

Eletrônico



**Estratégia**  
CONCURSOS

Pacotes

Curso Demonstrativo Procuradoria

# Sumário

1. Tutelas e medidas cautelares.....	3
1.1 <i>Previsão e modalidades</i> .....	5
1.2 <i>Lei nº 12.403/2011 - superação da bipolaridade</i> .....	7
1.2.1 Formas de aplicação .....	9
1.3 <i>Princípios relacionados com as medidas cautelares</i> .....	11
1.3.1 Princípio da necessidade .....	11
1.3.2 Princípio da duração razoável do processo .....	15
1.3.3 Princípio da jurisdicionalidade.....	17
1.3.4 Proporcionalidade – vedação da proteção deficiente.....	20
Doutrina complementar .....	24
Jurisprudência pertinente.....	26
1.4 <i>Características das medidas cautelares</i> .....	27
1.5 <i>Pressupostos genéricos</i> .....	32
1.5.1 <i>Fumus comissi delicti</i> .....	33
1.5.2 <i>Periculum libertatis</i> .....	35
Doutrina complementar .....	39
1.6 <i>Procedimento - parágrafos do art. 282 do CPP</i> .....	41
1.6.1 Aplicação isolada ou cumulativa .....	41
1.6.2 Legitimidade .....	42
1.6.3 Contraditório .....	47
1.6.4 Descumprimento .....	49
1.6.5 Revogação.....	52
1.6.6 Preferência .....	53
1.6.7 Admissibilidade.....	55
Doutrina complementar .....	56
Jurisprudência pertinente.....	57
1.7 <i>Recursos cabíveis</i> .....	58
1.7.1 Por parte da acusação .....	58
1.7.2 Por parte da defesa .....	59
1.8 <i>Detração</i> .....	60
1.9 <i>Síntese conclusiva</i> .....	62
2. Medidas cautelares diversas .....	64
2.1 <i>Comparecimento periódico em juízo</i> .....	64
Doutrina complementar .....	65
2.2 <i>Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares</i> .....	67
Doutrina complementar .....	68
2.3 <i>Proibição de manter contato com pessoa determinada</i> .....	70
Doutrina complementar .....	73
2.4 <i>Proibição de ausentar-se da comarca</i> .....	75
Doutrina complementar .....	77
2.5 <i>Recolhimento domiciliar</i> .....	79
Doutrina complementar .....	80
2.6 <i>Suspensão do exercício de função ou atividade</i> .....	82
Doutrina complementar .....	87
2.7 <i>Internação provisória</i> .....	89
Doutrina complementar .....	92
2.8 <i>Fiança</i> .....	93
Doutrina complementar .....	93
2.9 <i>Monitoração eletrônica</i> .....	95
Doutrina complementar .....	97



2.10 Poder geral de cautela no processo penal .....	100
2.11 Manual prático de decisões penais .....	103
Jurisprudência pertinente.....	104
3. Referências bibliográficas .....	109
4. Questões .....	112
4.1 Questões com comentários .....	112
4.2 Questões sem comentários .....	121
4.3 Gabarito .....	124
5. Resumo.....	125
5.1 Tutelas e medidas cautelares .....	125
5.2 Medidas cautelares em espécie .....	128



# 1. TUTELAS E MEDIDAS CAUTELARES

O termo tutela provém do latim, de *tueri* (proteger); essencialmente por ele se entende a proteção, a assistência instituída em benefício de alguém. O termo cautela, na terminologia jurídica, possui o significado de precaução; é a “justa prevenção ou a ponderada diligência, que se emprega [...]” (Silva, 2005).

Juntando essas noções (da etimologia), podemos compreender, sinteticamente, que **tutela cautelar jurisdicional** corresponde a uma justa precaução que se toma, a nível de administração da justiça (*jurisdictio*), para proteção dos jurisdicionados.

A *tutela jurisdicional* – que é a proteção/salvaguarda dos direitos implementada pelo Poder Judiciário – pode se dar em provimentos finais, como nas sentenças, como também pode acontecer antecipadamente, de forma *cautelar*, como ocorre na concessão de uma liminar (quando há urgência), por exemplo.

Teremos *tutela cautelar jurisdicional*, portanto, quando, diante da urgência de um caso concreto, não se podendo esperar até o provimento final (o desenrolar do procedimento), o juiz antecipa, concede ou determina alguma medida de proteção, em caráter preventivo, para evitar o perecimento de direitos ou a ineficácia/inutilidade/inefetividade da resolução que se espera com a sentença.

Essa tutela se realiza concretamente, nos mais variados casos, através de determinadas ‘medidas’ de ordem prática e muitas vezes nominadas em lei; daí se falar em medidas cautelares. Um arresto, por exemplo, é uma *medida* que o juiz pode determinar implementando a *tutela cautelar*.

A *tutela cautelar jurisdicional* e as *medidas cautelares* são normatizadas, estudadas e aplicadas nos mais variados ramos do Direito Processual, justamente porque estão, de um modo geral, diretamente relacionadas com o tempo ou a duração dos processos. A *tutela cautelar* funciona como uma espécie de ‘remédio’, de antídoto para o ‘mal’ que se espera com o inerente tempo do processo.

