

# MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO: UMA ANÁLISE RETROSPECTIVA PARA MELHORES PERSPECTIVAS

*PRECAUTIONARY MEASURES OF PERSONAL CHARACTER DIFFERENT TO PRISON:  
A RETROSPECTIVE ANALYSIS FOR BETTER PERSPECTIVES*

**Fernanda Regina Vilares**

Doutora e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Pós-Doutoranda em Direito Penal Econômico pela FGV-Direito SP.

Procuradora da Fazenda Nacional. Professora da FGVLaw.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7120976721046639>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4319-7926>

[vilares@uol.com.br](mailto:vilares@uol.com.br)

**Resumo:** Este artigo parte da constatação da ineficácia da Lei 12.403/2011 e, por meio de uma apresentação de perspectivas histórica, dogmática e de política criminal, aponta para a necessidade de mudança de cultura institucional para melhorar essa realidade.

**Palavras-chave:** Medidas cautelares; Pessoal; Alternativa; Prisão.

**Abstract:** This article starts from the finding of ineffectiveness of Law 12,403/2011 and, through a presentation of historical, dogmatic and criminal policy perspectives, points to the need to change the institutional culture to improve this reality.

**Keywords:** Precautionary measures; Personal character; Different from prison.

## 1. Considerações iniciais

Como qualquer medida cautelar, as medidas pessoais alternativas à prisão de natureza assecuratória têm como objetivo e finalidade garantir o resultado final do processo ou a instrução probatória. São pessoais porque afetam o indivíduo e não bens e patrimônio e são alternativas por serem uma opção, destaque-se, preferível, à prisão cautelar.<sup>1</sup>

As medidas cautelares pessoais inserem-se dentro do sistema processual penal que, por sua vez, integra o modelo criminal violento (MORAES, 2022). Dentro de uma metodologia persecutória-punitiva, a providência que priva um investigado ou acusado de liberdade com o escopo de assegurar a coleta de elementos probatórios ou de viabilizar a prisão-pena tem a evidente natureza de instrumento carregado de violência institucional e, como tal, deve ter sua aplicação minimizada na máxima medida do possível. Assim, as medidas alternativas à prisão (embora não deixem de integrar o mesmo sistema orientado à punição) são um mecanismo de humanização do processo penal, porquanto evitam a interferência na liberdade dos indivíduos.

O objeto deste breve texto não é novidade no ordenamento, tendo sido inserido pela legislação há mais de dez anos. A dúvida que emerge, no entanto, é: a mudança normativa surtiu efeitos práticos? Em outras palavras, a nova lei apresentou eficácia e resultou em

menor número de decretação de prisões cautelares? De forma clara e objetiva, a resposta é não. Os números serão apresentados no decorrer do texto e a análise será acompanhada das perspectivas histórica, dogmática e de política criminal. Isso porque não se pretende aqui, simplesmente, apresentar um diagnóstico pessimista e fatalista. Pretende-se, com o texto, provocar algumas leituras diferentes do instituto e da conjuntura dos sistemas processual penal e penitenciário brasileiros para que, ao final, seja possível apresentar alguma efetiva alternativa para efetivar as medidas alternativas.

## 2. Percorso histórico

É contraintuitivo, mas a prisão-pena foi uma evolução humanista dos castigos corporais inicialmente imputados aos condenados, tais como tortura e pena de morte. Antigamente, a prisão já existia, mas tinha natureza meramente cautelar, ou seja, consistia em uma sala de espera da pena-corpórea. Em 385 D.C., a pena de prisão ganhou autonomia como resposta penal (BRANDÃO, 2022, p. 64) e, desde então, os sistemas penal e processual penal vêm sendo humanizados. O encarceramento, que era perpétuo, passou a ser limitado no tempo; o pensamento iluminista banuiu as penas degradantes à integridade física do indivíduo; e a racionalidade penal atingiu o Brasil em uma reforma legislativa que introduziu as penas alternativas ou restritivas de direitos nos arts. 43 e 44 do Código Penal em 1998.

