

**DA FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA A DECRETAÇÃO DE MEDIDA
CAUTELAR PESSOAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹**

***THE NECESSITY OF MOTIVATED DECISIONS TO IMPOSE PRE-TRIAL
PERSONAL MEASURES IN THE STATE OF LAW***

Débora Carvalho Fioratto

Doutoranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista Capes. Mestre em Direito Processual pela PUC-Minas. Bolsista Fapemig. Bacharel em Direito pela PUC-Minas. Assessora no MPMG. Belo Horizonte/MG – Brasil. E-mail: fiorattodebora@hotmail.com

Priscilla Carvalho Fioratto

Bacharel em Direito pela Puc Minas. Belo Horizonte/MG – Brasil. E-mail: rosedepri@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo visa a estudar as medidas cautelares pessoais e a fundamentação necessária para sua decretação pelo julgador no contexto do Estado Democrático de Direito. Para tanto, demonstrou-se as alterações advindas com a Lei 12.403/2011, a positivação de medidas substitutivas à prisão, tornando-se esta medida de *ultima ratio*. Constatou-se que o requisito e os fundamentos para verificar a necessidade e adequação da prisão preventiva são os mesmos para que se possa impor restrições à liberdade – medidas alternativas do art. 319 CPP – antes da sentença penal condenatória definitiva. Buscou-se delimitar o papel das partes e do juiz no Estado Democrático de Direito, bem como compreender os princípios que constituem o modelo constitucional de processo – contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões, levando em consideração as especificidades do processo penal – princípio acusatório e presunção de inocência.

¹ Artigo recebido em 20/08/2018 e aprovado em 30/03/2019.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas cautelares pessoais. Fundamentação das decisões. Modelo Constitucional de Processo. Processo Penal. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This paper aims to study the personal precautionary measures and the necessary justification for its decision by the judge in the context of the Democratic State of Law. For that, it was demonstrated the changes resulting from Law 12.403 / 2011, the acceptance of substitutive measures to imprisonment, turning this into a last ratio measure. It was found that the requirement and the reason for demonstrating the necessity and adequacy of pre-trial detention are the same for any personal precautionary measures in order to impose restrictions on freedom - alternative measures of art. 319 CPP - before the final criminal conviction. It sought to delimit the role of the parties and the judge in the Democratic State of Law, as well as understand the principles that constitute the constitutional model of process - contradictory, broad argumentation, impartial third party and reasonable decisions, taking into account the specificities of criminal procedure - accusatory principle and presumption of innocence.

KEYWORDS: Pre-trial personal measures. Motivated decisions. Constitutional Model of Process. Criminal Procedure. State of Law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a fundamentação necessária para a decretação de medidas cautelares pessoais, transformando a prisão preventiva em medida de *ultima ratio* com a imposição de medidas substitutivas (art. 319CPP), desde que suficientes e adequadas ao caso.

Em um primeiro momento, será estudado o conceito de processo adequado ao contexto democrático e às normas previstas na Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988, a partir da Teoria de Fazzalari² e do Modelo Constitucional do Processo inicialmente proposto por Andolina e Vignera³.

Em seguida, a abordagem dirá respeito ao requisito e aos fundamentos para a decretação de toda medida cautelar pessoal: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Será explicado a proposta do projeto original que visava excluir os conceitos indeterminados como fundamento para a decretação de medida cautelar, mas que sofreu alteração e manteve a garantia da ordem pública e da ordem economia na Lei 12.403/2011.

Após, será analisada as normas previstas no art. 313 do Código de Processo Penal a partir de uma interpretação conforme a Constituição e em conformidade com o ordenamento jurídico. Destaca-se que a reforma parcial advinda com a Lei 12.403/2011 visava reduzir o uso exacerbado das prisões preventivas, possibilitando a coexistência da prisão preventiva com o princípio da presunção de inocência.

Por fim, este trabalho, a partir dos princípios que informam o sistema da cautelaridade penal – jurisdicionalidade, fundamentação das decisões, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade - e da análise das normas do art. 282 do Código de Processo penal, irá defender a necessidade de uma fundamentação adequada da decisão, enquanto produto da construção participada das partes, bem como demonstrará que somente se estiverem presentes o requisito e fundamentos para a prisão preventiva, que o julgador poderá verificar se as medidas substitutivas são suficientes e adequadas ao caso concreto. Essas medidas alternativas visam a substituir a prisão preventiva e, portanto, não podem ser impostas caso não demonstrado o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* conjugados com o art. 313 e 282 do Código de Processo Penal.

MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ADVINDAS COM A LEI 12.403/2011

² FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

³ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni. Torino: G. Giappichelli, 1990.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, incisos LIV⁴, LV⁵ e LVII⁶, prevê, expressamente, garantias processuais penais ao investigado/acusado que devem ser observadas para que ele possa ser privado de sua liberdade. Importante destacar que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas em consonância com as normas constitucionais e, portanto, antes de se analisar o sistema da cautelaridade penal, é imprescindível elucidar o conceito de processo no contexto democrático.

Elio Fazzalari contribuiu para o estudo do processo, distinguindo-o do procedimento, pelo atributo do contraditório. Para o processualista italiano, o processo é “espécie de procedimento realizado através do contraditório entre os interessados, que, no processo jurisdicional, são as partes”⁷. O contraditório é garantia de participação na construção da decisão daqueles que sofrerão os efeitos dela.