No processo civil que o instituto da tutela cautelar sempre foi mais bem estruturado e disciplinado. Lá já tivemos os chamados *processos cautelares*, com toda a autonomia que um verdadeiro processo tem. Com o novo Código de Processo Civil o processo cautelar autônomo, como uma categoria própria (diferente e fora do processo de conhecimento), deixou de existir. Hoje, no processo civil, temos apenas as *tutelas provisórias*, que até podem ter natureza cautelar, mas não constituem um verdadeiro processo. Eliminou-se o Livro III (que tratava do processo cautelar) e a disciplina da tutela provisória consta do Livro V. A lei agrupou sob o gênero *provisória*, tanto as tutelas satisfativas/antecipatórias quanto as cautelares. Vejamos o primeiro artigo do Livro V no Código de Processo Civil, apenas para retratar essa mudança:

Art. 294. A **tutela provisória** pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, **pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental**.

Não obstante a inexistência de uma normatização estruturada, como o tempo é fator importantíssimo inclusive no processo penal, aqui também temos a tutela cautelar ou as chamadas *medidas cautelares*.



[...] o tempo é inerente ao processo e, mais especificamente, ao procedimento. Durante a tramitação procedimental é intuitivo que haverá um lapso temporal, dentro do qual é possível que haja alterações fáticas que venham a comprometer o resultado final do processo. No processo penal, este risco pode ser trazido sobretudo pela liberdade do acusado, que poderá comprometer interesses relevantes ao longo do processo, seja destruindo fontes de provas, ameaçando testemunhas, fugindo ou, ainda, continuando a praticar delitos. Justamente consciente desse risco é que o legislador processual estabelece medidas que sejam aptas a evitar que o processo, quando chegue ao seu fim, seja inútil. Busca-se, por meio das medidas e procedimentos cautelares, assegurar o resultado útil de um processo de conhecimento e de execução. Para tanto, são estabelecidas medidas cautelares, com o intuito de proteger e acautelar, durante o processo, bens jurídicos contra os perigos do tempo e, especialmente, contra a ação do investigado ou do réu (Mendonça, 2011).

Da mesma forma que no processo civil (como percebemos pelo parágrafo único do art. 294 do CPC), no processo penal também as providências cautelares são determinadas em caráter antecedente (sem que haja uma ação penal, em fase de investigação) ou incidental (durante o andamento de um processo).

A *tutela cautelar* está dentro da ampla atividade que o Estado exerce (e dela não se pode eximir) na proteção de direitos e garantias, bens e interesses sociais ou individuais; é “expressão da própria coerção estatal”.

Quando o legislador estabeleceu as medidas cautelares no processo penal, o fez para a proteção de bens jurídicos relevantes, seja para o processo (intraprocessuais) ou da sociedade (extra ou metaprocessuais). É expressão da própria **coerção estatal**, entendida, segundo JULIO B. MAIER, como o uso de seu poder, de acordo com a lei, para restringir certas liberdades ou faculdades das pessoas, com o objetivo de alcançar um fim determinado. As medidas cautelares se encontram dentro deste marco de exercício de coerção estatal (Mendonça, 2011).

Simplistamente, é só pensar assim: a *tutela cautelar* se justifica e se legitima (em maior ou menor grau) na exata medida em que o caso revela o direito e a situação concreta recomenda/exige a proteção judicial a bens ou interesses assegurados pelo ordenamento jurídico.

[...] em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.

Com efeito, de nada valeria, por exemplo, uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, se o acusado já tivesse se evadido do distrito da culpa; ou garantir à parte o direito de produzir determinada prova testemunhal se, ao tempo da instrução processual, essa testemunha já estivesse morta. É evidente, pois, que o processo penal precisa dispor de instrumentos e mecanismos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Afinal, como advertiu CALAMADREI, sem a cautela ter-se-ia um remédio longamente elaborado para um doente já morto.

Daí a importância da tutela cautelar no processo penal, a qual é prestada independentemente do exercício de uma ação dessa natureza, que daria origem a um processo cautelar com base procedimental própria, mas sim através de medidas cautelares que podem ser concedidas durante toda a persecução penal, seja na fase investigatória, seja no curso do processo. Essas medidas cautelares inserem-se nas restrições reclamadas pelo Estado Democrático de Direito à coerção para assegurar a finalidade do processo (Lima, 2018).

Não é incomum que no ‘terreno’ das medidas cautelares (especialmente com relação às prisões) haja muita discussão e controvérsia doutrinária. Vemos isso todo dia, principalmente em operações e processos de repercussão (*Lava Jato*, por exemplo). Ora, é “na análise das medidas cautelares penais que se verificará de maneira mais incisiva o conflito e a tensão entre os próprios fins do processo penal. De um lado, a busca por eficiência e a necessidade de aplicação do direito penal, que tutela os bens jurídicos mais relevantes da sociedade. Por outro, a proteção e a garantia aos direitos do acusado”.

