

## **MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO**

Professor: Leonardo Marcondes Machado

- ✓ Instagram: [www.instagram.com/leonardomarcondesmachado](http://www.instagram.com/leonardomarcondesmachado)
- ✓ Telegram: [https://t.me/processo\\_penal](https://t.me/processo_penal)
- ✓ Youtube: <https://www.youtube.com/user/proflmm>
- ✓ Site Oficial: [www.leonardomarcondesmachado.com.br](http://www.leonardomarcondesmachado.com.br)

### **1. Introdução**

*Origem Legislativa:* comissão de juristas presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover (2000) e Projeto de Lei n. 4.207/2001 apresentado na Câmara dos Deputados.

*Histórico Nacional:* iniciativas anteriores por mecanismos alternativos à prisão cautelar no direito brasileiro: “Projeto Frederico Marques” (PL n. 633/1975) e Projeto da Comissão de Juristas do Governo Geisel (PL n. 1.655/1981).<sup>1</sup>

*Normativas Internacionais:* a) Recomendação (65) 1 do Comitê de Ministros do Conselho Europeu<sup>2</sup>; b) Recomendação (80) 11 do Comitê de Ministros do Conselho Europeu<sup>3</sup>; c) Resolução 45/110 da Assembléia Geral das Nações Unidas (“Regras de

---

<sup>1</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas Cautelares e Prisão Processual – comentários à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011*. 01 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 103.

<sup>2</sup> COE. Resolution (65) 1 (Adopted by the Ministers Deputies on 22nd January 1965). Suspended Sentence, Probation and Other Alternatives to Imprisonment (...) “1. Recommends Governments to ensure that: (a) member countries' legislations should authorise the judge, or other competent authority, to substitute for a sentence involving deprivation of liberty, or for the execution of such a sentence before it has been carried out, a conditional measure (suspended sentence, probation order, or similar measures) in the case of any person who is a first offender and who has not committed an offence of special gravity; (b) the measures provided for above shall be taken by the competent authorities in the light of the circumstances of the case, of the acts committed, and of the personality of the offender, including the danger he may represent for society and the likelihood of his mending his ways (...) 3. Recommends Governments to consider making provision in their own legislations for other measures designed to avoid imprisonment, particularly of first offender”.

<sup>3</sup> COE. Resolution (80) 11 (Adopted by the Committee of Ministers on 27 June 1980 at the 321st meeting of the Ministers' Deputies)). Concerning Custody Pending Trial (...) “II. Principles applicable to decisions on custody pending trial (...) 9. Whenever, in accordance with the aforementioned principles, custody pending trial can be ordered, the judicial authority shall consider whether the use of custody can be avoided by imposing alternative measures such as those mentioned in principle 15 (...) III. Principles applicable to alternative measures 15. When examining whether custody pending trial can be avoided, the judicial authority shall consider all available alternative measures, which may include the following: - a promise of the person concerned to appear before the judicial authority as and when required and not to interfere with the course of justice, - a requirement to reside at a specified address (e.g. the home, a bail hostel, a specialised institution for young offenders, etc.) under conditions laid down by the judicial authority, - a restriction on leaving or entering a specified place or district without authorisation, - an order to report periodically to certain authorities (e.g. court, police, etc.), - surrender of passport or other identification papers, - provision of bail or other forms of security by the person concerned, having regard to his means, - provision of surety, - supervision and assistance by an agency nominated by the judicial authority. Such measures shall be notified in writing and shall be clearly

Tôquio”<sup>4</sup>; d) Informe 86/2009 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>5</sup>.

*Via Intermediária:* meio termo entre os dois extremos: prisão (preventiva) e liberdade (provisória) / ruptura com o sistema dual (ou binário), concentrado no dilema liberdade X cárcere / estabelecimento de uma “polimorfologia cautelar”.<sup>6</sup>

*Objetivo Declarado:* redução do excessivo número de presos provisórios / cautelares alternativas à prisão como medida de reforço da excepcionalidade do encarceramento preventivo (art. 282, § 6º, do CPP<sup>7</sup>).

*Efeito Real:* banalização das medidas cautelares diversas da prisão<sup>8</sup> e aumento do controle penal restritivo<sup>9</sup> / esperado em um modelo processual de reformas legislativas parciais e dominado por uma cultura/mentalidade inquisitória<sup>10</sup>.

## **2. Noção Geral**

São medidas cautelares alternativas à prisão, ou seja, instrumentos aplicáveis à tutela da investigação preliminar e/ou do processo penal, mediante certa restrição à liberdade (plena) do investigado e/ou acusado, uma vez presentes o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, porém sendo desproporcional a prisão cautelar (medida extrema e absolutamente gravosa) no caso concreto.