No entanto, se a resposta penal definitiva havia sido abrandada e sido

descolada da privação da liberdade de uma pessoa, o mecanismo para assegurar o resultado final do processo continuava sendo o mesmo: prisão. Em outras palavras, mesmo que um processo não resultasse em privação da liberdade ao final, era possível decretá-la no curso da instrução e essa determinação continuava sendo comum.

Havia duas opções: liberdade ou imposição de prisão cautelar nos casos em que os requisitos legais estivessem presentes. Cientes do exagero que a privação de liberdade ensejava em alguns casos, alguns operadores do direito começaram a propor a utilização do poder geral de cautela<sup>2</sup> para impor medidas menos gravosas cautelarmente, embora não houvesse previsão legal. Assim, os resultados assecuratórios poderiam ser alcançados sem gerar custos ao Estado ou atingir a liberdade do indivíduo. Em que pese a dissonância constitucional da proposição diante da taxatividade dos meios de intervenção a direitos fundamentais (CASTRO, 2017), a essência da ideia foi celebrada. Assim, o desajuste com a legalidade foi resolvido em 2011, quando a Lei 12.403 introduziu expressamente, por meio do art. 319 do CPP, as medidas cautelares alternativas à prisão.

### 3. Normas reitoras de aplicação das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão

Inseridas no ordenamento, as medidas passam a integrar o aparato legal das medidas cautelares e, como tais, devem se submeter às regras gerais sobre o tema. De partida, a elas aplicam-se a garantia da liberdade e o princípio da presunção de inocência (art. 5º. *caput* e inciso LVII da Constituição da República). Continua sendo necessário repisar que a prisão é a exceção, o que se alerta em diversos incisos do art. 5º. da CR (notadamente os incisos LXI, LXV e LXVI) e em dispositivos de tratados internacionais de Direitos Humanos internalizados pelo Estado Brasileiro (art. 7.2 do Dec. 678/92 e art. 8.2. do Dec. 678/92). Em suma: "Provisória é sempre a prisão (material ou processual), nunca a liberdade!" (MORAES, 2017, p. 291).

Apesar de não haver um dispositivo legal que, especificamente, preveja para as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão a necessidade de observar o binômio *fumus delicti commissi* e *periculum libertatis*, a doutrina aponta a regra do art. 312 do CPP, sobre prisão preventiva, como a matriz geral das medidas cautelares pessoais. Nesse contexto, uma decisão judicial que decrete uma medida cautelar deve ser fundada em prova da existência do crime, indício suficiente de autoria (*fumus delicti commissi*) e indícios do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*) (BADARÓ, 2021, p. 1226; MORAES, 2017, p. 295-304).

O mesmo artigo anuncia os objetivos das medidas cautelares e, leitura conjunta com o art. 282, I, do CPP, permite afirmar que são justificadas por sua aptidão para evitar uma situação de perigo ao meio (investigação ou instrução), aos fins do processo (aplicação da

lei penal) ou, em uma concepção mais material do que processual, quando for observado risco às ordens pública ou econômica (evitar prática de infrações) em decorrência de um comportamento do imputado, o qual deve estar demonstrado nos autos (MORAES, 2010, p. 382-398).

É importante que essa matriz legal das medidas cautelares extraída do art. 312 do CPP seja submetida, posteriormente, a uma filtragem de acordo com os critérios do art. 282 do CPP que, em seus incisos, traz a concretização do princípio da proporcionalidade e permite a correta individualização da medida. O princípio da proporcionalidade envolve a observância da legalidade, justificação constitucional, judicialidade e motivação, além dos conhecidos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SERRANO, 1990).

Esse caminho de concretização da intervenção a esfera de direitos fundamentais do indivíduo que será percorrido por entre esses dispositivos legais leva, na leitura proposta por **Maurício Zanoide de Moraes**, ao seguinte roteiro decisório: i) identificar o "pressuposto" de aplicação da medida, consistente no *fumus delicti commissi*, representado por elementos que comprovem a materialidade e os indícios de autoria; ii) identificação do "requisito específico" que represente o perigo concreto identificado apontado no inciso I do art. 282 do CPP; e iii) escolha da "medida adequada" à gravidade e à natureza do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, de acordo com o inciso II do art. 282 do CPP. Constatados esses itens, o requerimento deve ser feito à luz das espécies legais de medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP e o magistrado deve se pronunciar de forma fundamentada sobre o pedido (MORAES, 2017, p. 295-304).