Se, ao longo do processo penal, este conflito e esta tensão estarão sempre presentes, no capítulo das medidas cautelares penais isto se potencializa. Realmente, as medidas cautelares privam o sujeito de bens jurídicos relevantes e fundamentais – às vezes, até a própria liberdade –, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória e enquanto ainda não se emitiu um juízo de cognição profundo sobre a culpabilidade. Justamente por isso, há sempre um potencial risco de se privar direitos ou a liberdade de um inocente. Porém, como afirmam RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, “ao risco de ser privado de liberdade de forma irreparável um arguido que vem a ser julgado inocente, corresponde um outro, antagônico, do Estado, em deixar em liberdade indivíduos sobre as quais há uma fundada suspeita de perigosidade”. Como afirma AURY LOPES JUNIOR, o grande problema das medidas cautelares é que “se não se adotam, corre-se o risco da impunidade, e se adotadas, criam o perigo da injustiça”.

De qualquer sorte, a prisão cautelar muitas vezes é fundamental para a própria eficiência do processo penal e, em última análise, da proteção de bens jurídicos estampados no próprio texto constitucional, seja da sociedade, seja de indivíduos concretos. No entanto, haverá sempre a busca de compatibilização de dois interesses contraditórios: o da necessidade da prisão e o da liberdade. Justamente com o intuito de melhor adequar estes interesses em princípio contraditórios é que a Lei 12.403/2011 veio disciplinar o capítulo das medidas cautelares pessoais no CPP (Mendonça, 2011).

Bem por isso, como destaca MADEIRA, extremos devem ser evitados. O norte para o processo penal deve ser “o máximo de eficiência com o máximo de garantismo” (ALBERTO BINDER).

## 1.1 PREVISÃO E MODALIDADES

As medidas cautelares estão previstas, de forma não sistemática, em várias partes do Código de Processo Penal, “podendo ser encontradas tanto no título que versa sobre provas, como também no título pertinente à prisão, às medidas cautelares e à liberdade provisória (nova denominação do Título IX do Livro I do CPP), ou, ainda, dentre os incidentes relativos às medidas assecuratórias”.



Além dessas medidas cautelares, também não podemos nos esquecer das chamadas medidas de contracautela, as quais visam à eliminação do dano provocado pela concessão da medida cautelar, funcionando como uma espécie de antídoto em relação às medidas cautelares, tal como acontece com a prisão em flagrante legal, que tem como substitutivo a liberdade provisória, com ou sem fiança. É bem verdade que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, o legislador procurou dar uma nova disciplina às medidas cautelares no processo penal, porém tais modificações atingiram apenas os provimentos cautelares relativos à liberdade de locomoção do agente (Lima, 2018).

Basicamente, as medidas cautelares no processo penal, conforme a natureza do provimento, podem ser *reais/patrimoniais*, *personais* ou *probatórias* (relativas a provas). A relativa estruturação operada pela Lei 12.403/2011 no Código de Processo Penal atingiu somente as medidas cautelares de natureza pessoal. Devemos compreender, então, essas modalidades<sup>1</sup> de medidas cautelares:

**Reais/patrimoniais:** se referem a bens, visam à reparação do dano e também assegurar o futuro perdimento, “recaindo sobre o patrimônio lícito do réu ou sobre o produto ou proveito do crime” (Mendonça, 2011).

Como exemplos, podemos citar as medidas assecuratórias dispostas entre os artigos 125 e 144 do estatuto processual penal (sequestro, arresto e hipoteca legal), e a restituição de coisas apreendidas, prevista nos arts. 118 a 124 do CPP, quando requerida e deferida pelo juiz. Quanto a esta última, é bem verdade que a apreensão de coisas, prevista no art. 6º, I e II, do CPP, não tem a natureza estrita de medida cautelar, por se tratar de mera medida assecuratória administrativa. Porém, a restituição de coisas apreendidas, mormente quando pleiteada em juízo, funciona como medida cautelar (ou contracautela patrimonial), pois é o instrumento de que se utiliza o interessado para reincorporar ao seu patrimônio os bens apreendidos no processo (Lima, 2018).

**Probatórias:** são relativas a provas, evitando a destruição ou o perecimento delas; visam acautelar elementos probatórios, para que não se percam e possam ser utilizados e valorados no momento oportuno.

A título de exemplo, podemos citar a busca domiciliar (e pessoal), prevista nos arts. 240 e seguintes do CPP, assim como a produção antecipada de prova testemunhal, disposta no art. 225 do CPP, também conhecida como depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, que também está prevista no art. 366 do CPP. Outro bom exemplo de medida cautelar probatória consta do art. 19-A, parágrafo único, da Lei nº 9.807/99, com redação dada pela Lei nº 12.483/11, que passou a prever que, qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará

---

<sup>1</sup> Não confundir com as ‘espécies’ previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos na referida Lei (Lima, 2018).

**Pessoais:** atingem a liberdade ou a pessoa do réu ou investigado, de algum modo impondo limitações ou restrições a seus direitos. “Dentre essas medidas cautelares, fala-se em medidas privativas de liberdade e de medidas limitativas de direitos, segundo opere a privação, temporária e excepcional, da liberdade e do direito de ir e vir, ou estabeleçam certas restrições a direitos do acusado” (Mendonça, 2011).