- *medidas alternativas, e não substitutivas*<sup>11</sup>: diferentes graus de cautelaridade em concreto.<sup>12</sup>

---

explained to the person concerned, who shall also be warned that he might be taken into custody if he fails to comply with them. A person on whom any alternative measure is imposed shall, in so far as that measure requires, have the benefit of the same safeguards as are accorded under the present recommendation to a person placed in custody pending trial”.

<sup>4</sup> ONU. Resolution (80) 11 (Adopted by the Committee of Ministers on 27 June 1980 at the 321st meeting of the Ministers' Deputies)). Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tôquio). (...) “6.2 As medidas substitutivas da prisão pré-julgamento devem ser utilizadas o mais cedo possível”.

<sup>5</sup> CIDH. Informe 86/09. Caso 12.553. Jorge, José y Dante Peirano Basso x República Oriental del Uruguay.

<sup>6</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 852.

<sup>7</sup> Art. 282, § 6º, do CPP: “A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”

<sup>8</sup> IDDD. *O Fim da Liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia*. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2019, p. 46-47.

<sup>9</sup> BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, João Rafael de. A Expansão do Controle por Meio das Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 59, n. 3, p. 225-247, 2014.

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O Que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2012, p. 63.

<sup>11</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 99.

<sup>12</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1212.

### **3. Natureza**

Os arts. 319 e 320 do CPP estabelecem medidas alternativas à prisão ou medidas cautelares alternativas à prisão? A indagação tem por base menção explícita a possível finalidade não tipicamente (ou verdadeiramente) cautelar constante do art. 282, I, parte final, do CPP (“e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”).

Na visão de Badaró, as medidas alternativas dos incisos I, III, V, VIII e IX do *caput* do art. 319 e a do art. 320 do CPP “podem ter finalidade de cautela instrumental ou de cautela final” enquanto aquelas previstas nos “incisos II, VI e VII do art. 319 podem ter finalidade de evitar a reiteração criminosa”.<sup>13</sup>

### **4. Características Fundamentais**

Também submetidas às *características gerais* das medidas (ou provimentos) cautelares: a) jurisdicionalidade; b) motivação; c) instrumentalidade hipotética; d) acessoriedade; e) preventividade; f) sumariedade; g) provisoriedade; h) provisionalidade; i) contraditorialidade; j) proporcionalidade; k) cumulatividade possível.

Há, no entanto, *dado específico* em comparação à prisão preventiva (e seu traço distintivo de excepcionalidade), que é a noção de *preferibilidade*.<sup>14</sup>

### **5. Requisitos/Fundamentos**

- a) *fumus comissi delicti*: prova da materialidade e indícios suficientes de autoria;
- b) *periculum libertatis*:

b.1.) necessidade (Art. 282, I, do CPP: “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”);

b.2.) adequação (art. 282, II, do CPP: “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”).

### **6. Espécies (arts. 319 e 320 do CPP)**

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

- ausência de previsão legal quanto à frequência do comparecimento no órgão jurisdicional, o que deve ser estabelecido pelo juiz em sua decisão.

---

<sup>13</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 1213-1214.

<sup>14</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 1216.

- necessidade de comparecimento pessoal.

*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;*

- distinção entre acesso (simples ingresso) e frequência (presença constante).
- vínculo necessário entre a proibição espacial e a prática delitiva.

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

- não há prévia restrição legal quanto à noção de “pessoa determinada” (logo: é possível que se aplique a testemunhas ou mesmo outros imputados, e não somente à vítima).

- a delimitação modal (ex.: telefone, redes sociais ou whatsapp) e espacial (no caso de contato presencial) deve ser fixada pelo juiz em sua decisão.

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

- possibilidade de modulação na proibição com eventuais ressalvas finalísticas (ex.: permissão para o exercício laboral constante em outra comarca) e/ou temporais (ex.: admissão de saída da comarca por certo lapso temporal para visita a familiares durante final de semana).

- no caso da justiça federal essa medida pode ser aplicada levando-se em conta a seção ou subseção judiciária.

- previsão específica quanto à retenção de passaporte: Art. 320 do CPP: “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”.

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

- necessidade de fixação judicial do “período noturno” e dos “dias de folga” (finais de semana e/ou feriados?)