“O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor”⁸.

Barros⁹ ressalta que ao processo como garantia de participação em simétrica paridade de armas deve ser agregada a compreensão de modelo constitucional de processo¹⁰, cujas garantias do contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação

⁴ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁵ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁶ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 97.

⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 103.

⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 331-345.

¹⁰ Segundo Barros, o modelo constitucional de processo foi proposto inicialmente por Andolina e Vignera (1997). Para maiores informações sobre o esquema geral de processo e as características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade, conferir BARROS, 2009, p. 331-345.

das decisões são a base uníssona de princípios constitucionais, codependentes e indissociáveis, que devem estar presentes em todo e qualquer processo, seja ele jurisdicional, legislativo ou administrativo.

Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo¹¹.

Especificamente, em relação ao processo penal, somam-se à base uníssona de princípios a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CR/88) e o princípio acusatório (art. 129, I, CR/88).

Importante destacar que no Estado Democrático de Direito, o contraditório “receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões”¹².

O contraditório é uma garantia dinâmica, substancial, que engloba o dever de consulta às partes, sempre que o juiz entenda por adotar uma terceira via. O julgador deverá, portanto, considerar a prova produzida pelas partes e os argumentos debatidos em contraditório para fundamentar sua decisão. Constata-se, pois, que as partes devem influenciar a construção da decisão e, concomitantemente, o provimento deve ser previsível, ou seja, não pode significar uma surpresa para as partes, uma quebra de expectativa.

O contraditório impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em solitária onipotência aplique normas ou embase a

¹¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 335.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; *et al.* Novo CPC Fundamentos e sistematização. 3ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 111-112.

decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes¹³.

A fundamentação das decisões está umbilicalmente conectada com o contraditório, tendo em vista que as partes, juntamente com o juiz, de maneira compartilhada, constroem o direito a ser aplicado ao caso concreto. “A relação entre esses princípios é vista em sentido de se garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço reconstutivo do caso concreto pelas partes afetadas”¹⁴.

O art. 489, §1º¹⁵ do Código de Processo Civil por explicitar o alcance do princípio da fundamentação das decisões (art. 93, IX, CR/88), norteando o julgador no momento da construção da decisão, deve ser aplicado em todo processo constitucional, inclusive no processo penal. Isso posto, não se considera devidamente fundamentada qualquer decisão que se limitar a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo ou utilizar conceitos indeterminados (ordem pública, ordem econômica) sem demonstrar a efetiva compreensão destes a partir do caso concreto.

A ampla argumentação como garantia das partes, e não como um direito subjetivo de uma parte, compreende a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço reconstutivo dos

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; *et al.* Novo CPC Fundamentos e sistematização. 3ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 128.

¹⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e Medidas Cautelares. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 22-23.

¹⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

argumentos do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas¹⁶.

A ampla argumentação engloba o direito à autodefesa, à defesa técnica, à produção de provas e, por conseguinte, o direito ao tempo processual adequado para apresentação dos argumentos a corroborar as versões das partes¹⁷.

A imparcialidade do juiz está relacionada ao controle dos atos praticados pelas partes e ao dever imposto ao juiz de observância do modelo constitucional de processo, oportunizando o contraditório, consultando às partes sobre matéria de conhecimento oficioso, construindo uma decisão que seja o resultado do debate dialético das partes, não usurpando as funções do órgão da acusação, não participando da produção de provas e, por conseguinte, considerando todas as teses apresentadas pelas partes, seja acolhendo-as ou rejeitando-as.

Em relação aos princípios decorrentes das especificidades do processo penal, presunção de inocência e princípio acusatório, ressalta-se que o sistema de justiça adotado na Constituição é o acusatório.

O art. 129, I, CR/88, dispõe que ao Ministério Público compete promover a ação penal pública, ou seja, a função constitucionalmente prevista para o órgão da acusação é acusar e, conseqüentemente, requerer a decretação de prisões cautelares, requerer a imposição de medidas cautelares pessoas diversas, requerer a produção de provas e produzir as provas, não podendo o juiz imiscuir-se nas funções do órgão da acusação.

Ao julgador compete oportunizar o contraditório, garantir os direitos fundamentais dos investigados e acusados, provocar as partes para se manifestarem caso opte por uma *terza via*, decidir fundamentadamente. Consoante assevera Coutinho (2001), cada parte deve estar em seu lugar constitucionalmente demarcado. No sistema acusatório, a gestão da prova é das partes.

¹⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 24.

¹⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. *O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 331-345.

O princípio da presunção de inocência, ou não-culpabilidade (art. 5º, LVII, CR/88), encontra-se previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Art. 11.1: Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Também está positivado na “Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais” em seu artigo 6.2, no “Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos”, artigo 14.2 e, na “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, Dec. 678/92 – artigo 8º, §2º que dispõe que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Lopes Jr.¹⁸ afirma que a presunção de inocência deve ser compreendida na dimensão interna, enquanto regra de tratamento, e na dimensão externa ao processo enquanto garantia de proteção à imagem, dignidade e privacidade, impossibilitando a publicidade abusiva ou estigmatização do investigado/acusado.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?).

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência¹⁹.