[...] são aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela, ora em maior grau de intensidade (v.g., prisão preventiva, temporária), ora com menor lesividade (v.g., medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP) (Lima, 2018).

medidas cautelares

reais/patrimoniais

probatórias

pessoais

## 1.2 LEI Nº 12.403/2011 - SUPERAÇÃO DA BIPOLARIDADE

Desde o advento do Código de Processo Penal (1941), até 2011, convivíamos em um sistema *bipolar*, com uma velha dicotomia codificada entre prisão ou liberdade. Qualquer réu ou investigado não poderia se encontrar em outra condição processual (que não fosse uma dessas) e a única medida cautelar pessoal legalmente concebida era a prisão (em menor medida a fiança). Antes havia um único ‘remédio’ para todos os males e necessidades processuais: *prisão*. Agora existe um leque de medidas intermediárias entre a prisão e a liberdade incondicionada. Outrora era ‘tudo ou nada’, ‘oito ou oitenta’.

A Lei 12.403/2011 alterou essa lógica maniqueísta e modificou todo o capítulo I do tít. IX do CPP, inclusive o nome (veja o índice sistemático). Criaram-se várias outras medidas cautelares (em lei nominadas - arts. 319 e 320 do CPP) e a prisão passou a constituir a medida mais residual, a chamada última *ratio*, absolutamente subsidiária (numa escala de gravidade) e excepcional, só aplicável quando nenhuma outra medida fosse suficiente e adequada.

Na disciplina do Código de Processo Penal de 1941, duas eram as condições a que poderia estar submetido o agente no curso da investigação criminal e no decorrer do processo penal: sob *prisão provisória* ou em *liberdade*.

Com as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011, este sistema foi abandonado, dando lugar a outro, polímorfo, que se caracteriza pela **multicautela**, na medida em que submete o imputado a um terceiro *status*, que não implica prisão e, ao mesmo tempo, não importa em liberdade total: trata-se da sua sujeição às medidas cautelares diversas da prisão, que se encontram listadas nos arts. 319 e 320 do CPP:

Em síntese, correto deduzir que, após a vigência da reforma processual ditada pela Lei 12.403/2011, o indivíduo submetido a uma investigação criminal ou que responde a um processo judicial poderá estar sujeito a três tratamentos distintos: *sujeição a medidas cautelares diversas*

da prisão (arts. 319 e 320), prisão provisória ou aguardar em liberdade o desiderato da demanda criminal (Avena, 2017).

Não se criou nada que em outros países já não existisse<sup>2</sup>. Estabeleceram-se 10 outras medidas cautelares, nominadas nos arts. 319 e 320, ampliando-se significativamente o leque de possibilidades de tutela cautelar e viabilizando-se uma providência que seja mais ajustada ao caso concreto.



Essa mudança reflete tendência mundial consolidada pelas diretrizes fixadas nas Regras das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio, de 1990. Esta Declaração refletiu a percepção de que as medidas cautelares, notadamente as de natureza pessoal, por privarem o acusado de um de seus bens mais preciosos - a liberdade -, quando ainda não há decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal, devem possuir um caráter de *ultima ratio*, sendo utilizadas tão somente quando não for possível a adoção de outra medida cautelar menos gravosa, porém de igual eficácia. Além do menor custo pessoal e familiar dessas medidas cautelares diversas da prisão, o Estado também é beneficiado com a sua adoção, porquanto poupa vultosos recursos humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém no cárcere, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doenças infectocontagiosas, estigmatização, criminalização do preso, etc. [...]

Daí a importância da ampliação do leque de medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, proporcionando ao juiz a escolha da providência mais ajustada ao caso concreto. Em certas situações, a adoção dessas medidas pode inclusive evitar a decretação da prisão preventiva, porquanto o juiz pode nelas encontrar resposta suficiente para tutelar a eficácia do processo, sem necessidade de adoção da medida extrema do cárcere *ad custodiam* (Lima, 2018).

O art. 282 do CPP passa a ser o núcleo dessa nova sistemática e nele encontramos as diretrizes a serem observadas em toda e qualquer medida cautelar, inclusive na prisão (sim, porque as prisões provisórias também constituem medidas cautelares).

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

<sup>2</sup> Aliás, aproveitamos muito da reforma do CPP português que ocorreu no ano de 2007, com semelhança também para o modelo italiano.

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.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º 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, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, 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, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, 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.

§ 6º 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.

Enfim, estamos diante de novo paradigma. Agora, prisão só em último caso – somente quando, diante da *necessidade* da cautelar, nenhuma outra medida se mostrar *adequada*, no sentido de que seja suficiente para a tutela que se pretende.

Detalhe: os parágrafos segundo a sexto do art. 282 tiveram nova redação com o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019).

