

A Cognição individualizada na decretação das medidas cautelares diversas da prisão¹

Aline Aparecida de Miranda

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – Turma XLIV.
Advogada.

Resumo - A partir da alteração do teor de dispositivos constantes do Código de Processo Penal, a Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, inovou na órbita processual penal ao instituir o regime jurídico das medidas cautelares diversas da prisão. Nesse sentido, proporcionou amparo legal ao magistrado para que, em se fazendo necessária, estabeleça em desfavor do acusado ou indiciado medida assecuratória, a ser eleita dentre o vasto rol disposto no artigo 319, somado ao artigo 320, ambos do CPP.

Por atingir diretamente a liberdade do indivíduo, mister seja motivada a decisão judicial referente, construída, com os devidos fundamentos, a partir do caso em concreto que se vislumbrar.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Lei n. 12.403/11; medidas cautelares pessoais; restrição à liberdade; cognição individualizada; motivação.

¹ Temática abordada no III Congresso Jurídico-Científico, promovido pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, em 2012.

INTRODUÇÃO

A serem aplicadas durante a investigação policial ou na seara do processo penal, caso se façam necessárias, as medidas cautelares diversas da prisão, então previstas no Código de Processo Penal, restringem, em diferentes graus, a liberdade do indiciado ou acusado.

Resta analisar a essencialidade da decisão judicial que adote uma ou outra delas (ou, ainda, em combinação, mais de uma), a fim de que a restrição do bem maior do indivíduo encontre o devido espeque constitucional e legal.

MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

A Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, ao alterar disposições do Código de Processo Penal, instituiu no ordenamento pátrio o regime jurídico das medidas cautelares pessoais alternativas, cujo escopo se resume em assegurar a aplicação da lei penal, garantir a investigação ou instrução criminal, ou, ainda, evitar a prática de infrações penais.

Pautadas em diferentes graus de reserva da liberdade do indivíduo, elas se consubstanciam num rol de instrumentos assecuratórios diversos da prisão preventiva, de modo a tornar subsidiária a aplicação desta.

Conforme observação de Antonio Scarance Fernandes, a partir da adoção das medidas cautelares alternativas à prisão, mudou-se completamente o foco central da cautelaridade, antes centrado na liberdade provisória com ou sem fiança². É que, ao invés de estar adstrito a adotar tais medidas, caso a prisão preventiva não se mostre estrita-

mente necessária, o magistrado, agora, busca casuisticamente, num rol vasto de possibilidades, a de maior idoneidade, que resulte na menor restrição de direitos do indiciado ou acusado. Permite-se, além disso, optar-se pela aplicação isolada ou cumulativa das vias assecuratórias³.

Como é cediço, a legalidade e a taxatividade são ínsitas ao processo penal, e, por tal razão, inadmite-se, nessa órbita, o poder geral de cautela. Logo, diante da indispensável previsão legal, as espécies das medidas cautelares pessoais restaram designadas, expressamente, nos incisos do artigo 319 do CPP, quais sejam:

- 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

³ Código de Processo Penal, art. 282, §1º. As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

² FERNANDES, 2012: 323.

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.

Ademais, da leitura do artigo 320 do mesmo diploma, exsurge como mais uma medida cautelar a proibição de ausentar-se do País, inclusive com a exigência ao acusado da entrega de seu passaporte.

COGNIÇÃO INDIVIDUALIZADA E APLICABILIDADE

No que tange às diretrizes de aplicabilidade das medidas cautelares pessoais, dispostas no artigo 282 do Código de Processo Penal, vislumbra-se a imperiosa observação da necessidade e da adequação:

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

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

De plano, vale mencionar que o exame da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito (entendida como sopesamento ou ponderação), somados, constituem a proporcionalidade lato sensu⁴, elemento essencial e norteador das decisões judiciais.