A cautelaridade penal, a garantia do contraditório dinâmico, a fundamentação exigida para a decretação das medidas cautelares pessoais, bem como a delimitação dos papéis dos sujeitos processuais no contexto democrático serão ressemantizadas a partir do modelo constitucional de processo e das especificidades do microsistema processual penal²⁰.

O título IX do Código de Processo Penal, que trata da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, foi recentemente alterado pela Lei 12.403/2011 cujo objetivo primeiro era possibilitar ao juiz um rol de medidas cautelares pessoais alternativas à prisão preventiva, transformando-a, por conseguinte, em *ultima ratio*. Destaca-se que, antes dessa Lei, “o Processo Penal brasileiro padecia de um arcaico sistema cautelar baseado no critério prisão/liberdade. Logo, durante o processo ou o acusado estaria preso preventivamente ou em liberdade, não havendo, dessa forma, nenhuma medida intermediária”²¹.

O legislador positivou no art. 319 CPP um rol de medidas cautelares pessoais que visam a substituir a prisão cautelar, sempre que se mostrarem suficientes e adequadas ao caso concreto (art. 282CPP). Importante esclarecer que essas medidas cautelares pessoais podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 282, §1º), sempre que presentes os requisitos e fundamento do art. 312CPP e 313CPP. Em razão do sistema acusatório, devem

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 582.

²⁰ A adoção do modelo constitucional de processo não significa desconsiderar as especificidades do microsistema processual penal e de sua tipologia processual. “Em especial, ao se comparar a ordinariedade com a cautelaridade deve-se levar em conta a sumariada da cognição cautelar, diferente, portanto, da completude e exauriência da cognição do processo de conhecimento. Ou ainda, a urgência e a excepcionalidade da cautelaridade com a ampla possibilidade de dilação temporal e a obrigatoriedade do processo penal de conhecimento para a eventual aplicação da pena.

O contraditório na cautelaridade tem limites menores que no processo de conhecimento, em especial no tocante à não surpresa. Isso, pois que a exigência do contraditório prévio nas medidas cautelares possui como excepcionalidade a urgência da medida ou o risco de sua ineficácia. Contudo, não se pode excluir a possibilidade da parte influir na decisão do juiz sobre a decretação das medidas cautelares, mesmo que em contraditório postergado, principalmente pela exigência de uma fundamentação voltada aos argumentos das partes e pela necessidade de se evitar o solipsismo judicial” (BARROS; MACHADO, 2009, p. 27-28).

²¹ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 6).

ser requeridas pelo órgão da acusação, oportunizado o contraditório dinâmico e prévio à defesa²², para que o julgador possa fundamentadamente decidir sobre sua necessidade e adequação.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

²² Excepcionalmente, em caso de urgência ou risco de ineficácia da medida, o contraditório será postergado (art. 282, § 3º CPP).

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Importante destacar que a norma do art. 310CPP enfatiza a necessidade de o julgador, ao analisar o auto de prisão em flagrante delito na audiência de custódia²³, fundamentadamente decidir sobre a decretação da prisão preventiva somente após a verificação quanto à insuficiência e desnecessidade das medidas cautelares pessoais (art. 310, II CPP). Dessa maneira, constata-se que o requisito e fundamentos para a decretação da prisão preventiva são os mesmos para a decretação de todas as medidas cautelares pessoais (art. 282, CPP).

REQUISITO E FUNDAMENTOS PARA A DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

O requisito para a imposição de medidas cautelares pessoais é a prova da existência do crime e indícios de autoria, *fumus commissi delicti*, consoante parte final do art. 312 CPP²⁴. Dessa maneira, “o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito”²⁵.

Os fundamentos que possibilitam a restrição ou privação da liberdade do investigado/acusado decorrem “da situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-

²³ Para compreensão da implementação da audiência de custódia, conferir: FIORATTO, Débora Carvalho; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implementação da audiência de custódia em terrae brasilis e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. Convencionalidade e sistema de justiça: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judiciário brasileiro. Florianópolis: Emais, 2018.

²⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 584.

se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo”²⁶.

Justifica-se, portanto, a imposição de medidas cautelares pessoais para assegurar a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal, possibilitando a coleta da prova e neutralizando o risco de fuga do investigado/acusado. Consoante Lopes Júnior a medida cautelar para assegurar a conveniência da instrução criminal visa à tutela da prova, diante de risco efetivo para a instrução.

O estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos. Também se invoca esse fundamento quando o imputado ameaça ou intimida o juiz ou promotor do feito, tumultuando o regular andamento do processo. Por fim, não se justifica a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução quando o que se pretende é prendê-lo para ser interrogado ou força-lo a participar de algum ato probatório (acareação, reconhecimento)²⁷.

A imposição de medida cautelar pessoal para assegurar a aplicação da lei penal visa a evitar a fuga do acusado e a possibilidade de aplicação da sanção penal após a sentença penal condenatória definitiva. “O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas. Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu”²⁸. Há necessidade de se demonstrar o suporte fático e probatório para fundamentar e legitimar a decisão que impõe medida cautelar pessoal, especialmente a prisão preventiva.

Ocorre, todavia, que o art. 312 CPP, prevê, além desses fundamentos, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública e para a garantia da ordem econômica.

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 584.

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 837-838.

²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 838.