### 1.2.1 Formas de aplicação

Essencialmente, as medidas cautelares podem ser aplicadas de duas formas:

**Como instrumento de contracautela:** nessa situação a medida seria implementada como uma espécie de *contracautela* ao flagrante que aconteceu. Ou seja: o agente está preso em flagrante (isso já constitui uma



espécie de cautelar ou subcautela) e em substituição a essa medida (bastante drástica) a autoridade fixa outra (como *contracautela*, daí o nome), mais adequada e menos incisiva à prerrogativa de liberdade do sujeito. Isso acontece em observância ao art. 310 c/c o art. 321 do Código de Processo Penal:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei n<sup>o</sup> 13.964, de 2019) [...]

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Portanto, a medida cautelar que venha a ser decretada em substituição ao flagrante, atua como uma espécie de *contracautela*.

**Como instrumento cautelar:** nessa hipótese a medida cautelar é fixada para o sujeito que está em liberdade plena, está solto, sem que haja nenhum vínculo ou relação entre a providência que se estabelece (em caráter instrumental) e qualquer prisão.

**Exemplo:** numa determinada persecução penal o sujeito nunca foi preso antes; durante o andamento do processo o Ministério Público representa pela aplicação da medida cautelar prevista no art. 319, III do CPP (proibição de manter contato com pessoa determinada) – isso porque haveria indícios de que ele procuraria a vítima para, de alguma forma, constrangê-la; se o juiz aplicar essa ou qualquer outra, a providência estabelecida servirá como *instrumento cautelar* e não de *contracautela*.

Logo, não se pode querer restringir o uso das medidas cautelares tão somente às hipóteses de anterior prisão. Afinal, o *caput* do art. 319 do CPP não faz alusão à modalidade de prisão, limitando-se a indicar quais são as medidas cautelares diversas da prisão. Uma vez que os critérios a serem aplicados na escolha de todas as medidas cautelares de natureza pessoal previstas no Título IX do CPP são coincidentes, à exceção de alguns requisitos complementares para a prisão preventiva (art. 313), nada impede que, considerando a adequação da medida à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente, opte o magistrado por lhe impor uma ou mais das medidas cautelares diversas da prisão.

A vantagem quanto à aplicação autônoma dessas medidas cautelares é evidente, já que seus requisitos são menos exigentes quando comparados com os da prisão preventiva. Em outras palavras, com a entrada em vigor da Lei n<sup>o</sup> 12.403/11, persecuções penais em relação a infrações que, pela legislação pretérita, se encontravam desprovidas de providências acautelatórias, doravante poderão encontrar nas medidas cautelares diversas da prisão importantes instrumentos de tutela cautelar do processo (Lima, 2018).

A prisão preventiva, como veremos no momento oportuno, tornou-se, em tese, medida bastante criteriosa e de difícil enquadramento legal. Para começar, não serve para qualquer caso; antes de mais nada, para ser decretada precisa preencher pelo menos uma das suas hipóteses de admissibilidade (previstas, principalmente, no art. 313 do CPP). Assim, para as situações em que não couber a preventiva, a tutela poderá ser alcançada através de uma medida cautelar diversa da prisão.

A hipótese de admissibilidade da medida cautelar é bem mais abrangente, servindo para todos os casos em que haja cominação de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 283 do Código de Processo Penal:

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Como lembra BRASILEIRO, “por isso, no caso do art. 28 da Lei de Drogas - porte de drogas para consumo pessoal -, que não prevê pena privativa de liberdade, inexistente a possibilidade de imposição de qualquer medida cautelar” (Lima, 2018).

## 1.3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM AS MEDIDAS CAUTELARES

Dentre os vários princípios que regem o processo penal, existem alguns mais diretamente relacionados com as medidas cautelares pessoais – é disso que tratamos.

Além do princípio da *presunção de inocência* e da *proporcionalidade*, abordados quando tratamos dos princípios gerais do processo penal, existem outros, mais específicos ou especializados.

### 1.3.1 Princípio da necessidade

Boa parte da doutrina não trata a *necessidade* enquanto um princípio, de forma autônoma. Muitas vezes é mencionada como um requisito do princípio da proporcionalidade. Outras vezes, o princípio da necessidade ganha outros nomes e também é chamado: de *subsidiariedade*, *alternativa menos gravosa*, *menor ingerência possível*.

A palavra *necessidade* é referida no inciso I do art. 282 do CPP, com relação a qualquer medida cautelar.

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;

Em termos bem diretos, podemos compreender que o ‘princípio’ prega que as medidas cautelares (não só a prisão), de um modo geral, só podem ser aplicadas quando houver necessidade; quando a tutela e a interferência do Estado for, na situação concreta, imprescindível para resguardar bens ou interesses de relevância. Na exata medida em que a liberdade plena é a regra, qualquer restrição a ela deve ser interpretada como extraordinária e provisória.



Nesta linha, conclui-se que, relativamente ao **princípio da necessidade**, tanto a prisão preventiva quanto as medidas cautelares alternativas dos arts. 319 e 320 poderão ser aplicadas quando, efetivamente, revelarem-se necessárias para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de novas infrações penais, tal como externado no art. 282, I, do CPP (Avena, 2017).

Por esse princípio, somente se deve decretar uma medida cautelar “quando for imprescindível para a proteção de determinado bem jurídico tutelado. Nas palavras de CANOTILHO, este princípio *coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão*”.

