recentes disposições quanto à prisão preventiva, mas sim de retratar que se tornou clara sua subsidiariedade quando comparadas às cautelares diversas da prisão, fato esse que fica esclarecido na redação da Lei nº 12.403/2011 e que restava bastante obscuro na redação anterior, esperando-se que essas modificações caminhem para uma maior equidade na justiça brasileiro, não desaguando em uma desagradável sensação de impunibilidade.

#### **2.4.2 Cautelares penais pessoais diversas da prisão**

Conforme vem sendo ressaltado, a estrutura cautelar do Processo Penal brasileiro passou por substancial modificação com a Lei nº 12.403/2011, tendo destaque a inserção de medidas que destoam dos extremos: ao mesmo tempo em que se afastam da medida extrema do cárcere, preservam-se distantes da ausência de rigor correspondente à simples liberdade do agente.

Nesses termos, e se filiando claramente à inteligência de que a virtude se encontra no caminho do meio, o legislador pátrio exemplifica as medidas cautelares pessoais diversas da prisão no Artigo 319 do Código de Processo Penal, fixando as seguintes medidas: comparecimento periódico em juízo para informar e justificar as atividades, proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória do acusado quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração, fiança e monitoração eletrônica.

As referidas medidas cautelares, cristalinos reflexos das modalidades de penas restritivas de direitos e das condições decorrentes da aplicação da suspensão condicional da pena, representam importante modificação de paradigma na tutela cautelar processual penal brasileira, sendo necessária a breve explanação de cada uma dessas modalidades para que sejam propostos os critérios suficientes a sua operacionalização e fiscalização.

#### **2.4.2.1 Comparecimento periódico em juízo**

A primeira medida cautelar prevista no Artigo 319 do Código de Processo Penal constitui a obrigação de comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.

Ao se apreciar o texto da citada medida cautelar, a intenção do legislador transparece, na medida em que se busca a garantia de que o investigado, acusado ou réu se encontre à disposição do juízo para que justifique sua atual ocupação e atuação.

A referida medida demonstra a boa-fé do agente com a investigação ou instrução do processo, mormente por estar assegurando que, caso seja acionado, prontamente comparecerá e colaborará com o esclarecimento dos fatos (por óbvio, sendo respeitado seu direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo) e, mais importante, em caso de condenação, o agente goza de menores possibilidades de evasão, em razão da própria relação de confiabilidade estabelecida com o juízo.

No que se refere à periodicidade do comparecimento, a omissão do legislador abre margem ao magistrado para que estabeleça a necessidade concreta, conforme as nuances do caso apresentado, atendendo sempre à necessidade da providência jurisdicional.

O comparecimento de um agente que tem seu labor durante todos os dias da semana e nos horários ordinariamente mais propícios ao seu comparecimento ao juízo deve ser muito mais flexível do que aquele agente que se encontra sem trabalho e nem mesmo o busca, tendo todo o seu dia livre. Trata-se de clara questão de razoabilidade na aplicação da medida.

Assim como o faz BRASILEIRO DE LIMA (2011), importante destacar que a medida cautelar diversa da prisão prevista no Artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal não guarda correspondência com a medida prevista no Artigo 310, Parágrafo Único, do Código de Processo Penal, a qual não se trata de medida autônoma e, em caso de descumprimento, não enseja a decretação da prisão preventiva em face da expressão vedação do Artigo 314 do Código de Processo Penal.<sup>4</sup>

#### **2.4.2.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares**

A medida cautelar de proibição de acesso e frequência a determinados lugares tem por embasamento o fato de que circunstâncias relacionadas ao fato indiquem que o acusado deva permanecer distante dos mencionados locais para que se evite o risco de novas infrações.

---

<sup>4</sup> “Artigo 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (...) Parágrafo Único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” “Artigo 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.”

Importante destacar que a citada medida cautelar não pode, conforme dispõem TÁVORA e ALENCAR (2011), dissociar-se dos fatos, sendo imperioso que guarde relação com o contexto do delito anteriormente praticado.

A citada medida não pode, de forma alguma, funcionar como método genérico de vedação da liberdade de locomoção do investigado ou acusado, pois a relação contextual deve ser demonstrada para que a medida não se esvazie de funcionalidade. Por outro lado, caso a medida se mostre insuficiente em sua função de afastamento do agente de locais que potencializem suas atitudes criminosas, a decretação da prisão preventiva se faz necessária e fundamentada justamente na garantia da ordem pública.

O objetivo de evitar o risco de novas infrações permeia a cautelar em apreço, sendo amplamente controversa a existência de meios providos de idoneidade quanto à necessidade de fiscalização da referida medida, existindo propostas que variam da necessidade de cumulação ao monitoramento eletrônico à imperiosidade de que seja “comunicada de imediato à Polícia Judiciária e à própria Polícia Militar, a fim de que dêem apoio ao seu cumprimento.” (BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal, volume I. Impetus. Niterói: 2011. p, 1428).

#### **2.4.2.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada**

A medida cautelar disposta no Artigo 319, inciso III, do Código de Processo Penal, assim como as medidas anteriormente explanadas, possui vinculação com os fatos anteriormente ocorridos, devendo esses indicar que o agente deva permanecer distante de determinada pessoa.

Seja a suposta vítima, testemunhas ou peritos, não se pode entender a restrição cautelar como de caráter meramente espacial, mormente pelo fato de que a intimidação que se busca coibir pode advir de diversas formas, tais como a internet, meios telefônicos ou qualquer outro meio idôneo à transmissão de mensagens.

A medida cautelar em análise, em termos práticos, objetiva o resguardo de pessoas determinadas inseridas em situação de risco em razão do comportamento anterior do agente.

Em termos de explanação, BRASILEIRO DE LIMA (2011) expõe situação na qual um indivíduo esteja sofrendo ameaças contra sua honra subjetiva. Diante do quadro fático e da consideração de que os crimes de ameaça e injúria se enquadram na vedação de prisão preventiva para os delitos com penas máximas não superiores a 04 (quatro) anos (Artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal), a medida de proibição de manter contato com pessoa determinada surge como forma idônea à cessação das lesões subjetivas.

Por razões óbvias, a fiscalização da referida medida depende, em grande parte, da própria pessoa que sofria as violações que motivaram a medida cautelar, tendo em vista que, em denotada a persistência nas condutas por parte do agente, demonstrada se faz a necessidade do reconhecimento da insuficiência da cautelar imposta, tornando medida crucial a cumulação de cautelares, a substituição da medida anteriormente imposta ou sua revogação, devidamente motivadas, não só pela palavra do ofendido, mas pelo plexo probatório em seu conjunto.

Assegurando-se tal medida, advoga-se a possibilidade de aplicação da inteligência do Artigo 201, §§2º e 3º do Código de Processo Penal, procedendo-se à comunicação do interessado quanto aos atos processuais envolvendo o agente causador das ofensas.

#### **2.4.2.4 Proibição de ausentar-se da comarca**

A medida cautelar referente à proibição de que o agente se ausente da comarca remete à necessidade inerente à investigação ou instrução, objetivando a conveniência do processo penal.

Destaca-se que a cautelar em análise surge como alternativa viável em relação à prisão preventiva fundada na necessidade de aplicação da lei penal, tendo em vista a situação na qual o agente fornece, por meio de suas ações ou omissões, indícios concretos de que pretende se evadir do distrito da culpa.

É necessário, porém, esclarecer que a proibição de ausentar-se da comarca não elimina, de forma alguma, a possibilidade de decretação da prisão preventiva com

fulcro na imperiosidade de garantia da aplicação da lei penal, exigindo-se apenas que essa seja a medida de *ultima ratio*.