*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;*

- *finalidade cautelarmente atípica* (admita pela jurisprudência do STF): “É cabível a 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”.<sup>15</sup>

- polêmica a respeito da sua aplicação (ou não) aos casos de *mandatos eletivos*:

- na doutrina: pela admissão (Andrey Borges de Mendonça<sup>16</sup> e Renato Brasileiro de Lima<sup>17</sup>) X pela inadmissão (Gustavo Badaró<sup>18</sup>)

- na jurisprudência: STF: inicialmente pela admissão em caso de deputado federal<sup>19</sup> / posteriormente pela necessidade de controle político<sup>20</sup> pela Casa Legislativa respectiva (art. 53, § 2º, da CF).

- na jurisprudência: STJ: admissão em casos envolvendo vereadores<sup>21</sup> e prefeito<sup>22</sup>.

- exigência de *nexo funcional* entre a prática do delito e a função pública ou atividade econômica desenvolvida pelo imputado.

- *limitação temporal*: a) com prazo certo: a duração máxima da suspensão deve ser estabelecida pelo julgador em sua decisão, sem prejuízo de eventual prorrogação<sup>23</sup>; b) sem prazo certo: “não está sujeita a prazo definido, obedecendo sua duração, porém, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, levando-se em consideração o momento em que foi estabelecido o afastamento das funções públicas e a demonstração efetiva de sua necessidade para o alcance dos objetivos almejados

---

<sup>15</sup> STF – Segunda Turma - HC 158.732 AgR/SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. em 19.11.2018 – DJe 254 de 28.11.2018.

<sup>16</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e Outras Medidas Cautelares Penais*. São Paulo: Método, 2011, p. 442.

<sup>17</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 08. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1140-1141.

<sup>18</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 1232.

<sup>19</sup> STF - Tribunal Pleno - AC 4.070/DF - Rel. Min. Teori Zavascki - j. em 05.05.2016 – DJe 225 de 20.10.2016.

<sup>20</sup> STF - Tribunal Pleno - ADI 5.526/DF - Rel. Min. Edson Fachin - Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes - j. em 11.10.2017 – DJe 159 de 06.08.2018. Segue a ementa da decisão em questão: “O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal (...) Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar”.

<sup>21</sup> STJ – Quinta Turma - RHC 118.641/RS – Rel. Min. Ribeiro Dantas – j. em 23.03.2021 – DJe de 26.03.2021.

<sup>22</sup> STJ – Sexta Turma - HC 582.959/RJ – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. em 15.09.2020 – DJe de 22.09.2020.

<sup>23</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal...*, p. 1236.

na ação penal”.<sup>24</sup>

- - polêmica a respeito da suspensão (ou não) da *remuneração* dos funcionários públicos:

- na doutrina: pela manutenção remuneratória (Nicolitt<sup>25</sup>) X pela possibilidade de suspensão parcial (Andrey Borges de Mendonça<sup>26</sup>)

- na jurisprudência: pela impossibilidade (STF<sup>27</sup>).

- não confundir com o *efeito extrapenal* (secundário específico) da condenação de perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, I, “a”, do CP).

- suspensão do exercício de *atividade econômica*: “A jurisprudência desta Corte vem entendendo que a suspensão do exercício de atividade econômica ou financeira de pessoa jurídica tem amparo legal no art. 319, VI, do CPP e está intimamente ligada à possibilidade de reiteração delitiva e à existência de indícios de crimes de natureza financeira”.<sup>28</sup>

*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;*

- *natureza*: não se trata de medida cautelar alternativa à prisão, mas de típica medida de segurança preventiva ou provisória.

- há *controvérsia*, entretanto, se aplicável também àqueles investigados ou acusados que tenham sido acometidos de algum sofrimento psíquico após o momento do crime, e não apenas quando de sua prática com interferência na capacidade de entendimento ou determinação, sendo considerados tecnicamente inimputáveis ou semi-imputáveis penalmente.

*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;*

- art. 319, § 4, do CPP: “A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares”.

---

<sup>24</sup> STJ – Sexta Turma - HC 392.096/MG – Rel. Min. Nefi Cordeiro – j. em 17.04.2018 - DJe de 27.04.2018.

<sup>25</sup> NICOLITT, André. *Processo Penal Cautelar: prisão e medidas cautelares*. 02 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 117.

<sup>26</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e Outras Medidas Cautelares Penais...*, p. 447.

<sup>27</sup> STF - Segunda Turma - Pet 7.063/DF - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. em 01.08.2017 – DJe 021 de 05.02.2018.

<sup>28</sup> STJ - Quinta Turma - RMS 60.818/SP - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - j. em 20.08.2019 - DJe de 02.09.2019.

*IX - monitoração eletrônica.*

- precariedade legislativa quanto à disciplina do monitoramento eletrônico em sede de medidas cautelares alternativas à prisão
- matéria regulamentada pelo Decreto n. 7627/2011.