A reforma parcial ocorrida em 2011 teve como projeto inicial o PL n. 4208/2001 cuja proposta original do texto visava a suprimir a utilização de conceitos indeterminados como fundamento para a decretação de medidas cautelares, em especial, a prisão preventiva.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

No entanto, algumas modificações foram feitas posteriormente e, manteve-se a garantia da ordem pública²⁹ e a garantia da ordem econômica, conceitos vagos e indeterminados, para que o julgador fundamente a decisão.

O uso desses dois conceitos indeterminados abre possibilidades infundáveis de fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva, possibilitando o uso de argumentos como, por exemplo, a comoção social, a repercussão do fato, a possibilidade de reiteração, bem como a gravidade do fato (o que na verdade é gravidade da suposta capitulação da conduta investigada ou inicialmente imputada pela acusação). (...) Logo, mantendo-se esses conceitos na Lei 12.403/2011, a saída do intérprete deve ser a busca por uma interpretação conforme a Constituição, em prol da caracterização de uma teoria da cautelaridade, fundada na concreta

²⁹ “A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um *periculosômetro* (...) é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 653).

necessidade e adequação de medidas cautelares, além da proibição de excessos na sua utilização ou manutenção³⁰.

A partir da leitura lógico-sistêmica das normas do Código de Processo Penal, demonstra-se que o requisito e os fundamentos para a imposição de medidas cautelares pessoais devem estar presentes e, somente após verificar-se a impossibilidade de se aplicar o rol taxativo do art. 319 CPP que a prisão preventiva pode ser decretada. Portanto, “as medidas alternativas à prisão deverão ser utilizadas quando cabível a própria prisão preventiva. Contudo, em razão da necessidade e adequabilidade, substitui-se a prisão pelas novas medidas eis que impõem menores danos ao *status libertatis* do indivíduo se comparadas à prisão”³¹. A prisão preventiva torna-se, pois, medida cautelar subsidiária (art. 282, §6º CPP).

Ressalta-se que, mesmo que o investigado/acusado descumpra a medida cautelar imposta, o art. 282, §4º, mantém o caráter subsidiário e de *ultima ratio* da prisão preventiva, tendo em vista que expressamente traça o caminho a ser seguido pelo julgador: substituir a medida por outra; manter a medida inicialmente decretada, mas cumulá-la com outra medida; e, por fim, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, CPP).

A Lei 12.403/2011 acrescentou o art. 313 CPP ao capítulo III que disciplina a prisão preventiva e, portanto, somente se conjugados o art. 312 com o art. 313, ambos do código de processo penal, que haverá fundamento para a imposição de medida cautelar de caráter pessoal.

Importante destacar que o art. 44 do Código Penal dispõe sobre a substituição da pena privativa de liberdade (prisão pena) por restritiva de direitos utilizando-se de critérios objetivos - quando a pena privativa de liberdade imposta não for superior a quatro anos e o crime tiver sido praticado sem violência ou grave ameaça; quando o réu não for reincidente em crime doloso - e de critérios subjetivos – “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”. Consequentemente, dentro do panorama de ausência

³⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e Medidas Cautelares. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 4-5.

³¹ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e Medidas Cautelares. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 5-6.

de privação de liberdade mesmo com a prolação de sentença penal condenatória definitiva, deve-se manter esse entendimento quando da decretação de prisões preventivas, sempre que presentes esses critérios objetivos.

Logo, percebe-se uma correlação lógica do art. 44 do Código Penal com o art. 313 do Código de Processo Penal. Somente será admitida a decretação da prisão preventiva, ou de outra medida cautelar pessoal, nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, em que o acusado/investigado é reincidente em crime doloso e/ou em razão da vulnerabilidade da vítima, isto é, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência³². Há uma finalidade específica no inciso III, do art. 313CPP – garantir a execução de medidas protetivas de urgência – e, por conseguinte, para a imposição de medida cautelar pessoal deve existir uma medida protetiva anteriormente decretada e o crime praticado deve ser doloso e a pena máxima superior a quatro anos possibilitando “a adequação sistêmica ao inciso I”³³.

Lopes Júnior assevera, no entanto, que o limite de pena do inciso I, do art. 313CPP, qual seja, crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, somente se aplica à prisão preventiva, não se aplicando às medidas cautelares pessoais substitutivas do art. 319CPP.

Recordemos a seguinte regra:

Nos crimes dolosos cuja pena máxima é superior a 4 anos e exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, poderão ser utilizadas as medidas cautelares diversas ou, se inadequadas e insuficientes, a prisão preventiva;

Nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, em que exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, somente poderá haver decretação de medida cautelar diversa;

³² FIORATTO, Débora Carvalho; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implementação da audiência de custódia em *terrae brasilis* e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. CONVENCIONALIDADE E SISTEMA DE JUSTIÇA: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judiciário brasileiro. Florianópolis: Emais, 2018.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 643.

Nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, em que exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, e exista uma das situações dos incisos II ou III do art. 313, poderá ser decretada medida cautelar diversa ou, excepcionalmente, a prisão preventiva³⁴.

Barros e Machado destacam, contudo, em interpretação constitucionalmente adequada, que “elas (medidas cautelares pessoais) somente se aplicam se houverem os requisitos para a prisão preventiva. Logo elas são substitutivas da prisão e não da liberdade como apresentado no projeto original”³⁵. Dessa maneira, compreende-se que a interpretação de Lopes Júnior³⁶ coloca a medida cautelar diversa como substitutiva da liberdade levando a decretação de medidas cautelares diversas em casos concretos que, antes da Lei 12.403/2011, se concederia liberdade plena, incondicionada, desvirtuando a finalidade do instituto de reduzir as prisões preventivas³⁷.