A referida medida cautelar goza de efetividade duvidosa quando se tratam de comarcas de grande extensão territorial, pois, apesar de sua prévia comunicação às autoridades competentes, torna-se complexo o controle da entrada e saída de um único indivíduo dos exatos limites territoriais existentes entre as comarcas.

De forma concomitante à aplicação da cautelar em apreço, tem-se a providência disposta no Artigo 320 do Código de Processo Penal, dispondo quanto à comunicação pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional para que seja entregue o passaporte do agente no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Embora não evitem de forma impreterível a fuga do acusado, as citadas medidas, quando aplicadas em cumulação com cautelares tais como o monitoramento eletrônico, tornam-se alternativas relativamente interessantes à prisão preventiva.

#### **2.4.2.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga**

A medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga tem aplicabilidade, conforme redação do Artigo 319, V, do Código de processo Penal, na hipótese em que o acusado possua trabalho e residência fixos.

A intenção do legislador ao criar referida modalidade de cautelar alternativa à prisão é justamente excepcionar firmemente as hipóteses de prisão preventiva, baseando-se para tanto, na noção de autodisciplina do agente, o qual voluntariamente deve permanecer em sua residência.

A hipótese retratada pelo inciso em análise traz claramente uma restrição em termos relativos à liberdade de locomoção do agente, a qual deve, segundo o melhor entendimento, ser cumulada com o monitoramento eletrônico, valendo-se de faculdade já existente na Lei de Execuções Penais.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> “Artigo 146-B, inciso IV, da LEI 7.210/1984: o juiz poderá definir a fiscalização por emio da monitoração eletrônica quando: (...) IV determinar a prisão domiciliar.”

#### **2.4.2.6 Suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica**

A medida de suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica constitui cautelar que exige pertinência temática, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a conduta levada a efeito pelo agente e a atividade de âmbito funcional desenvolvida pelo mencionado agente.

Dessa forma, a medida cautelar disposta no inciso VI do Artigo 319 do Código de Processo Penal goza de aplicabilidade específica nos crimes perpetrados por funcionário público contra a administração pública e nos delitos contra a ordem econômico-financeira, possuindo uma dupla motivação: evitar a reiteração criminosa pela proximidade do agente com os meios que utilizou para a prática do suposto crime e evitar que influencie a investigação e a instrução criminal se valendo de sua influência nos meios utilizados para levar a efeito os delitos.

Tem-se ainda que esclarecer a relevante disposição de que, na hipótese de suspensão do exercício de função pública, o subsídio do funcionário continuará sendo provido, tendo em vista que, em razão do princípio da presunção de inocência, somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, poder-se-á falar em perda do cargo ou função e, conseqüentemente, em perda dos subsídios vincendos.

#### **2.4.2.7 Internação provisória**

A medida cautelar de internação provisória, conforme expressa inteligência do Artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, busca evitar o recolhimento ao cárcere de pessoas inimputáveis ou semi-imputáveis, em face do risco de reiteração na prática de crimes com violência ou grave ameaça.

Relevante, neste ponto, concordar com TÁVORA e ALENCAR (2011) ao disporem que a internação compulsória não deve ser vista como medida automática diante da prática de delitos que contenham em sua descrição típica violência e grave ameaça, mas sim como medida a ser aplicada após confirmação por peritos do concreto risco de reiteração delitiva.

Basilar destacar que a cautelar em análise apresenta profundas discussões que remetem até mesmo à interpretação histórica e sistemática do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais, sendo até mesmo objeto de decisões do Superior Tribunal de Justiça.<sup>6</sup>

No presente estudo, o objetivo ao definir a cautelar da internação provisória passa apenas por uma explicação de seu conteúdo e de sua concreta aplicação, sendo as discussões pertinentes ao tema alvo de profundas reflexões que fogem ao objetivo perseguido.

Em lições peculiares, BRASILEIRO DE LIMA (2011) atenta para o fato de que o Código de Processo Penal, em sua redação trazida pela Lei nº 12.403/2011, não esclarece se a aplicabilidade da medida cautelar em análise se restringe aos agentes portadores de doença mental no momento dos fatos ou se mesmo as hipóteses de superveniência de doença mental se encontram no campo de abrangência na norma. Tendo em vista os objetivos principais da referida norma penal, quais sejam a recuperação do agente e a coibição à novas práticas delitivas, tem-se que concordar com o citado doutrinador ao concluir que a cautelar goza de aplicabilidade ampla, desde que respeitados os requisitos estabelecidos no próprio inciso VII, do Artigo 319, do Código de processo Penal.

#### **2.4.2.8 Fiança**

A disciplina diferenciada da fiança se mostra, sem quaisquer dúvidas, uma das mais importantes alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011.

A fiança, com o advento da *novatio legis*, passa a ser tratada como medida cautelar autônoma, podendo ser aplicada independentemente da prévia prisão em flagrante delito do agente, ampliando de forma substancial sua já ampla aplicabilidade.

Não seria qualquer exagero se falar em um destaque da importância da fiança, a qual passa a ser, sem dúvidas, a medida cautelar diversa da prisão prevista no Artigo 319, do Código de Processo Penal de maior relevância na prática forense.

---

<sup>6</sup> STJ, 6ª Turma, RHC 11.329/BA, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 10/09/2001, p.414.

A série de obstáculos existentes à concessão da fiança trazia, na sistemática anterior, uma grande dificuldade na concessão do instituto da liberdade provisória mediante prestação de fiança, contexto esse que se altera substancialmente na atual estrutura da Lei nº 12.403/2011, passando-se a adotar a noção de afiançabilidade como regra geral, exceto em hipóteses específicas de vedações e impedimentos expressos provenientes de dispositivos legais e constitucionais.<sup>7</sup>

O instituto da fiança representa uma caução, sendo um valor prestado para que se acautele o cumprimento das obrigações do agente. Com a instituição da fiança, busca-se a obtenção da presença do agente nos atos processuais, além de garantir, em caso de eventual condenação, o pagamento de custas processuais, reparação dos danos da vítima, prestação pecuniária e multa.

Nesta linha, ressalta-se que a fixação do valor da fiança deve se condicionar não só à pena abstratamente cominada ao delito, mas também a situação financeira do afiançado, abraçando condições objetivas e subjetivas.

Dessa forma, uma vez observados os requisitos e não se enquadrando nas hipóteses de vedação e impedimento, tem-se a fiança como uma medida cautelar autônoma de relevância inconteste e que passará, sem dúvidas, a ampliar ainda mais sua aplicação, apesar de que algumas ponderações devem ser feitas, as quais o serão em momento oportuno.

#### **2.4.2.9 Monitoração eletrônica**

A monitoração eletrônica reflete clara contribuição tecnológica em favor da persecução penal, mais especificamente, da garantia da eficácia processual.

---

<sup>7</sup> O Código de Processo Penal disciplina, em seu Artigo 323, as hipóteses de vedação legal, refletindo o texto constitucional: crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, crimes hediondos, crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Existem ainda, em dispositivos presentes na legislação extravagante, vedações quanto ao arbitramento de fiança, conforme as Leis 9.034/1995, 7.492/1986 e 9.603/1998. Além disso, o Artigo 324 do Código de Processo Penal disciplina os impedimentos de afiançabilidade àqueles que, no mesmo processo tenham quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivação, as obrigações referidas nos Artigos 327 e 328, ambos do Código de Processo Penal. O impedimento também se aplica nas hipóteses de prisão civil ou militar e nas hipóteses de configuração dos requisitos referentes à prisão preventiva.