Considerada tal premissa, deve o magistrado verificar, em cada caso, se a aplicabilidade de medida cautelar mostra-se devesa necessária, conforme preceitua a lei, valendo-se, inclusive, da aferição de existência dos pressupostos positivos correspondentes a *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*:

Ainda que inexista previsão legal expressa, a decretação de qualquer medida alternativa à prisão preventiva exige a presença do *pressuposto positivo* do *fumus comissi delicti*, consistente na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Ressalte-se que a intensidade de elementos probatórios exigidos para que o juiz se convença da existência de um crime e da probabilidade da autoria delitiva para as medidas do art. 319 e 320 do CPP é a mesma exigida para a prisão preventiva. Para a decretação das medidas alternativas à prisão também é necessário ao pressuposto

⁴ MORAES, 2010: 313.

positivo se some ao menos uma hipótese de *periculum libertatis*. As medidas alternativas à prisão dos incs. I, III, V, VIII e IX do *caput* do art. 319 e a do art. 320 do CPP poderão ser decretadas quando necessárias “para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal” (CPP, art. 282, *caput*, inc. I, 1ª parte). Para a medida de proibição de ausentar-se da comarca é prevista somente a finalidade de cautela probatória ou instrumental (CPP, art. 319, *caput*, IV). Finalmente, em relação às medidas alternativas dos incs. II, VI e VII do *caput* do art. 319, o legislador, observando a exigência da parte final do inc. I do *caput* do art. 282, expressamente previu que poderão ser decretadas para evitar a reiteração criminosa⁵.

Ato contínuo, caso vislumbre-se a necessidade, o foco converge à eleição da medida, desta feita sob a perspectiva da adequação. Pauta-se, então, na gravidade do crime, nas circunstâncias do fato e nas condições pessoais do indivíduo.

Manifesta a imprescindibilidade da individualização no procedimento cognitivo que dê esboço à imposição da medida. Incabível, nesse sentido, a rotulação de aplicabilidade das medidas cautelares atrelada diretamente a determinados crimes, por exemplo, por restarem estabelecidas em parâmetros gerais.

Ora, essencial ao exame da idoneidade do meio é a preponderância do exame casuístico da restrição do direito fundamental em face de uma pessoa específica, notadamente no processo penal⁶:

⁵ BADARÓ, 2011: 218/219.

⁶ MORAES, 2010: 324.

O exame da adequação deve ser feito de modo individualizado a cada cidadão titular do direito a ser restringido. O sujeito passivo da medida restritiva deve ser identificado e suas características devem ser consideradas no exame da idoneidade do meio tanto no instante que se requer a medida, quanto no da decisão que a julgue (deferindo-a ou não). A não individualização geraria uma maior dificuldade no instante de se avaliar a idoneidade da medida requerida. Ainda integra a preocupação do aspecto subjetivo, na avaliação da idoneidade, que a medida seja determinada em face de uma pessoa certa, não seja estendida a outrem sem um novo exame de proporcionalidade (em todos os seus pressupostos e requisitos) e, também, que uma medida não seja indeferida para uma determinada pessoa porque se mostra inidônea em face de outra⁷.

Vale-se Antonio Magalhaes Gomes Filho de observação consoante:

Finalmente, é preciso observar que a justificação sobre a presença das apontadas exigências cautelares deve ser individualizada, sempre que houver mais de um acusado no mesmo processo, levando-se em conta as condições pessoais de cada um deles na constatação do “*periculum libertatis*”. Seria de todo arbitrário, caracterizando absoluta falta de motivação, indicar globalmente uma situação que autorize a prisão de vários acusados, sem consignar os dados in-

⁷ MORAES, 2010: 324/325.

dividuais que indicam a necessidade da segregação⁸.

Logo, “necessária que seja e se mostre a intervenção cautelar pessoal, deverá ela ser também adequada às condições pessoais do agente, segundo um critério de proporção entre o crime e a cautelar imposta”⁹.

A cognição individualizada, cogente à aplicabilidade das medidas cautelares, revela-se, dessa forma, como verdadeiro axioma, cuja externalização sobrevém no fundamento da respectiva decisão judicial.

MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Ainda que as medidas cautelares pessoais sejam menos gravosas que a prisão, implicam diretamente num constrangimento à liberdade do indivíduo. Revestem-se, portanto, igualmente, de excepcionalidade.

E, sobretudo por se tratar esta de direito fundamental, com assento no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, sua restrição, para não se tornar violação, deve encontrar respaldo no próprio texto constitucional, consubstanciado, então, na fundamentação da decisão judicial, conforme preceitua o artigo 93, IX, da CR/88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Saliente-se que “as expressões *motivação* e *fundamentação* propõem idêntico sentido, pois motivar ou fundamentar é fornecer os *motivos*, os *fundamentos*, as *razões*, ou seja, os

alicerces, as *linhas*, as *bases* que sustentam a decisão”¹⁰.