Na redação original do PL n. 4.208/2001, o art. 283, §2º, previa que quando não coubesse prisão preventiva, o juiz poderia decretar outras medidas cautelares, sendo que no atual art. 282, §6º, do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011, a decretação da prisão preventiva é condicionada à impossibilidade de aplicação de outras medidas cautelares pessoais, disciplinadas no art. 319 do CPP. Portanto, as medidas alternativas à prisão deverão ser utilizadas quando cabível a própria prisão preventiva. Contudo, em razão da necessidade e adequabilidade, substitui-se a prisão preventiva pelas

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 641.

³⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e Medidas Cautelares. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 5.

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

³⁷ FIORATTO, Débora Carvalho; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implementação da audiência de custódia em *terrae brasilis* e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. CONVENCIONALIDADE E SISTEMA DE JUSTIÇA: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judiciário brasileiro. Florianópolis: Emais, 2018.

novas medidas eis que impõem menores danos ao *status libertatis* do indivíduo se comparadas à prisão³⁸.

Dessa maneira, todas as medidas cautelares pessoais somente podem ser decretadas se presentes o fundamento e requisitos para a decretação da prisão preventiva (art. 312 e 313 do CPP) e, para que esta seja medida de *ultima ratio*, o julgador deve demonstrar que as medidas substitutivas do art. 319CPP são insuficientes e inadequadas ao caso em análise, tendo em vista que a reforma parcial implementada com a Lei 12.403/2011 visava à redução do uso exacerbado das prisões preventivas, possibilitando a coexistência do princípio da presunção de inocência com a restrição da liberdade antes da sentença penal condenatória definitiva³⁹.

OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O SISTEMA CAUTELAR

A lei 12.403/2011 permite a construção de uma teoria da cautelaridade penal a partir de uma leitura constitucionalmente adequada das normas presentes no título IX que cuida da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. Dessa maneira, a base principiológica que fundamenta o sistema cautelar processual penal e permite a coexistência de prisões preventivas com a presunção de inocência deve ser compreendida⁴⁰.

O art. 283 CPP dispõe que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Constata-se, pois, a necessidade de

³⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e Medidas Cautelares. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 5-6.

³⁹ FIORATTO, Débora Carvalho; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implementação da audiência de custódia em *terrae brasilis* e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. CONVENCIONALIDADE E SISTEMA DE JUSTIÇA: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judiciário brasileiro. Florianópolis: Emais, 2018.

⁴⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e Medidas Cautelares. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 17-28.

que toda medida cautelar pessoal seja decretada por ordem escrita e fundamentada do juiz competente. Cabe ao julgador decidir fundamentadamente sobre a necessidade e adequação da medida cautelar pessoal, embasado nas normas processuais penais que estabelecem os requisitos e o fundamento para a imposição dessas medidas⁴¹.

O art. 315 CPP, em consonância com obrigatoriedade de fundamentar toda e qualquer decisão (art. 93, IX, CR/88), ao tratar especificamente das decisões prolatadas sobre medidas cautelares pessoais, também exige uma fundamentação devida. “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Constata-se, por conseguinte, que o princípio da fundamentação das decisões, previsto no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, é reproduzido nas normas processuais penais⁴².

O art. 489, §1º⁴³ do CPC2015, incisos I a IV, por pormenorizar, explicitar a norma constitucional de fundamentação das decisões, deve ser observado por todo julgador no momento de prolatar a decisão e, portanto, não se mostra suficiente e adequada a decretação de medida cautelar pessoal com a simples reprodução do ato normativo do art. 312 e 313 do CPP ou de utilização de conceitos jurídicos indeterminados, mesmo que tenham sido mantidos após a reforma parcial de 2011.

Esta decisão somente será considerada legítima e devidamente fundamentada se existir requerimento da decretação da prisão preventiva pelo Ministério Público, órgão da acusação, com a prova da existência do crime e indícios de autoria visando garantir a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (art. 312CPP), tendo em vista que ordem pública e ordem econômica são conceitos indeterminados e não se sustentam no contexto democrático para

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 587.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 587-588.

⁴³ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

fundamentar a prisão provisória, em razão da garantia da presunção de inocência.

O MP deverá demonstrar que o crime praticado é doloso, com pena superior a 4 anos, que o autuado é reincidente em crime doloso (art. 313) e/ ou que o crime foi praticado no âmbito de violência doméstica e familiar contra criança, adolescente, idoso, mulher, deficiente (art. 313, III). Deverá ainda comprovar que as medidas cautelares são inadequadas e insuficientes para o caso concreto. Após ouvir o Ministério Público e com o intuito de oportunizar o contraditório enquanto princípio de influência e não surpresa (NUNES, 2004), o juiz ouvirá a defesa que deverá demonstrar que é possível a liberdade sem a imposição de medidas cautelares, porque não estão presentes os requisitos do art. 312 e 313 do CPP; ou mesmo que é possível a liberdade com a imposição de medidas cautelares diversas (art. 319CPP), porque presentes os requisitos do art. 312 e 313 CPP, e estas são suficientes e adequadas para o caso concreto e, que a prisão preventiva é medida cautelar excepcional. Estará então, o juiz legitimado a proferir decisão quanto ao art. 310CPP, devidamente fundamentada⁴⁴.