Deve-se, comparando as medidas igualmente adequadas para atingir o fim visado, verificar aquela que restringirá menos os direitos fundamentais do réu. Justamente por isto, as medidas cautelares devem ser graduadas e diversificadas, para que às situações menos graves sejam aplicadas medidas cautelares menos severas, relegando-se a prisão como última e extrema *ratio*, apenas para as situações mais graves (Mendonça, 2011).

Um juiz que estivesse cogitando de decretar uma prisão, por exemplo, deveria responder negativamente às seguintes indagações: é possível deixar as coisas como estão? Outra medida cautelar já não seria suficiente para tutelar adequadamente o caso concreto?

A bem da verdade o princípio da necessidade, no que diz respeito à prisão, é bastante relacionado com a *subsidiariedade* (para alguns também um princípio). Por ela se compreende que toda a prisão cautelar, em especial a prisão preventiva, é residual, último recurso de que pode se utilizar o juiz no que diz respeito a medidas cautelares.

De modo expreso, algumas regras do CPP deixam isso bastante claro:

Art. 282. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, 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, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 6º 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Então, o princípio da necessidade impõe que o juiz só decrete prisão se realmente ela for imprescindível e, na sistemática de hoje, se nenhuma outra medida cautelar for suficiente para a tutela que se pretende – última *ratio*. As medidas cautelares diversas são *preferíveis*, em relação à prisão.



Pela didática da decisão e pela pertinência do raciocínio desenvolvido, trazemos à colação um julgado do Ministro ROGERIO SCHIETTI, perante o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Com efeito, as medidas alternativas à prisão preventiva não pressupõem, ou não deveriam pressupor, a inexistência de requisitos ou do cabimento da prisão preventiva, mas sim a existência de uma providência igualmente eficaz (idônea, adequada) para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo. É essa, precisamente, a ideia da **subsidiariedade** processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da **necessidade** (proibição de excesso): o juiz somente poderá decretar a medida mais radical - a prisão preventiva - quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do indiciado ou acusado por meio das quais seja possível, com igual eficácia, os mesmos fins colimados pela prisão cautelar. Trata-se de uma escolha comparativa, entre duas ou mais medidas disponíveis - *in casu*, a prisão preventiva e alguma(s) das outras arroladas no artigo 319 do CPP - igualmente adequadas e suficientes para atingir o objetivo a que se propõe a providência cautelar. Desse modo, é plenamente possível que estejam presentes os motivos ou requisitos que justificariam e tornariam cabível a prisão preventiva, mas, sob a influência do princípio da proporcionalidade e a luz das novas opções fornecidas pelo legislador, deverá valer-se o juiz de uma ou mais das medidas indicadas no artigo 319 do CPP, desde que considere sua opção suficiente e adequada para obter o mesmo resultado - a proteção do bem sob ameaça - de forma menos gravosa. Vale dizer, cabível a prisão preventiva, não há dúvida de que poderia magistrado decretá-la, pondo a salvo, assim, o bem ameaçado pela liberdade do agente. No entanto, em avaliação criteriosa, cuja iniciativa não deve juiz olvidar, poderá ele entender que, para a mesma proteção ao bem ameaçado pela liberdade do agente, é adequado e suficiente proibir, por exemplo, o indiciado ou acusado de ausentar-se do País. E, para implementar e tornar mais segura a eficácia de tal cautela, o magistrado providenciará a comunicação da decisão às autoridades de fiscalizar as saídas do território nacional e intimará o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas, nos termos do artigo 320 do CPP. No exemplo citado por hipótese, ao indiciado ou acusado poderá ainda ser imposta a monitoração eletrônica (inciso IX do artigo 319 do CPP), restrição à liberdade que, somada à retirada do passaporte, assegurará, de modo tão idôneo e eficaz quanto a prisão preventiva, porém com carga coativa menor, a proteção do bem ameaçado pela liberdade plena do indiciado ou réu. Semelhante opção judicial produzirá o mesmo resultado cautelar - evitar a fuga do réu e o conseqüente prejuízo à aplicação da lei penal - sem a necessidade de suprimir, de modo absoluto, a liberdade do acusado. Além do menor custo pessoal e familiar da medida - pois o não-recolhimento à prisão do réu o poupa, bem assim seus entes mais próximos, de um sofrimento desnecessário - o Estado também se beneficia com essa escolha, porquanto preserva vultosos recursos, humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém sob custódia, a par de diminuir-se os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento (lesões corporais, tortura, ou mesmo homicídio, eventualmente cometidos por outros presos ou por carcereiros, transmissão de doenças infecto-contagiosas, criminalização do preso, estigmatização etc). Nessa diretriz é também a doutrina de ANDREY BORGES DE MENDONÇA: A nova legislação deixa bastante claro que qualquer medida cautelar pessoal somente pode ser decretada se demonstrada, concretamente, a sua real e efetiva necessidade, para tutela de algum bem jurídico do processo ou da sociedade. Os fundamentos que antes se aplicavam apenas para a prisão preventiva (art. 312 do CPP), agora são ampliados para toda e qualquer medida cautelar pessoal. Assim sendo, não há qualquer distinção de