De aplicação recorrente na Europa e nos Estados Unidos, a sistemática de monitoramento eletrônico no Direito pátrio gozava de prévia disposição expressa da Lei nº 7.210/1984, especificamente quanto à saída temporária de presos em regime semiaberto e na disciplina da prisão domiciliar.

A Lei nº 12.403/2011 faz permear uma disciplina que deixa de abarcar de forma isolada a execução penal e passa a gozar de previsão também para as fases investigatória e instrutória, sendo mínimos os impactos quando comparados à prisão preventiva.

Quanto às finalidades da referida medida cautelar, ensina com precisão Renato Brasileiro de Lima:

“Como forma de acompanhamento, o monitoramento eletrônico pode ser utilizado para a obtenção de 3 (três) finalidades:

a- Detenção: o monitoramento tem como objetivo manter o indivíduo em lugar predeterminado, normalmente em sua própria residência;

b- Restrição: o monitoramento é usado para garantir que o indivíduo não freqüente certos lugares, ou para que não se aproxime de determinadas pessoas, em regra testemunhas, vítimas e coautores;

c-Vigilância: o monitoramento é usado para que se mantenha vigilância contínua sobre o agente, sem restrição de sua movimentação.” (BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal, volume I**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.p.1438).

Em posicionamento próprio, PACELLI (2011) dispõe quanto à necessidade de concordância do monitorado para que a medida seja levada a efeito. Ousa-se discordar do eminente doutrinador, tendo em vista que, caso seu entendimento preponderasse, estar-se-ia procedendo a um tratamento diferenciado *a priori* das cautelares diversas da prisão, medida essa não prevista pelo legislador pátrio. Todas as medidas cautelares diversas da prisão representam restrições à liberdade do agente e, se todas exigissem a concordância, o magistrado perderia seu poder de conformação garantido pelo Artigo 282, do Código de Processo Penal, vinculando-se aos caprichos dos agentes acautelados.

No campo prático, sem quaisquer dúvidas, a monitoração eletrônica aventará questões referentes ao constrangimento perante a sociedade do uso de dispositivos de monitoramento e, mais importante, ao custo orçamentário da adoção da medida.

Os apontamentos quanto aos custos interessam diretamente ao presente estudo e serão discutidos em tópico próprio, especialmente a questão de ponderação entre o custo da cautelar alternativa quando comparada à prisão processual.

#### **2.4.2.10 Cautelares pessoais diversas da prisão na legislação extravagante**

As disposições trazidas pela Lei nº 12.403/2011, conforme já destacado ao se tratar das medidas cautelares de natureza civil e das relativas à prova, não podem ser entendidas como isoladas no contexto da cautelaridade no processo penal.

A legislação penal e processual penal extravagante traz previsões variadas quanto às medidas cautelares alternativas à prisão que não se confundem com as expressas no Artigo 319, do Código de Processo Penal.

Inicialmente, destaca-se o Artigo 294 da Lei nº 9503/1997, o qual prevê como medida cautelar, diante da necessidade de garantia da ordem pública, a decretação, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição para sua obtenção.

Destaca-se que a mencionada previsão busca evitar a reiteração na prática delitiva por parte do agente que sofre a restrição, sendo imperiosa a demonstração plausível da necessidade da medida adotada, sob pena de ser revogada ou substituída judicialmente.

Além das disposições do Código de Trânsito, têm-se ainda as medidas protetivas dispostas na Lei nº 11.340/2006, com previsão no Artigo 22 do mencionado diploma legislativo. As medidas em análise remetem, em sua maioria, à pessoa do suposto agressor, pessoa essa que se busca afastar do lar, proibir de se aproximar da ofendida, de frequentar determinados lugares e até mesmo restringir as visitas aos menores dependentes.

Importante ainda ressaltar a previsão do Artigo 56, §1º, da Lei nº 11.343/2006, ao dispor que, o magistrado, ao receber a denúncia, goza da faculdade de decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, caso seja funcionário público, sendo a medida comunicada ao órgão respectivo.

Assim como destacado quanto às demais medidas cautelares, o nexo funcional se mostra crucial à fixação da referida medida cautelar, objetivando afastar o funcionário que se vale de sua função para perpetrar o tráfico de entorpecentes, aumentando as dificuldades para a continuidade da prática delitiva.

Apesar de existentes outras previsões de medidas cautelares em legislações esparsas (Decreto-Lei 201/1967), ressalta-se, por fim, a previsão da Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), a qual, em seu Artigo 29, possibilita ao Tribunal, através de seu órgão especial, o afastamento do cargo do magistrado denunciado pela natureza ou gravidade da infração penal.

Dessa forma, além das cautelares dispostas no Artigo 319 do Código de Processo Penal, diversas medidas cautelares gozam de previsão na legislação penal extravagante, tendo aplicabilidade nas situações e nos casos dispostos em lei.

## CAPÍTULO III

### CRITÉRIOS JURÍDICOS E APLICAÇÃO DAS CAUTELARES PESSOAIS

#### 3.1 Considerações gerais

Após a contextualização das medidas cautelares pessoais diversas da prisão e de breve explanação quanto ao seu conteúdo, imperiosa se faz a comprovação da hipótese referente à necessidade de estabelecimento de parâmetros jurídicos precisos para a atuação judicial, conformando-se os poderes conferidos ao magistrado pela Lei nº 12.403/2011 com critérios os quais, uma vez considerados em seu conjunto, assegurem o respeito à *mens legis*, à discricionariedade do julgador e aos direitos e garantias dos agentes investigados ou processados por um delito.

Os critérios que passam a ser apreciados especificamente têm clara ingerência da já destacada multipolaridade de cautelares trazida pela Lei nº 12.403/2011, em detrimento da dicotomia liberdade e prisão anteriormente vigente.

Em última instância, o estudo deve (e irá) se embasar na disposição enunciada por Luiz Flávio Gomes, ao ensinar que “a prisão cautelar deve ocupar a posição de *extrema ratio* da *ultima ratio*, que é o Direito Penal. (BIANCHINI, Aline; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011. p.26)

O referido entendimento transparece de simples leitura do Artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal, o qual segue, *in verbis*:

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

(...)

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

Percebe-se com precisão que a estrutura das cautelares pessoais possui uma clara primazia por medidas diversas da prisão, visto essa que permeará os critérios a serem propostos para concreta aplicação das medidas cautelares.

Todavia, tem-se que destacar que a proposição do Artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal não pode ser vista como um impedimento à prisão processual, tendo em vista que essa não sofreu um esvaziamento de seu conteúdo, sendo extremamente relevante para diversas situações que se formam na prática forense.

Dessa forma, as proposições que passam a ser levadas a efeito têm por base, não só as medidas cautelares diversas da prisão, mas também, em parte, a aplicação da prisão cautelar, pois ambas funcionam em critério de exclusão, pois, a partir do momento em que uma é afastada, a outra encontra aplicabilidade.

### **3.2 *Fumus comissi delicti e periculum libertatis***

Inicialmente, cumpre destacar a diferenciação de classificação adotada pelos doutrinadores pátrios ao tratarem do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* com o advento da Lei nº 12.403/2011.

Por um lado, doutrinadores como Renato Brasileiro de Lima tratam ambos como sendo pressupostos das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, enquanto expoentes como Luiz Flávio Gomes relevam o *fumus comissi delicti* como requisito basilar das cautelares e o *periculum libertatis* como sendo fundamento das medidas cautelares.