Somente a autoridade judiciária competente, isto é, o julgador, poderá prolatar decisões, devidamente fundamentadas, decretando, substituindo ou revogando medidas cautelares pessoais ao investigado/acusado. “No Brasil, a jurisdicionalidade está consagrada no art. 5º, LXI, da CB, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar”⁴⁵.

⁴⁴ FIORATTO, Débora Carvalho; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implementação da audiência de custódia em *terrae brasiliis* e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. CONVENCIONALIDADE E SISTEMA DE JUSTIÇA: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judiciário brasileiro. Florianópolis: Emais, 2018, p. 162.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 588.

O §3º do art. 282 dispõe que “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”. Para que seja imposta medida cautelar pela autoridade judiciária competente é imprescindível a observância do contraditório prévio como regra. Apenas em situações excepcionais, nos casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida cautelar pessoal, que o contraditório poderá ser postergado.

A exigência do contraditório prévio nas medidas cautelares possui como excepcionalidade a urgência da medida ou o risco de sua ineficácia. Contudo, não se pode excluir a possibilidade da parte influir na decisão do juiz sobre a decretação das medidas cautelares, mesmo que em contraditório postergado, principalmente pela exigência de uma fundamentação voltada aos argumentos das partes e pela necessidade de se evitar o solipsismo judicial⁴⁶.

O contraditório, enquanto garantia de influência e não surpresa⁴⁷, deve ser garantido pelo julgador e oportunizado às partes, tendo em vista que elas devem construir a decisão juntamente com o juiz, porquanto sofrerão os efeitos do provimento⁴⁸.

O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo⁴⁹.

⁴⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 27-28.

⁴⁷ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v. 1, p. 39-55, jan/jun. 2004.

⁴⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

⁴⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 105.

Caso ocorra a prisão em flagrante do autuado, este deverá ser imediatamente conduzido à presença do juiz para que ocorra o controle judicial da prisão na audiência de custódia, ou seja, neste ato caberá ao órgão da acusação demonstrar a existência de fundamento e dos requisitos para a decretação da prisão preventiva e, que as medidas cautelares substitutivas são insuficientes ou inadequadas ao caso. Posteriormente, a defesa deverá argumentar quanto à ausência destes e, portanto, da concessão da liberdade provisória, ou que as medidas cautelares substitutivas são suficientes e adequadas ao caso concreto, tendo em vista que a prisão preventiva é medida de *ultima ratio*⁵⁰. Somente após a oportunidade de efetiva participação que o julgador deverá decidir sobre a decretação da prisão preventiva, sobre a imposição de medidas cautelares diversas ou da concessão da liberdade plena (art. 310 CPP) e vinculado ao pedido do órgão da acusação, sob pena de violação do sistema acusatório^{51,52}.

Caso o requerimento para a decretação de medida cautelar pessoal ocorra na fase de investigação ou durante o processo,

O ideal seria o juiz, à luz do pedido de adoção de alguma medida cautelar, intimar o imputado para uma audiência, onde sob a égide da oralidade se efetivaria o contraditório e o direito de defesa, na

⁵⁰ FIORATTO, Débora Carvalho; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implementação da audiência de custódia em *terrae brasilis* e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. CONVENCIONALIDADE E SISTEMA DE JUSTIÇA: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judiciário brasileiro. Florianópolis: Emais, 2018.

⁵¹ FIORATTO, Débora Carvalho; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implementação da audiência de custódia em *terrae brasilis* e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. CONVENCIONALIDADE E SISTEMA DE JUSTIÇA: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judiciário brasileiro. Florianópolis: Emais, 2018.

⁵² Para análise das características do sistema acusatório e da necessidade de superação do princípio inquisitório no Estado Democrático de Direito, conferir Coutinho, 2001. Ademais, segundo Lopes Júnior, “(...) A crítica fica por conta do equívoco de pensar estar legitimado o ativismo do juiz no curso do processo e na fase de investigação. O atuar de ofício por parte do juiz deve estar vedado em qualquer fase da persecução criminal. O problema está no ativismo e não na fase em que ele é adotado. Como já explicamos à exaustão, não é papel do juiz, à luz do sistema acusatório constitucional, do princípio da inércia da jurisdição e dos postulados da imparcialidade, sair decretando prisões ou medidas cautelares de ofício. Sim, porque o que o dispositivo em tela permite é, inclusive, que o juiz decrete uma prisão preventiva de ofício (seja pela conversão do flagrante em preventiva (art. 310), ou pela possibilidade de decretação de ofício no curso do processo (art. 311)) sem prévio pedido, e isso é absolutamente incompatível com os princípios anteriormente referidos” LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 589.

medida em que o acusador sustentaria os motivos de seu pedido e o réu, de outro lado, argumentaria sobre a falta de necessidade da medida (seja por fragilidade do *fumus commissi delicti* ou do *periculum libertatis*)⁵³.