"A PRISÃO É UM FATOR CRIMINÓGENO, NÃO IMPORTA SE EM CARÁTER CAUTELAR OU PENA DEFINITIVA. A CADA VEZ QUE UM CIDADÃO ENTRA EM UM ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO, UMA SÉRIE DE CONSEQUÊNCIAS É PRODUZIDA"

Muitas observações específicas poderiam ser feitas com relação a cada uma das modalidades legais de cautelaridade diversa da prisão. No entanto, para os fins desse breve texto, basta lembrar que as normas reitoras do instituto já existem e possuem arcabouço hermenêutico para a produção dos melhores efeitos possíveis. Resta, agora, a constatação de que a mera alteração legal não foi suficiente e que precisamos avançar.

### 4. Análise estatística e propositiva

A prisão é um fator criminógeno, não importa se em caráter cautelar ou pena definitiva. A cada vez que um cidadão entra em um estabelecimento penitenciário, uma série de consequências é produzida: a tensão social aumenta pela exclusão de uma pessoa do convívio de seus familiares, esses passam a ser submetidos a uma série de desafios decorrentes da privação de liberdade e, acima de tudo, o exército do crime organizado passa a contar com mais um potencial soldado que poderá sair bem treinado pela universidade do crime.

Assim, a previsão de medidas cautelares alternativas deveria servir, ao menos, como um instrumento para minimizar esses efeitos nocivos à sociedade. Contudo, dados sobre o sistema carcerário revelam que não houve significativo impacto da Lei 12.403/2011 no número de prisões preventivas decretadas.

Dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais revelam que, atualmente, 25,31% dos presos são provisórios, ou seja, estão dentro do sistema carcerário por conta de uma medida cautelar pessoal. Em comparação com o ano de publicação da lei em análise, 2011, pouca é a diferença, pois o percentual era de 33,78%.<sup>3</sup> A hipótese, portanto, é de que a mentalidade judicial segue ignorando a excepcionalidade da prisão preventiva e a utilização das medidas cautelares alternativas apenas nos casos em que a liberdade não for a solução natural.

Pesquisa efetuada por **Daiana Ryu** (2022), no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, revelou que, apesar da recomendação expressa do Conselho Nacional de Justiça em se observar a excepcionalidade da prisão preventiva em contexto pandêmico, apenas 6% dos HC impetrados com esse objeto foram concedidos. Outra pesquisa empírica, essa concentrada na cidade de Franca, revelou a resistência dos magistrados em aplicar as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão e, quando o fazem, não é como real alternativa à prisão, mas sim à liberdade. Em três meses de análise relativa ao crime de furto, descobriu-se que a liberdade incondicionada era aplicada em apenas 14% dos casos. Nos 86% restantes, ou foi decretada prisão preventiva (40% dos casos) ou medida cautelar alternativa (46% dos casos) sendo que a retórica da ordem pública foi utilizada em grande parte das fundamentações (MENEZES; BORGES, 2017).

O Conselho Nacional de Justiça tem promovido constantes

pesquisas para avaliar a mudança de cultura na aplicação de medidas cautelares alternativas. Em conjunto com o Instituto de Direito de Defesa, constatou que, embora a efetividade da Lei 12.403/2011 estivesse aquém do desejado, a implantação da audiência de custódia teria evitado uma conversão de quase 100% das prisões em flagrante em preventivas. As medidas cautelares alternativas são pouco utilizadas e, quando o são, é comum serem impostas em casos autorizadores da “liberdade provisória” de forma irrestrita, ou seja, os direitos fundamentais continuam sendo indevidamente atingidos.<sup>4</sup> A irracionalidade desse tipo de postura salta aos olhos quando se constata que em: “37,2% dos casos pesquisados em que os réus estiveram presos provisoriamente não houve condenação à prisão ao final do processo” (BRASIL, 2020, p. 8). Isso significa que não há proporcionalidade entre a medida cautelar e o resultado final do processo.