Apesar de diferenciações, relevante se mostra a unanimidade no reconhecimento de ambas as proposições como sendo essenciais à fixação das medidas cautelares diversas da prisão.

Em relação ao *fumus comissi delicti* a diferenciação terminológica não traz qualquer prejuízo para o substrato conceitual, pois, o que se pretende transparecer constitui o fato de que as medidas cautelares, para que sejam aplicadas, exigem a existência de indícios de autoria delitiva e prova mínima de materialidade.

Em termos simplificados, o *fumus comissi delicti* representa a aparência de que o delito foi cometido pelo agente que se vê investigado ou processado. A referida noção tem clara inspiração na processualística civil do *fumis boni iuris*, baseando-se na verossimilhança dos fatos alegados.

A diferenciação de nomenclatura na esfera penal se justifica em razão do fato de não haver *fumaça do bom direito* quando um agente comete um delito, mas sim a *fumaça* indicativa de que esse agente cometeu um crime, por isso justificando a tutela cautelar.

O *fumus comissi delicti*, em razão do fato de normalmente ainda não ter havido a instrução probatória no momento de decretação das medidas cautelares, goza de cognição sumária, atuando o magistrado em função de noções indiciárias.

Tem-se que destacar que, no presente estudo, tratar-se-á o *fumus comissi delicti* como um pressuposto das medidas cautelares, estando abarcadas sem diferenciação as cautelares diversas da prisão e a prisão preventiva.

Dessa forma, não se trata o *fumus comissi delicti* de critério para a fixação de uma ou outra cautelar, mas apenas de pressuposto sem o qual medida alguma pode ser aplicada, em respeito aos direitos e garantias individuais.

Situação diversa se encontra na análise do *periculum libertatis*, o qual, apesar de tradicionalmente tratado como pressuposto das medidas cautelares, deve ser entendido, como o advento da Lei nº 12.403/2011, também como critério para a fixação de medidas cautelares pessoais.

Este posicionamento se fundamenta em apreciação da própria conceituação do *periculum libertatis*, o qual, nos moldes do *periculum in mora* cível, tem por escopo o resguardo do provimento jurisdicional a ser fornecido ao fim do processo.

O *periculum libertatis* deve ser entendido como a necessária avaliação do perigo que a liberdade absoluta ou restrita do agente pode causar à eficácia processual e até mesmo à seguridade social.

O *periculum libertatis*, para efeitos do presente estudo, tem por base um duplo escopo, qual seja o de pressuposto e critério para aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Como pressuposto, não há como negar que, se não houver qualquer risco ao processo ou à sociedade com a liberdade do agente, não há, via de consequência, que se falar em imperiosidade de qualquer medida cautelar.

Todavia, tem-se que destacar que o *periculum libertatis* atua como importante critério para fixação das medidas cautelares diversas da prisão, na medida em que permite a avaliação dos diferentes graus de lesividade decorrentes de cada prática delitiva para que se fundamente especificamente cada uma das medidas cautelares.

Além disso, e talvez mais importante, o *periculum libertatis* permite que se diferencie hipótese de estabelecimento da prisão preventiva ou de fixação de cautelares diversas da prisão, tendo essas últimas o *periculum libertatis* menos incisivo do que aquele ensejador da prisão preventiva.

Com a clareza que lhe é peculiar, Renato Brasileiro de Lima traz exemplo elucidativo da importância do reconhecimento do *periculum libertatis* como critério de fixação das medidas cautelares:

“Exemplificando, suponha-se que determinado funcionário público tenha exigido, para si, vantagem indevida em razão do exercício de suas funções, o que caracteriza o crime de concussão previsto no art. 316 do Código Penal. Iniciadas as investigações para apurar o referido delito, a autoridade policial toma conhecimento que o agente continua a praticar o mesmo crime. Nesse caso, evidenciado o perigo que a permanência do acusado em liberdade representa para a coletividade, ante o risco de reiteração delituosa, sua prisão preventiva poderia ser decretada com base na garantia da ordem pública. Porém, com a recente introdução das medidas cautelares diversas da prisão, ao juiz agora é deferida a possibilidade de adotar um provimento igualmente eficaz, porém, com grau de lesividade bem menor. De fato, como a reiteração da praticado crime de concussão só é possível por conta do exercício da função pública, decretada a medida cautelar de suspensão do exercício da função pública (CPP, art. 319, inc. VI), conseguirá o magistrado atingir a mesma finalidade que seria ultimada pela prisão preventiva, a saber, impedir o cometimento de novos crimes. (BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal, volume I**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p.1157).

Por evidente, as conclusões a que se chega no presente tópico, especialmente a última destacada, funcionam em parte também como fundamento para outros critérios que serão propostos, mas se avalia importante o destaque diferenciado em razão do maior substrato argumentativo a ser fornecido ao magistrado para que justifique sua decisão.

### 3.3 Pertinência principiológica

Além do *periculum libertatis*, considerado na explanação do tópico anterior, tem-se que relevar como crucial à aplicação das medidas cautelares, em especial daquelas diversas da prisão, a observância a alguns princípios processuais penais consagrados no texto constitucional.

Em primeiro lugar, princípio basilar a guiar as medidas cautelares constitui a presunção de inocência, devendo ser entendido em termos de que, uma vez considerado todo agente inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, necessário se faz que a liberdade incondicionada tenha preponderância e aplicação preferencial sobre qualquer restrição.

Ao se referir à temática, PACELLI (2011), retrata que as cautelares pessoais, uma vez levando em consideração a presunção de inocência, devem tomar por base a necessidade e a indispensabilidade da medida, tendo em mente o risco concreto ao regular andamento do processo para que se funde qualquer restrição ao direito constitucional do agente.

Esse princípio funciona como perceptível inspiração à regra do Artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal, somente justificando a prisão preventiva em hipóteses estritas e marcadas pela excepcionalidade.

Importante deixar claro que, apesar de nortear a aplicação das medidas cautelares, a presunção de inocência não pode ser vista como impeditivo de decretação de cautelares, em especial da prisão, tendo em vista que a presunção trazida pelo princípio, conforme explica Luiz Flávio Gomes, não é absoluta, possuindo *natureza juris tantum*.

Traduzindo-se a idéia exposta, J.J. Gomes Canotilho expõe que “se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal.” (Constituição da República portuguesa anotada. 3ª Ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. P. 203)

Outrossim, conjuntamente ao princípio da presunção de inocência, devem nortear a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão os princípios da

liberdade e da excepcionalidade das medidas cautelares. Os mencionados princípios seguem semelhante embasamento teórico da presunção de inocência, influenciando a noção de que as medidas diversas da prisão devem preponderar quando confrontadas com a prisão cautelar.

Pelo princípio da liberdade, permeia-se o entendimento de que a liberdade individual constitui regra no ordenamento jurídico brasileiro, assegurada pelo Artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Seguindo derivação do mencionado princípio, a excepcionalidade das medidas cautelares permeia respeito aos preceitos constitucionais na medida em que as restrições devem ser tidas por excepcionais, podendo-se dizer que se trata de um subprincípio da liberdade, estando ambos em confluência com a sistemática da Lei nº 12.403/2011.

A noção pode ser traduzida na concepção de Luigi Ferrajoli, no sentido de que não se pode primeiro proceder a um castigo do agente para que depois se passe à condenação. Não constitui esse (e sequer se pode tender a ser) o objetivo do Direito Penal e Processual Penal, sob pena de perda da equivalência entre a atuação prática e os preceitos constitucionais e legais, mormente os trazidos pela *novatio legis*.