Em relação aos pedidos de substituição, cumulação ou revogação da medida, caso ocorra o descumprimento das medidas cautelares pessoais do art. 319 CPP, consoante previsão do §4º⁵⁴, do art. 282, CPP, deverá o julgador oportunizar o contraditório prévio antes de decidir. “A suspeita de descumprimento de quaisquer das condições impostas nas medidas cautelares diversas, previstas no art. 319, exigirá, como regra, o contraditório prévio a substituição, cumulação ou revogação da medida”⁵⁵. Afirma o autor que caso ocorra a decretação de prisão preventiva para neutralizar o risco de fuga, “o ideal seria o juiz decretar a prisão e marcar, imediatamente, a realização de uma audiência, em que o imputado (já submetido à medida cautelar) poderia demonstrar a desnecessidade da medida”⁵⁶. O contraditório é garantia constitucional (art. 5º, LV, CR/88) e deve ser observado para a imposição de medidas cautelares pessoais.

O § 5º do art. 282 CPP prevê que “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Constata-se, pois, a provisionalidade das medidas cautelares pessoais, já que elas são “situacionais, tutelam uma situação fática”⁵⁷. Enquanto estiverem presentes as razões que justificaram a decretação de medida cautelar pessoal, esta poderá ser mantida. Contudo, caso os requisitos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva e, por consequência, de uma medida substitutiva, não mais subsistam, esta deverá ser imediatamente revogada.

Tendo em vista o princípio da presunção de inocência, as medidas cautelares pessoais devem ser provisórias e, na ausência de fixação de prazo máximo de duração pelo

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 589.

⁵⁴ § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 590.

⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 589.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 590.

juiz, deve haver o reexame periódico e obrigatório do fundamento e dos requisitos que ensejaram sua decretação⁵⁸. Destaca-se que, “concretamente, não existe nada em termos de limite temporal das prisões cautelares”⁵⁹.

Caberá aos sujeitos processuais participação ativa para debate dialético quanto à necessidade de o juiz fixar prazo e as condições para cumprimento das medidas cautelares pessoais, já que esta exigência está expressa no inciso I, do art. 319CPP.

Mesmo que haja omissão do juiz, a partir da interpretação constitucional do §5º do art. 282 exige-se reexame periódico, por todos os sujeitos processuais, da medida cautelar imposta, já que esta “não pode assumir contornos de pena antecipada”⁶⁰.

Importante mencionar que durante a tramitação do PL 4208/2001, houve a proposta de fixação de prazo máximo para a prisão preventiva – 180 dias em cada grau de jurisdição, com a possibilidade de um prazo superior, caso constatado que a defesa tenha dado causa à demora – mas foi vetada.

O objetivo da Lei 12.403/2011 era combater o uso exacerbado da prisão preventiva, possibilitando, com as medidas substitutivas, a manutenção da liberdade naqueles casos em que anteriormente só seria possível a privação da liberdade⁶¹. A prisão preventiva é medida extrema, excepcional, que somente poderá ser utilizada, quando demonstradas a insuficiência e inadequação das medidas alternativas.

O art. 282, §6º é importante e consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares.

Igualmente importante é o disposto no inciso II do art. 310, ao afirmar que a prisão em flagrante poderá ser convertida em prisão preventiva quando presentes os requisitos legais e “se revelarem

⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 591.

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 593.

⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 592.

⁶¹ FIORATTO, Débora Carvalho; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implementação da audiência de custódia em *terrae brasilis* e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. CONVENCIONALIDADE E SISTEMA DE JUSTIÇA: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judiciário brasileiro. Florianópolis: Ematis, 2018.

inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”⁶².

O princípio da excepcionalidade das medidas cautelares pessoais fundamenta-se na necessidade e adequação (art. 282, I e II, CPP) de sua imposição, mas somente para aqueles casos em que estejam presentes o fundamento e requisitos para a decretação da prisão preventiva (art. 312 e 313 CPP). As medidas cautelares substitutivas não podem ser utilizadas para os casos em que, antes da Lei 12.403/2011, se concederia a liberdade plena⁶³.

Infelizmente as prisões cautelares acabam sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. A dimensão simbólica de uma prisão imediata – que a cautelar proporciona – acaba sendo utilizada para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente⁶⁴.

O art. 282 disciplina o sistema da cautelaridade penal possibilitando, através de uma interpretação conforme a Constituição, a aplicação do princípio da proporcionalidade para que o julgador decida fundamentadamente qual/quais medidas cautelares se mostram adequadas e suficientes ao caso concreto. Esse princípio da proporcionalidade “vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*”⁶⁵.

Consoante Lopes Júnior o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O inciso II, do art. 282 determina a adequação da medida cautelar escolhida – construção participada da decisão nessa escolha – à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do investigado/acusado, de maneira que a prisão preventiva seja decretada

⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 594.

⁶³ FIORATTO, Débora Carvalho; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implementação da audiência de custódia em *terrae brasilis* e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. CONVENCIONALIDADE E SISTEMA DE JUSTIÇA: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judiciário brasileiro. Florianópolis: Emais, 2018.

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 597.

⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 598.

excepcionalmente, enquanto *ultima ratio*. “A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins”⁶⁶.

O juiz deve sempre atentar para a relação existente entre a eventual sanção cominada ao crime em tese praticado, e àquela imposta em sede de medida cautelar, para impedir que o imputado seja submetido a uma medida cautelar que se revele mais gravosa do que a sanção porventura aplicada ao final. É inadmissível submeter alguém a uma prisão cautelar quando a sanção penal aplicada não se constitui em pena privativa de liberdade⁶⁷.