Segundo Mauricio Zanoide de Moraes,

Uma intervenção estatal na área processual penal somente poderá ocorrer com lei e finalidade constitucionais e quem verificará essa ocorrência, tanto no plano abstrato do exame da (in)constitucionalidade da norma quanto no plano concreto da sua aplicabilidade casuística, será uma autoridade judiciária constitucionalmente competente e por meio de uma decisão motivada¹¹.

Ou seja, a decretação de medida cautelar, como qualquer outra decisão judicial de caráter decisório, deve ser fundamentada, consubstanciada sua motivação na análise particularizada do caso concreto (explorada alhures), afastando-se, por conseguinte, de qualquer arbítrio ou aplicação indiscriminada:

A sumariedade ou superficialidade da cognição, característica da tutela preventiva, não se confunde com o arbítrio ou qualquer forma de automatismo, especialmente no que se refere aos provimentos cautelares que importem em restrição ao direito de liberdade¹².

Logo se vê que não é possível conceber a aplicação indiscriminada destas novas medidas cautelares, que, embora não privativas de liberdade, determinam obrigações ou sérias restrições a direitos constitucionalmente assegurados. São medidas constritivas ou restritivas de direitos,

⁸ GOMES FILHO, 2001: 225/226.

⁹ FISCHER, 2012: 542.

¹⁰ BOSCHI, 2010: 397.

¹¹ MORAES, 2010: 321.

¹² GOMES FILHO, 2011: 30.

e exatamente por isso de imposição excepcional, como toda e qualquer restrição cautelar¹³.

Pode-se, inclusive, considerar a motivação um dos princípios gerais das medidas cautelares¹⁴. Para Gustavo Henrique Badaró, ela está, ademais, além da qualidade de garantia individual, ante sua inerência à função jurisdicional propriamente dita:

A garantia da motivação vem estabelecida na disciplina do Poder Judiciário, e não no capítulo dos direitos e garantias individuais, em que está a grande maioria das garantias processuais. Muito mais que uma garantia individual das partes, a motivação das decisões judiciais é uma exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional¹⁵.

Sendo a exigência de motivação indubitável a todas as decisões relevantes do processo, quanto mais é às que afetem direitos individuais¹⁶. Perante tamanho valor, sua ausência configura nulidade insanável¹⁷.

É importante frisar que a previsão, em sede constitucional, do dever de fundamentar qualifica sobremaneira a importância original dessa garantia, fazendo-a transbordar seus efeitos – inicialmente dirigidos à parte atingida pelo julgado, enquanto mecanismo de instrumentalização de seu direito a recurso – para o campo maior do controle externo e geral sobre o próprio funcionamento

e atuação legítima dos mecanismos formais de prestação de justiça, em todas as suas esferas decisórias, seja a matéria passível ou não de recurso¹⁸.

No plano processual, a motivação revela o seu valor fundamental, que é o de assegurar a efetividade da *cognição judicial*, ou seja, a concreta apreciação das questões de direito e de fato discutidas no processo, impedindo assim que as decisões constituam produto da vontade pessoal do juiz¹⁹.

Assim, por conferir “transparência” à decisão judicial, além de esclarecer ao indivíduo o que substanciou a restrição de seu direito, a motivação permite, em homenagem à soberania popular, um controle difuso sobre o modo pelo qual o juiz administra a justiça.²⁰ Por mostrar-se terreno de esclarecimentos e questionamentos, mostra-se patente sua vinculação à ampla defesa, de assento no artigo 5º, LV, da Constituição da República.

Deve-se observar, todavia, que, para atender à finalidade inspiradora de sua exigência constitucional, a motivação deve ser clara, coerente e completa²¹. Segundo Gustavo Badaró, com relação ao conteúdo mínimo da motivação, ela compreende:

(1) o enunciado das escolhas do juiz com relação: (1.1) à individuação das normas aplicáveis; (1.2) à análise dos fatos; (1.3) à qualificação jurídica dos fatos; (1.4) às consequências jurídicas desta qualificação; (2) aos nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados²².

¹³ MARCÃO, 2011: 332/333.

¹⁴ LOPES JUNIOR, 2011:122.

¹⁵ BADARÓ, 2008: 18/19.

¹⁶ FERNANDES, 202: 128.

¹⁷ TUCCI, 2011: 200/201.