Dessa forma, os princípios, apesar de entendidos como mandados de otimização e tratados como normas programáticas por muitos práticos do Direito, devem funcionar como critérios que funcionam em confluência aos demais para que se assegure uma menor margem à arbitrariedade por parte de operadores do Direito e, principalmente, para que se evitem interpretações distorcidas do texto legal.

### **3.4 Proporcionalidade**

No que tange à proporcionalidade e a sua contribuição no fornecimento de seguros parâmetros para a aplicação das medidas cautelares, importante inaugurar com a precisa disposição de Luiz Flávio Gomes, a qual funcionou como marco teórico do presente estudo:

“As medidas cautelares previstas no Título IX do CPP não podem ser aplicadas de acordo com a visão peculiar de cada julgador, isto é, de acordo com o “seu” código penal ou “seu” segundo código. Manda o art. 282, “caput”, do CPP, que sejam observados alguns critérios. Fez bem o legislador em fixar

(explicitamente) alguns parâmetros para a aplicação das medidas cautelares. Além dos critérios explícitos em lei, outros são absolutamente indispensáveis.” (BIANCHINI, Aline; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2011.p.41).

Nesse sentido, após exposição de uma série de princípios que emergem como critérios para a aplicação por parte do juiz quando se trata das cautelares, tem-se ainda que expor as considerações referentes ao princípio da proporcionalidade, esse que contém dois de seus subníveis consagrados pelo texto expresso do Artigo 282, do Código de Processo Penal.<sup>8</sup>

A proporcionalidade atua como parâmetro condicionador da atividade estatal, evitando que o Poder Público atue de forma imoderada, funcionando, conforme disposição de BRASILEIRO DE LIMA (2011), como espécie de coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, contendo os excessos dos agentes estatais.

A proporcionalidade emerge como balança de equilíbrio às limitações dos Direitos Fundamentais, evitando excessos para ambos os lados, na medida em que, por um lado, devem ser evitadas atuações desmedidas dos magistrados e, por outro lado, as restrições aos direitos individuais devem ser admitidas, sob pena de perda do *jus puniendi* por parte do Estado-Juiz.

A incontestável contribuição da proporcionalidade para o processo penal e, mais especificamente, pra a aplicação das medidas cautelares, extrai-se de forma precisa das lições de Claus Roxin:

“entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se releva no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados Totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, a regulação dessa situação de conflito não é determinada

<sup>8</sup> Importante a dicção do Artigo 282, do Código de Processo Penal. “Artigo 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 expressos, 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.

através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário”. (ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000. p, 258)

Nesse sentido, depreende-se a importância do estudo direcionado ao princípio da proporcionalidade quanto às medidas cautelares, em especial no espectro das medidas diversas da prisão.

Em linhas gerais, tem-se que concordar com a exposição de Luiz Flávio Gomes, o qual traz interessante sistematização do princípio, tratando de seus pressupostos e requisitos intrínsecos ou subprincípios:

“Dois pressupostos: 1ª Legalidade 2ª Justificação teleológica da medida; Dois requisitos: 1ª Jurisdicionalidade 2ª Motivação; Três requisitos intrínsecos (subprincípios): 1ª Idoneidade (adequação) 2º Necessidade (intervenção mínima) 3º Proporcionalidade em sentido estrito (ponderabilidade dos bens ou valores envolvidos no conflito).” (BIANCHINI, Aline; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 04de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2011.p.44).

Dessa forma, passa-se a explanação dos critérios derivados da proporcionalidade em sentido amplo e que atuam como parâmetros na fixação das medidas cautelares pessoais, em conjunto com aqueles já destacados.

### 3.4.1 Legalidade

Um importante parâmetro que deve guiar a aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão constitui a legalidade das citadas medidas, as quais exigem base legal expressa, em clara derivação do axioma *nulla coatio sine lege*.

Nesse arcabouço contextual, o Artigo 319 do Código de Processo Penal traz o rol das medidas a serem aplicadas pelo juiz diante das possibilidades fáticas.

Importante discussão que emerge quando da análise da temática referente à legalidade das medidas cautelares constitui a consideração quanto ao poder geral de cautela do juiz.

Por um lado, doutrinadores como Luiz Flávio Gomes trazem disposição no sentido de que todas as medidas cautelares são típicas, não existindo qualquer medida cautelar atípica no processo penal, na medida em que o magistrado não pode se valer de medidas não previstas em lei.

Em outra vertente, Renato Brasileiro de Lima, apesar de reconhecer a importância da taxatividade no Processo Penal, adota posicionamento favorável às cautelares atípicas, sendo uma forma de se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar.

Apesar de se tratar de tema polêmico e que enseja estudos pormenorizados, adota-se posicionamento de concordância com o último autor, desde que respeitadas as condições destacadas por Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano para que se exerça o poder geral de cautela:

“1. Idoneidade e menor lesividade da medida alternativa; 2. Cobertura legal suficiente da limitação dos direitos que a medida restrinja; 3. Exigência da infraestrutura necessária para sua aplicação.” (SERRANO, Nicolas Gonzáles-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990).

Dessa forma, valendo-se das condições acima dispostas e da previsão do Artigo 3º do Código de Processo Penal<sup>9</sup>, tem-se por imperioso o reconhecimento do poder geral de cautela no processo penal quando da fixação das medidas cautelares diversas da prisão.

### **3.4.2 Justificação teleológica**

A necessidade de justificação teleológica das medidas cautelares constitui o reconhecimento de fins legítimos para decretação de determinada medida cautelar.

Os fins legítimos correspondem aos constitucionalmente e legalmente admitidos pelo ordenamento jurídico, não podendo as justificações dos magistrados se

---

<sup>9</sup> A redação do Artigo 3º do Código de Processo Penal corrobora a tese do poder geral de cautela: “Artigo 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

ligarem a fatos abstratos e genéricos, mas sim a fatos concretos, reveladores da necessidade de proteção dos fins alegados.

A justificação teleológica atua como importante critério principalmente quando se analisam a prisões preventivas e a adoção do poder geral de cautela no processo penal.

No que se refere à prisão preventiva, essa não pode se fundar em considerações diversas da garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Caso a finalidade da prisão se diferencie dessas, não há que se falar em fim legítimo, pois desprovido de consideração legal.

Quanto às cautelares penais pessoais diversas da prisão, a disposição quanto às suas finalidades guarda previsão no Artigo 282, I, do Código de Processo Penal, tendo em vista a previsão da fixação das cautelares em atendimento da investigação ou instrução criminal, aplicação da lei penal e para evitar a prática de novas infrações penais.

Exemplificando a aplicação prática do critério, poder-se-ia pensar em caso no qual, o juiz, valendo-se do poder geral de cautela, fixa como medida cautelar alternativa à prisão que o agente a obrigação de caminhar pelas ruas sem camisa para evitar que volte a praticar o delito de porte de arma de fogo, na medida em que, supostamente, estaria impedido de portar arma de fogo na sua cintura por estar visível a todos.

A hipótese caricata exposta funciona de forma a demonstrar a importância do critério da justificação teleológica, pois o fim buscado não se justifica pelo Artigo 282 do Código de Processo Penal e possui claro constrangimento ilegal ao agente por parte do juiz.

### **3.4.3 Jurisdicionalidade e motivação**

Os critérios destacados remetem aos requisitos essenciais para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

No que se refere à jurisdicionalidade, essa constitui a necessidade de intervenção judicial para a fixação das medidas cautelares pessoais.