A necessidade deve ser compreendida a partir do inciso I, do art. 282, ou seja, somente será necessária a imposição de medida cautelar pessoal se houver indícios de autoria e prova da materialidade do crime e desde que haja a real necessidade de se tutelar a obtenção da prova ou prevenir risco de fuga. Devem-se comparar as medidas cautelares pessoais e escolher a menos gravosa para o investigado/acusado.

A proporcionalidade em sentido estrito é o sopesamento (balanceamento) entre a intensidade de restrição/privação do direito fundamental à liberdade do acusado, por meio da escolha da medida cautelar pessoal, e a importância de se realizar o direito fundamental colidente dos demais sujeitos processuais (vítima, testemunhas) relativos aos elementos de prova⁶⁸.

CONCLUSÃO

A fundamentação das decisões está umbilicalmente conectada com o contraditório, tendo em vista que as partes, juntamente com o juiz, de maneira participada, constroem o direito a ser aplicado ao caso concreto.

O art. 489, §1º do Código de Processo Civil por explicitar o alcance do princípio da fundamentação das decisões (art. 93, IX, CR/88), norteando o julgador no momento da

⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 598.

⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 599.

⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 599. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; *et al.* Novo CPC Fundamentos e sistematização. 3ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 66-67.

construção da decisão, deve ser aplicado em todo processo constitucional, inclusive no processo penal. Isso posto, não se considera devidamente fundamentada qualquer decisão que se limitar a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo ou utilizar conceitos indeterminados (ordem pública, ordem econômica) sem demonstrar a efetiva compreensão destes a partir do caso concreto.

O requisito para a imposição de medidas cautelares pessoais é a prova da existência do crime e indícios de autoria, *fumus commissi delicti*, consoante parte final do art. 312 CPP.

Justifica-se, portanto, a imposição de medidas cautelares pessoais para assegurar a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal, possibilitando a coleta da prova e neutralizando o risco de fuga do investigado/acusado.

A partir da leitura lógico-sistêmica das normas do Código de Processo Penal, demonstra-se que o requisito e os fundamentos para a imposição de medidas cautelares pessoais devem estar presentes e, somente após verificar-se a impossibilidade de se aplicar o rol taxativo do art. 319 CPP que a prisão preventiva pode ser decretada.

Dessa maneira, todas as medidas cautelares pessoais somente podem ser decretadas se presentes o fundamento e requisitos para a decretação da prisão preventiva (art. 312 e 313 do CPP) e, para que esta seja medida de *ultima ratio*, o julgador deve demonstrar que as medidas substitutivas do art. 319CPP são insuficientes e inadequadas ao caso em análise, tendo em vista que a reforma parcial implementada com a Lei 12.403/2011 visava à redução do uso exacerbado das prisões preventivas, possibilitando a coexistência do princípio da presunção de inocência com a restrição da liberdade antes da sentença penal condenatória definitiva.

Importante destacar que a norma do art. 310CPP enfatiza a necessidade de o julgador, ao analisar o auto de prisão em flagrante delito na audiência de custódia, fundamentadamente decidir sobre a decretação da prisão preventiva somente após a verificação quanto à insuficiência e desnecessidade das medidas cautelares pessoais (art. 310, II CPP). Dessa maneira, constata-se que o requisito e fundamentos para a decretação da prisão preventiva são os mesmos para a decretação de todas as medidas cautelares pessoais (art. 282, CPP).

A partir da leitura lógico-sistêmica das normas do Código de Processo Penal, demonstra-se que o requisito e os fundamentos para a imposição de medidas cautelares

pessoais devem estar presentes e, somente após verificar-se a impossibilidade de se aplicar o rol taxativo do art. 319 CPP que a prisão preventiva pode ser decretada.

A Lei 12.403/2011 acrescentou o art. 313 CPP ao capítulo III que disciplina a prisão preventiva e, portanto, somente se conjugados o art. 312 com o art. 313, ambos do código de processo penal, que haverá fundamento para a imposição de medida cautelar de caráter pessoal.

Conclui-se, portanto, que a partir dos princípios que informam o sistema da cautelaridade penal – jurisdicionalidade, fundamentação das decisões, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade - e da análise das normas do art. 282 do Código de Processo penal, é necessário uma fundamentação adequada da decisão, enquanto produto da construção participada das partes. Além disso, somente se estiverem presentes os requisitos e fundamentos para a prisão preventiva, o julgador poderá verificar se as medidas substitutivas são suficientes e adequadas ao caso concreto. Essas medidas alternativas visam a substituir a prisão preventiva e, portanto, não podem ser impostas caso não demonstrado o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* conjugados com o art. 313 e 282 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Torino: G. Giappichelli, 1990.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e Medidas Cautelares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 331-345.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**: de 3 de outubro de 1941. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

Brasília: Disponível
em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm
>. Acesso em 10 mar. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1. 2001

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIORATTO, Débora Carvalho; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implementação da audiência de custódia em *terrae brasilis* e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. **CONVENCIONALIDADE E SISTEMA DE JUSTIÇA: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judiciário brasileiro**. Florianópolis: Emais, 2018.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, Belo Horizonte, v. 1, p. 39-55, jan/jun. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; *et al.* **Novo CPC Fundamentos e sistematização**. 3ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016.