finalidade entre a prisão preventiva e as demais medidas cautelares: todas buscam proteger a tríplice finalidade indicada (para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais). Somente se presentes tais fins - que representam a própria cautelaridade de qualquer medida é que se poderá decretar uma medida cautelar. Em outras palavras, todas as medidas cautelares buscam a mesma finalidade de proteção aos interesses do processo ou da própria sociedade. (Prisão e outras medidas cautelares pessoais, São Paulo, Editora Método, 2011, p. 31). E mais. A cabeça do artigo 282 do CPP evidencia que "as medidas cautelares previstas neste Título [o que inclui, desse modo, tanto a prisão quanto as outras medidas cautelares e a liberdade provisória] 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." O primeiro inciso é muito claro ao mencionar os mesmos motivos ou circunstâncias que, na letra do artigo 312, primeira parte, autorizam a decretação da prisão preventiva. Esses motivos emanam da necessidade de sacrificar a liberdade do investigado ou acusado, por representar ela um perigo (*periculum libertatis*) à investigação ou instrução do processo (cautela instrumental), à aplicação da lei penal (cautela final) ou à ordem pública ou econômica (medida de defesa social). Sendo assim, tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei n. 12.403/11 destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou a absolvição do inocente), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais. O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas. Destarte, decretar a prisão preventiva ou determinar, v.g., o recolhimento domiciliar noturno tem, na sua *ratio essendi*, igual preocupação em proteger o processo, a jurisdição e a sociedade, variando apenas a quantidade - se é que assim podemos nos referir - da liberdade (total ou parcial) retirada do âmbito de disponibilidade do investigado ou acusado. Isso equivale a dizer que os motivos justificadores da prisão preventiva são os mesmos que legitimam a determinação do recolhimento noturno ou qualquer outra das medidas cautelares a que alude o artigo 319 do CPP, sendo equivocado condicionar a escolha de uma dessas últimas ao não cabimento da prisão preventiva. Na verdade, a prisão preventiva é, em princípio, cabível, mas a sua decretação não é **necessária**, porque, em avaliação judicial concreta e razoável, devidamente motivada, considera-se suficiente para produzir o mesmo resultado a adoção de medida cautelar menos gravosa. Logo, a dicção normativa do artigo 321, ao condicionar, se for o caso, a imposição das medidas cautelares - observados os critérios constantes do artigo 282 do Código a que estejam "ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva", suscita a seguinte indagação: com base em quê será autorizada a providência cautelar menos gravosa, dentre as previstas no artigo 319? Haja vista que os requisitos das cautelares indicados no artigo 282, I, se aplicam a quaisquer das medidas previstas em todo o Título IX do CPP, não será *periculum libertatis* - que também justifica uma prisão preventiva - o fundamento para autorizar, por exemplo, a proibição de o réu manter contato com uma testemunha (inciso III do artigo 319 do CPP) que se diz ameaçada pelo acusado para não depor contra ele? Decerto que nem todas as medidas cautelares possuem os mesmos requisitos exigidos para a decretação da medida restritiva extrema. Forçoso, então, concluir que pode ser cabível uma medida cautelar pessoal qualquer e não ser cabível a prisão preventiva. Deveras, para a decretação de uma prisão preventiva, é mister, nos termos do artigo 313, inciso

I, do CPP, que o crime seja punido com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, ou que se trate de uma das hipóteses previstas nos incisos II e III, bem como no parágrafo único, do mesmo dispositivo. Já para a decretação de uma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, a única vedação que se faz é quanto à infração "a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade." (artigo 283, § 1º, do CPP). Assim, os requisitos que autorizam a decretação de uma prisão preventiva podem justificar a imposição das medidas cautelares referidas no artigo 319 do CPP mas os requisitos que autorizam essas medidas nem sempre serão bastantes para impor ao indiciado ou acusado uma prisão preventiva. [...] (STJ, HC nº 282.509 - SP (2013/0380579-7), Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 22/11/2013).

Repare, ainda, o dever de específica fundamentação concreta trazido pelo 'Pacote Anticrime', na parte final do § 6º do art. 282. O juiz deve esclarecer, então, no caso concreto e com olhos no art. 315 (que traz diretrizes sobre a fundamentação), as razões pelas quais medidas cautelares alternativas não seriam suficientes.

Vale o apontamento: depois das alterações da Lei 13.964/2019, o juiz não pode mais determinar medidas cautelares de ofício (nem mesmo em fase de processo), assim como não pode tomar a iniciativa para constatar o descumprimento e substituir a medida cautelar outrora imposta.



### 1.3.2 Princípio da duração razoável do processo

Esse princípio foi concebido no art. 5º da Constituição Federal em 2004, incluído pela Emenda Constitucional nº 45:

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Como vimos, o tempo do processo é fator de relevância no que se refere às medidas cautelares. Aliás, as próprias medidas cautelares por vezes são utilizadas como meios para, direta ou indiretamente, garantirem a celeridade na tramitação dos feitos.