Circunstâncias que permitiriam a liberdade pura e simples ou uma medida cautelar antes da Lei 12.403/2011 passaram a ensejar a concessão da liberdade com uma cautelar diversa da prisão. É a inversão da lógica da liberdade incondicionada como regra para a perpetuação de uma mentalidade conservadora que institucionaliza a ideia de medidas cautelar sucessivas à prisão ao invés de alternativas.

Toda essa conjuntura dá razão a **Figueiredo Dias** (2011, p. 111) quando afirma que “nosso problema não se radica tanto em questões de gnose quanto de poiese, não tanto de conhecimento e entendimento quanto de comportamento e ação”. Apenas um esforço de mudança de cultura institucional permitirá que consigamos sair do “estado de coisas inconstitucional” sem migrar para um estado de supervigilância. É preciso olhar pelo retrovisor para corrigirmos as rotas e trilharmos melhores caminhos adiante, rumo a um sistema criminal menos violento.

## Notas

- <sup>1</sup> Este texto foi inspirado na preparação para a aula didática por mim apresentada como etapa do Processo Seletivo para Professor Doutor no Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco no dia 19 de maio de 2023. Algumas ideias aqui presentes foram objeto de construção dialógica com Bruno Salles Pereira Ribeiro, a quem menciono por agradecimento citando um verso de uma canção: “Valeu por você existir, amigo”.
- <sup>2</sup> “O poder geral de cautela, assim, nada mais é do que a possibilidade, para os que nele confiam, de que o magistrado se utilize de medidas cautelares inominadas (não previstas em lei) para a segurança processual. Ou seja, poderá o juiz — sempre fundamentadamente (presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*)

— aplicar uma medida que entenda cabível, ainda que não prevista em lei” (CASTRO, 2017, p. 700).

<sup>3</sup> Disponível em: [https://www.gov.br/senapp/pt-br/servicos/sisdepen\\_tabelas\\_de\\_informacoes\\_gerais\\_consulta\\_efetuada\\_em\\_28\\_de\\_junho\\_de\\_2023\\_por\\_meio\\_do\\_link\\_especifico](https://www.gov.br/senapp/pt-br/servicos/sisdepen_tabelas_de_informacoes_gerais_consulta_efetuada_em_28_de_junho_de_2023_por_meio_do_link_especifico): <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiMTQ2ZDc4NDAtODE5OS00ODZmLThlYTETyZl4YTk0MTc2MzJkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTIiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection045531d3591996c70bde>.

<sup>4</sup> Em São Paulo, entre fevereiro de 2015 e março de 2016, apenas 0,32% dos casos teve a liberdade concedida sem aplicação de nenhuma cautelar (BRASIL, 2020).

## Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BRANDÃO, Cláudio. *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*. 2. ed. 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Guia de formação em alternativas penais III: Medidas cautelares diversas da prisão* / Departamento Penitenciário Nacional, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/guia-de-formacao-em-alternativas-penais-III-medidas-cautelares-diversas-da-prisao\\_eletronico.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/guia-de-formacao-em-alternativas-penais-III-medidas-cautelares-diversas-da-prisao_eletronico.pdf). Acesso em: 28 jun. 2023.
- CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 2, p. 691-716, 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.60>
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: O fim do Estado de Direito ou um novo princípio*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.
- MENEZES, Gustavo Lelles; BORGES, Paulo César Corrêa. Prisão preventiva e medidas cautelares alternativas: uma análise dos reflexos da Lei 12.403/11 na comarca de Franca-SP. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 21, n. 34, p. 351-377, 2017. <https://doi.org/10.22171/rejv21i34.2992>
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORAES, Maurício Zanoide de. Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. In: VAZ, Denise Provasi et al. (Orgs.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo, LiberArs, 2017, p. 289-313.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Processo criminal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- RYU, Daiana Santos. Encarceramento provisório na pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2) na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: prisão preventiva como *ultima ratio*? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 1, p. 443-486, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.628>
- SERRANO, Nicolas González-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

Autora convidada