A disciplina da referida disposição guarda previsão no Artigo 282, §§ 3º, 4º e 5º, do Código de Processo Penal, estabelecendo a atribuição do juiz não só para a decretação, mas também para a substituição e revogação das cautelares penais pessoais.

Com a nova redação do Artigo 322, caput, do Código de Processo Penal, o qual autoriza a autoridade policial a conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, surge específica exceção ao critério, mantendo-se íntegra a exigência geral de atuação judicial.

Além da jurisdicionalidade, tem-se por imperioso na fixação das medidas cautelares diversas da prisão a exigência da motivabilidade das medidas cautelares, a qual remete à necessidade de que o juiz fundamente suas decisões analisando e valorando o caso concreto.

Em termos gerais, as medidas cautelares não podem ser decretadas *ex vi legis*, sendo necessário o reconhecimento de seu cunho instrumental, somente podendo ser assegurando mediante a fundamentação concreta e vinculada a fatos apurados ou sob os quais recaiam indícios contundentes a fundamentar a tutela cautelar.

#### **3.4.4 Adequação**

Após apreciação do princípio da proporcionalidade em seu sentido amplo, tem-se por essencial a análise de seu primeiro subprincípio, qual seja a adequação.

A adequação pode ser entendida como a idoneidade do meio para a consecução da finalidade estabelecida pela norma. Põe-se em apreço uma clara relação de meio e fim, guiando-se por noções de conformidade, na medida em que somente se permite a restrição do Direito Fundamental do agente em hipótese em que a medida cautelar seja consistente para a consecução do resultado a ser alcançado.

Quando se trata das medidas cautelares pessoais, em especial no âmbito da análise da escolha entre a prisão preventiva ou de outra cautelar diversa da prisão, BRASILEIRO DE LIMA (2011), exemplifica situação na qual o meio (prisão) não se mostra adequado ao fim resultado a ser obtido no processo. Seria hipótese na qual o

juiz lida com relação processual no qual a pena a ser aplicada em caso de condenação não corresponderia à privação de liberdade ou, caso o fosse, ter-se-ia sua substituição ou suspensão da execução. Diante de mencionada situação, o critério da proporcionalidade em sua dimensão da adequação deve ser aplicado para que o magistrado não possa estabelecer a restrição da liberdade, optando por medida cautelar diversa da prisão.

Dessa forma, pode-se sintetizar estruturalmente a adequação de maneira a formar noções de adequação qualitativa (análise das circunstâncias do fato), adequação quantitativa (gravidade do crime) e adequação subjetiva (condições pessoais do agente), em total consonância com o Artigo 282, do Código de Processo Penal.

#### **3.4.5 Necessidade**

Após exposição quanto à relevância da adequação como critério de fixação das cautelares diversas da prisão, sobreleva-se ainda a importância da observância ao subprincípio da necessidade, segundo o qual se dá primazia à intervenção mínima, isto é, à menor ingerência possível.

O magistrado, diante das diversas medidas cautelares igualmente idôneas para a consecução do fim objetado, deve optar pela menos branda, em face da necessidade de maior preservação possível do núcleo de Direitos Fundamentais do agente, atuação essa justificada até mesmo pela presunção de inocência que deve permear no Processo Penal.

Em claras lições, exemplifica-se com a disposição de Antônio Scarance Fernandes:

“sendo necessário que um suspeito esclareça determinados fatos, tanto é idôneo intimá-lo para ser ouvido ou prendê-lo temporariamente para contribuir para a investigação depondo. Porém, não obstante ambas as medidas sejam aptas, há evidente diferença de contrição de direitos fundamentais entre uma e outra. Dessa maneira, deverá o julgador, em regra, determinar a menos gravosa (intimação), exceção feita – e sempre de modo excepcional – se a prisão temporária for indispensável para a investigação (inc. I do art. 1º da Lei

7.960/1989), por exemplo, para impedir o investigado, de qualquer modo, prejudique a apuração dos fatos.” (FERNANDES, Antônio Scarance. Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. Coordenação: Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 39).

No exemplo exposto, caso a oitiva do agente seja o único objetivo, não há que se falar em prisão, pois existe clara equivalência de medidas, tendo em vista que a prisão ou a intimação servem ao mesmo fim, devendo o juiz adotar a medida que ostente a menor onerosidade para o agente envolvido na suposta prática delitiva, qual seja a intimação.

#### 3.4.6 Proporcionalidade em sentido estrito

O último subprincípio da proporcionalidade constitui a proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual se faz necessária a consideração do custo-benefício da medida a ser importa, isto é, a análise do binômio ônus e bônus.

O resultado a ser obtido pela imposição de uma medida cautelar e seus gravames aos Direitos Fundamentais devem ser postos em análise quanto à relevância do bem que se pretende a tutela.

Procedendo à explicação da temática, sintetiza Renato Brasileiro de Lima:

“Em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, tem-se que a medida somente será legítima quando o sacrifício da liberdade de locomoção do acusado for proporcional à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao final do processo. Isso porque seria inconcebível admitir-se que a situação do indivíduo inocente fosse ainda pior do que a da pessoa já condenada.” (BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal, volume I**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 1150).

Remete-se, com o referido preceito, justamente à imperiosidade de ponderação entre os valores postos em apreço, quais sejam os provenientes da equação dano e resultado.

Importante explicitar, nesse ponto, o fato de que, apesar de o Artigo 282, I, do Código de Processo Penal se valer da terminologia necessidade, tem-se que, em termos da Teoria dos Direitos Fundamentais, o enquadramento das hipóteses melhor

se vincula ao conceito de proporcionalidade em sentido estrito em face da remissão aos valores a serem ponderados em prol da intervenção estatal no *status libertatis* e não propriamente à escolha do meio menos oneroso dentre os igualmente idôneos.

Nesse sentido, destacam-se as lições de PACELLI (2011) ao tratar das relações entre os fundamentos da decretação e a espécie da respectiva cautelar:

“Dentre aquelas que implicam juízo de receio quanto à fuga ou para garantir a aplicação da lei penal alinham-se as inseridas no art. 319, I (comparecimento periódico e obrigatório em juízo); VIII (fiança) e IX (monitoramento eletrônico). Para fins de conveniência da investigação ou instrução criminal, pode-se recorrer àquelas do Art. 319, IV (proibição de ausentar-se da Comarca) e VIII (a fiança). No entanto, algumas das novas medidas relacionam com outra finalidade, já então específica e não genérica: para evitar a prática de novas infrações penais, consoante o disposto na parte final do art. 282, CPP. São medidas dessa natureza aquelas arroladas no art. 319, II (proibição de acesso a lugares); III (proibição de contatos com pessoa determinada); VI (suspensão do exercício de função ou atividade) e, VII (internação provisória do inimputável ou do semi-imputável).” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Atualização do Processo Penal Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/56497413/Eugenio-Pacelli-mudancas-CPP-Lei-12-403-11>. Acesso em 09 de junho de 2011.p.25)

O doutrinador reconhece a importância da ponderação entre os valores postos em apreço pelo legislador, mas, após a referida exposição, deixa claro que a vinculação às finalidades genéricas da concessão (Artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal) pode levar à fundamentação que permite o afastamento da definição legal do objetivo de cada cautelar.

De um lado, o magistrado tem que lidar com os interesses inerentes ao Estado, como a eficácia processual, garantia do *jus puniendi* e perigo de reincidência, ou seja, as funções de retributivas e preventivas previstas para as penas.

Por outro lado, têm-se os interesses e garantias individuais, dentre os quais o *jus libertatis*, presunção de inocência, condições da prisão e garantia de ressocialização.