¹⁸ AGRA, 2009: 1191.

¹⁹ GOMES FILHO, 2001: 241.

²⁰ BADARÓ, 2008: 19.

²¹ FERNANDES, 2012: 130.

²² BADARÓ, 2008: 303

É por meio da motivação que o juiz exterioriza o desenvolvimento do seu raciocínio para chegar à conclusão, ou seja, as razões que o levaram a decidir desta ou daquela maneira²³. Trata-se do resultado da equação entre a previsão legal e o que se revelar casuisticamente.

E foi por reconhecer como imperiosa a construção particularizada da motivação, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 231.817/SP, aos 23 de abril de 2013, sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi, determinou que o Tribunal prolator de decisão que decretara medida cautelar pessoal diversa da prisão, apresentasse a devida fundamentação, de forma individualizada, sobre a necessidade e adequação da imposição de cada uma das medidas adotadas:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA PELO TRIBUNAL A QUO A CORRÉU PRESO EM FLAGRANTE. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO PACIENTE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO INDIVIDUALIZADA A JUSTIFICAR A APLICAÇÃO DAS MESMAS MEDIDAS AO ACUSADO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA COMPATIBILIDADE DE CADA UMA DELAS COM AS SUAS CONDIÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS E PESSOAIS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRI-

CA. MANIFESTA VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 93, INCISO IX, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. As medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, ainda que sejam mais favoráveis ao acusado em relação à decretação da prisão, representam um constrangimento à liberdade individual, razão pela qual necessária a devida fundamentação para a imposição de qualquer uma das alternativas à segregação, de acordo com o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

2. Constatada a falta de fundamentação da decisão objurgada em relação ao paciente, em manifesta violação ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, já que não foi apresentada motivação a justificar a extensão ao paciente das mesmas medidas cautelares impostas a um dos corréus e tampouco demonstrada a compatibilidade de cada uma delas com as suas condições fático-processuais e pessoais, a gravidade do crime e as circunstâncias específicas do fato delituoso, na forma como lhe é assestado, evidenciado o constrangimento ilegal suportado, a ensejar a atuação desta Corte de Justiça.

3. Ordem parcialmente concedida, para determinar que o Tribunal impetrado apresente a devida fundamentação, de forma individualizada, sobre a necessidade e adequação da imposição ao paciente de cada uma das medidas cautelares a ele estendidas.

²³ TOURINHO FILHO, 2012: 349.

Reconheceu, portanto, o Superior Tribunal de Justiça o constrangimento ilegal por violação ao disposto no artigo 93, IX, da CR/88, em razão da ausência de motivação concreta à extensão ao indivíduo das mesmas medidas cautelares impostas a outro réu. Mesmo porque sequer fora “demonstrada a compatibilidade de cada uma delas com as suas condições pessoais, a gravidade do crime e as circunstâncias específicas do fato delituoso, na forma como lhe é assestado”.

CONCLUSÃO

Ao fixar critérios de aplicabilidade das medidas cautelares no artigo 282 do Código de Processo Penal, o legislador reiterou o caráter imprescindível da motivação das decisões judiciais, bem como do exame individualizado do caso concreto, elementares, sobretudo, ao devido processo penal.

Homenageando-se direitos e garantias consagrados na órbita constitucional, afastadas foram, notadamente, decisões arbi-

trárias, desarrazoadas e genéricas. É que, a partir da fixação de parâmetros certos, consubstanciados na finalidade precisa da medida (*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*) e no estudo casuístico do cenário (*adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado*), deriva a imprescindibilidade do procedimento cognitivo particularizado externado.

Mantém-se em vista, destarte, o escopo de afastar a violação do direito à liberdade, garantido na Constituição da República, em seu artigo 5º, *caput*, admitindo-se, quando muito, em peculiares situações abarcadas pelo texto legal, sua restrição.

Elementar, portanto, a exigibilidade da cognição individualizada, na decretação das medidas cautelares diversas da prisão, sob a ótica dos valores ínsitos ao Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil.

BIBLIOGRAFIA

1. AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
2. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
3. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; FERNANDES, Org. GOMES FILHO, Antonio Magalhães; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PRADO, Geraldo. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentário à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
4. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
5. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
6. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
7. FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
8. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
9. LOPES JUNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
10. MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011.
11. 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.
12. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.
13. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.