Uma vez ponderados os valores, após detida análise da adequação e necessidade, deve o juiz, aliado aos demais critérios dispostos, chegar a uma decisão coerente e fundamentada.

### 3.5 A teoria dos custos dos direitos

O último e, por muitos ignorado, critério para a fixação das medidas cautelares constitui a consideração por parte do magistrado dos custos dos direitos.

Inicialmente, cumpre destacar que não se busca estabelecer como critérios de aplicação das medidas cautelares uma noção de custos que se confunda com a intervenção mínima preconizada pelo subprincípio da necessidade anteriormente explanado, o qual se refere à escolha da medida menos onerosa para os direitos e garantias do *status libertatis* do agente quando da fixação das medidas cautelares.

A proposta passa por uma noção de âmbito do orçamento, o qual, apesar de não ser proposto e aprovado pelos magistrados, tem direta influência nas decisões do juiz nos casos concretos.

#### 3.5.1 A superação da distinção entre direitos positivos e negativos

O objetivo de fixação consistente das medidas cautelares e consequente perfeita (ou a melhor possível) garantia da eficácia dos Direitos Fundamentais do investigado ou acusado, tem por condição essencial o afastamento da arraigada concepção de divisão entre Direitos Positivos e Direitos Negativos.

Em uma visão “clássica”, a mencionada divisão se mostra alvo de críticas esparsas, as quais não chegam a por em pauta a superação desta distinção entre os direitos positivos (direitos prestacionais) e direitos negativos (direitos de liberdade). Nessa concepção, os direitos ditos positivos exigiriam a consideração dos custos pelo Estado, tendo em vista a necessidade de ação para que sejam implementados. Quanto aos direitos ditos por negativos, tendo em vista que remetem a uma visão de inação por parte da máquina pública face ao particular, os custos da ausência de ação estatal específica seriam inexistentes e, por essa razão, de consideração desnecessária.

Poder-se-ia exemplificar a mencionada questão com as hipóteses de aplicação das cautelares de monitoração eletrônica e de proibição de acesso ou frequência a determinado local. A primeira, em virtude da necessidade de aquisição de aparelhagem, pode ser tida pelos julgadores como mais custosa orçamentariamente

tratando, sendo entendida por sua natureza positiva. Já em relação à segunda, tendo em vista que a medida se basearia em termos de autodisciplina do agente, estar-se-ia diante de caráter eminentemente negativo, na medida em que o Estado assegura em maior âmbito o status de liberdade do agente em razão de sua inação.

Conforme destaca de forma fluente Galdino (2005), a distinção entre direitos positivos e negativos passa a ser apreciada de forma distinta e, pode-se dizer, “remodelada” a partir da obra “The Cost of Rights”, confeccionada por Cass Sustein e Stephen Holmes. Os referidos autores têm por escopo a demonstração de uma tese com conseqüências relevantes no estudo dos custos dos direitos: todos os direitos e noções correspondentes de deveres são positivos. Apesar de ser reducionista o almejo de transpor em uma única oração a importante exposição dos autores, a mencionada construção reflete de forma clara a disposição de que *todos* (o grifo é nosso) os direitos demandam algum tipo de prestação pública para sua efetivação, sendo, nesse sentido, positivos.

A tese de que existem direitos ou liberdades puramente privados se mostra dotada, em parte, de uma falta de visão ampla e crítica por parte dos seus defensores, os quais, embora em boa parte percebam a fragilidade da distinção entre direitos positivos e negativos e chegam até mesmo a perceber o problema da referida separação, não sistematizam e expõem a arcaicidade dessa separação. Entretanto, outros adotam uma posição de deliberada negação da existência de custos naqueles nomeados direitos e deveres negativos, mormente por buscarem “acobertar” possíveis e, em muitas hipóteses, benéficas para os agentes públicos, discussões quanto às opções políticas e econômicas a serem tomadas pelo Estado.

Nesse sentido, ressaltados de forma breve os posicionamentos existentes, tem-se por crucial o reconhecimento da superação da distinção entre direitos e deveres positivos ou negativos, em face da inconteste existência de uma complexa estrutura pública (em boa parte judicial) com o objetivo de assegurar o acesso dos indivíduos à esfera de tutela dos direitos, sejam eles tipicamente conhecidos como de liberdade ou prestacionais.

### 3.5.2 Os custos dos direitos e as medidas cautelares pessoais

Ao se reconhecer como superada a distinção entre direitos positivos e negativos, conforme ressaltado, chega-se a uma visão de que todos os direitos têm seus custos e, nesse sentido, a existência de escolhas que aloquem os recursos para eficácia de determinado direito vai insurgir como problemática de complexa solução.

O Poder Judiciário, apesar de possuir membros que não são submetidos aos procedimentos eleitorais típicos de representantes do Legislativo e Executivo, mostra-se decisivo quando se trata das chamadas escolhas trágicas.

Os recursos existentes na realidade dos fatos são limitados, sendo incontestado a demanda em excesso (prisões e as próprias cautelares pessoais), o que torna inevitável a ocorrência de decisões alocativas dos referidos recursos, tendo em vista exatamente essa escassez.

As decisões alocativas que acarretam as escolhas trágicas são, em grande medida, levadas a apreciação e decisão do Poder Judiciário, tendo os magistrados, em muitas situações, a capacidade de adotar posicionamentos que influem diretamente na garantia da eficácia dos Direitos Fundamentais.

O Judiciário tem o poder e, mais precisamente, o dever de assegurar os Direitos Fundamentais no caso concreto. No entanto, considerações quanto a esse poder-dever tem que ser levadas a efeito, em especial quanto às relações orçamentárias.

A garantia de Direitos Fundamentais não pode, em hipótese alguma, ser confundida com um “passe-livre” para que o Judiciário proceda a ingerências nos recursos existentes e deliberadamente decida, sob pena de desrespeito das funções estatuídas ao Executivo e Legislativo. Um juiz não pode, por exemplo, destinar elevado contingente policial para a fiscalização de uma medida cautelar diversa da prisão, sob pena de ingerência na política pública estatuída para determinadas funções.

Essa visão superficial ignorando questões orçamentárias e propriamente dos custos dos direitos traz, sem dúvidas, uma atuação mais cômoda para os magistrados considerados individualmente, pois passam a poder (e muitos o fazem) fundamentar

suas decisões apenas em argumentação que remete às normas constitucionais ditas programáticas, alcançando, assim, uma ampla facilidade em proferir suas decisões.

Não se exige, destaca-se, um magistrado com conhecimentos impreteríveis de economia e orçamento público para que possa decidir sobre as medidas cautelares, mas sim um magistrado, ou melhor, um Poder Judiciário, não alheio aos custos dos direitos e que se comprometa a reconhecer e enfrentar as escolhas trágicas, assumindo a responsabilidade que deriva das próprias funções atribuídas ao referido Poder pela Constituição de 1988.

Exposição coerente e digna de aplausos é levada a efeito por Flávio Galdino em sua dissertação de mestrado por vezes citada, propondo uma atuação do Judiciário em superação à idéia de que os custos são meros óbices e externos aos direitos, sendo, mais adequadamente, qualificados como meios, e, em termos mais práticos, como critérios de decisão consistentes. Essa noção representa justamente essa mudança na visão que possibilita o afastamento de argumentações tanto no sentido de que inexistem custos a todos os direitos, quanto no sentido de que a exaustão orçamentária inviabiliza vários direitos, pois essa última posição pode ser subterfúgio para que se escondam decisões trágicas.

Não há forma de não se relevar a importância da Teoria dos Direitos Fundamentais para a solução das situações com as quais lida o magistrado nas escolhas entre as cautelares a serem aplicadas, sendo o princípio da proporcionalidade e, mais especificamente, seus subprincípios destacados como alguns dos critérios de apreciação necessária para a aplicação das medidas cautelares pessoais.

Surge no contexto referido, a necessidade de consideração da Teoria dos Direitos Fundamentais na análise dos custos dos direitos, na medida em que esses surgem como limitações fáticos e jurídicos à implementação de todos os direitos de forma integral.

A perfeita fiscalização de uma cautelar diversa da prisão ou mesmo o custo do sistema carcerário destinado aos presos provisórios não podem ser esquecidos pelo juiz ao proceder à escolha da medida a ser aplicada.

Dessa forma, a consideração de que medidas cautelares, mesmo aquelas que tradicionalmente dão a entender uma relativa inação por parte do Estado (direitos e

deveres negativos), têm seus custos, combinadas com a noção de que os recursos para a sua implementação são limitados, faz com que a compreensão das colisões entre princípios se torne imprescindível para a sistematização de soluções viáveis.

A consideração casuística das situações postas à apreciação do Judiciário se mostra necessária para se delimitar os moldes de ponderação entre os princípios colidentes, tendo em mente que a alocação de recursos para se atender à pretensão proveniente de determinado princípio conduz, inexoravelmente, à restrições quanto à integral efetivação de outro princípio.

Justamente nesse sentido, os custos dos direitos atuam como limitadores, podendo-se proceder à arguição das questões orçamentárias como fundamentação para a ausência de integralidade na prestação de determinado direito. Todavia, deve-se assegurar a realização da ponderação entre os princípios postos em apreço, embasando-se, para tanto, na proporcionalidade.

## CONCLUSÃO

As pretensões do presente estudo passaram não só pelo esclarecimento da importância de uma pluralidade de critérios que distingam a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão quando em análise comparativa às hipóteses de prisão em razão da prisão preventiva, mas também de critérios que tornem diferenciada a escolha dentre as medidas cautelares diversas da prisão igualmente cabíveis.

Tem-se que resguarda, no bojo da investigação e processo, não só os direitos do agente, mas também a efetividade do provimento jurisdicional. Não se pode valer da previsão do Artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal de forma abstrata para afastar de forma definitiva a prisão preventiva ou para fixar qualquer das cautelares diversas da prisão sem qualquer critério ou justificativa idônea.

Nesse sentido, buscou-se propor e comprovar a necessidade de uma série de critérios que não se adstrinjam ao livre arbítrio do julgador, o qual não pode se confundir jamais com o livre convencimento motivado, consagrado no texto do Artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Todavia, ressalta-se que os diversos critérios estabelecidos e explicados não funcionam apenas de maneira a reduzir a arbitrariedade nas decisões dos magistrados, mas também para que se impeça uma proteção deficiente (espectro negativo do princípio da proporcionalidade), tendo em vista o fato de o magistrado constituir expoente do Estado, não podendo deixar que juízos meramente pessoais inviabilizem a tutela cautelar quando observados os seus critérios ensejadores.

Em linha de desenvolvimento, houve a disposição de tratamento diferenciado entre o *fumus comissi delicti*, entendido como pressuposto das medidas cautelares sem que exerça função de critério diferenciador de escolha, e o *periculum libertatis*, entendido em duplo escopo, qual seja de pressuposto e de critério de aplicação das cautelares, na medida em que o grau de lesividade decorrente do delito deve influenciar o magistrado na fundamentação de suas escolhas.

Aliado a este critério, propôs-se a imperiosa apreciação dos princípios da presunção de inocência, da liberdade e da excepcionalidade das medidas cautelares, entendidos como parâmetro principiológicos a guiarem o juiz em suas decisões.

A sistemática do princípio da proporcionalidade como critério de fixação das cautelares buscou o afastamento de uma definição genérica e marcada pelo subjetivismo, sob pena de não trazer contribuição alguma para a atuação judicial. Nesta rota, buscou-se a análise do referido princípio diretamente voltado para a aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, em especial quando da análise de seus pressupostos (legalidade e justificação teleológica), requisitos (jurisdicionalidade e motivação) e subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Atrelado aos demais critérios, a consideração da Teoria dos Custos dos Direitos foi trazida ao bojo dos critérios jurídicos de fixação das medidas cautelares diversas da prisão, sendo contributiva tanto para a elucidação da vertente de diferenciação entre a necessidade de aplicação da prisão preventiva ou da cautelar diversa da prisão, quanto para o estabelecimento da medida cautelar diversa prisão a ser aplicada dentre as aplicáveis.

Apesar de se tratar de temática de árdua compreensão, o julgador não pode se omitir quanto às considerações de porte orçamentário, mormente pelo fato de que no Direito se tem o péssimo hábito de, em casos práticos de complexa apreensão da melhor solução, *alguns* (grifo é nosso) magistrados simplesmente se eximem de responsabilidade e simplesmente adotam a posição que melhor se amolda aos interesses da opinião pública ordinária. Jamais se pode filiar à visão de que aquilo que não possui solução simples e aparente, solucionado está.

A proposta da Teoria dos Custos dos Direitos busca justamente ampliar o horizonte dos julgadores, em especial daqueles que se focam em dogmas que gozam de aplicação descabida no atual contexto constitucional, tendo-se como claro exemplo a noção de que a prisão cautelar deve ser entendida como regra processual e não exceção, trazendo gravames irreversíveis aos direitos individuais.

Dessa forma, a proposta de fixação de critérios para a aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão chega aos seguintes critérios: *periculum libertatis*, princípio da presunção de inocência, princípio da liberdade, princípio da excepcionalidade das medidas cautelares, legalidade da medida,

justificação teleológica da medida, jurisdicionalidade, motivação, adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e custos dos direitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Moacir Martini de. **Lei Nº 12.49311: Avanço ou Retrocesso na Busca do Sistema Ideal?** Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/65628/1/LEI-N-1240311-AVANCO-OU-RETROCESSO-NA-BUSCA-DO-SISTEMA-IDEAL/pagina1.html>. Acesso em 09 de junho de 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BIANCHINI, Aline; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Teoría e Interpretación de los Derechos Fundamentales*, in escritos sobre Derechos Fundamentales, Baden-Baden: Nomos, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2001**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal, volume I**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

CALAMANDREI, Piero. ***Introduzione allo sistemático dei provvedimenti cautelari***. Pádua, 1936. *Apud* LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Constituição da República portuguesa anotada***. 3ª Ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. ***Principii di diritto processuale civile***. Napoli: Jovene, 1965.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

FERNANDES, Antônio Scarance. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. Coordenação: Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. ***The Cost of Rights – why liberty depends on taxes***. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

IENNACO, Rodrigo. Reforma do CPP: **Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória**. Disponível: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=664>. Acesso em 09 de junho de 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Atualização do Processo Penal Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/56497413/Eugenio-Pacelli-mudancas-CPP-Lei-12-403-11>. Acesso em 09 de junho de 2011.

ROXIN, Claus. ***Derecho Procesal Penal***. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

SERRANO, Nicolas Gonzáles-Cuellar. ***Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal***. Madrid: Colex, 1990

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2011.

VIDAL, Hélvio Simões. **Processo Cautelar, Prisão Processual e Antecipação dos Efeitos Executivos da Sentença Penal**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, número 16, janeiro/junho 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. ***El enemigo em el derecho penal***. Buenos Aires: Ediar, 2006.