Nosso sistema não fixa prazo algum para a *duração do processo*. Não há um prazo limite para encerramento dos procedimentos em geral, quando muito se fixam prazos para determinadas etapas ou fases da persecução penal – vigendo, de um modo geral, a razoabilidade. Diante dessa realidade, como explica MADEIRA, “o que passou a prevalecer na doutrina foi a tentativa de se buscarem critérios para a identificação de quando a demora no processo se tornaria *irrazoável*”.

Desta forma, para que se analise se a demora de um processo é *razoável* ou não, devem ser analisados três critérios: complexidade da causa, atuação dos órgãos públicos e atuação da defesa.

**1. Critério – complexidade da causa.** Causas mais simples não podem durar mais do que causas mais complexas. A complexidade aqui não se liga necessariamente à questão jurídica. Em verdade, a complexidade normalmente liga-se a questões probatórias e de pluralidade de partes. Assim, é natural que processo em que haja necessidade de complexas perícias, como é o caso de



estelionato praticado pela internet, dure mais do que processo envolvendo um furto simples ocorrido na Praça João Mendes. Também é natural que um processo que tenha vários réus tenha demora maior do que o processo que conte com apenas um acusado.

**2. Critério – atuação dos agentes de Estado.** O segundo critério refere-se à conduta dos agentes de Estado. Aqui são analisadas as condutas dos agentes públicos que atuaram no feito, ou seja, delegados de polícia, promotores e juízes de direito. Caso tenham atuado e cumprido seu mister adequadamente não haverá que se falar em excesso de prazo.

**3. Critério – atuação da defesa.** Caso o atraso tenha sido causado pela defesa, então é natural que a demora possa ser maior do que aquele atraso para o qual a defesa não concorreu. Estes critérios são analisados de maneira conjunta, vale dizer, para que a demora seja irrazoável não podemos ter causa complexa, nem conduta adequada pelos agentes de Estado e também o atraso não pode ter sido causado pela defesa.

No entanto, este parágrafo anterior precisa ser adequadamente contextualizado. O fato de a causa ser complexa, de a defesa ter causado o atraso e de os agentes de Estado terem atuado adequadamente não significa que a duração do processo possa ser ilimitada.

Infelizmente por vezes se observa que a atuação da defesa tem sido utilizada como causa legitimadora para atrasos que não são admissíveis. Nenhum dos três critérios, absolutamente nenhum deles é legitimador de demora exagerada do processo.

A existência destes critérios no processo apenas permite que sua duração seja maior do que se nele não existissem, mas não significa que a demora possa ser eterna. Demora eterna não é autorizada por Corte de Direitos Humanos alguma (Dezem, 2018).

ESCLARECENDO



Pois bem. E quais seriam as consequências para quando os processos durassem muito tempo, em prazos não razoáveis? Mais uma vez, quem explica é GUILHERME MADEIRA:

Caso o acusado esteja preso a consequência primeira é o relaxamento da prisão. A prisão que nasce legal torna-se ilegal a partir do momento em que constatado o excesso de prazo. E a ilegalidade da prisão gera por consequência seu relaxamento. Isso aplica-se a qualquer das prisões processuais, ou seja, à prisão preventiva, à prisão temporária e à prisão em flagrante. Mas e no caso do acusado que já esteja solto? Haverá consequências para ele nas hipóteses de excesso de prazo? Não raro o raciocínio é de que a demora neste caso seja benéfica para o acusado solto, pois é possível que ocorra a prescrição.

No entanto, discordamos desta orientação. A garantia da duração razoável do processo não se limita ao acusado preso, aliás não se limita nem mesmo ao processo penal. Todos têm direito à duração razoável do processo, não apenas os acusados presos. Também o acusado solto, a própria vítima, enfim, toda a sociedade são os titulares desta garantia.

A lei brasileira não prevê, de maneira expressa, que haja alguma sanção para o excesso de prazo nos casos envolvendo acusado solto. Outros sistemas, contudo, trabalham com naturalidade com sanções ao Estado pela demora irrazoável na conclusão de uma causa.

Assim é que o sistema Inglês trabalha com a ideia de diminuição de pena nestas hipóteses. Entendemos que também no sistema brasileiro pode ser adotada esta ideia a partir da atenuante genérica prevista no art. 66 do CP, porém esta tese não encontra guarida na jurisprudência nacional, por enquanto (Dezem, 2018).

Por força da *duração razoável do processo*, não só a prisão como toda e qualquer medida cautelar deve ter revisão periódica, observada sua provisoriedade e nos termos do art. 282 do Código de Processo Penal:

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Medida cautelar que perdure por muito tempo, de modo não razoável, pode configurar o chamado *constrangimento ilegal* por excesso de prazo, passível de saneamento por hábeas corpus.

Neste sentido, também é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não havendo manifestação precisa de nossa jurisprudência sobre o tema:

... a Corte afirmou que, assim como as medidas cautelares privativas da liberdade, a pertinência da manutenção das medidas cautelares substitutivas da privação de liberdade deve ser revisada periodicamente pelas autoridades judiciais correspondentes, para determinar a persistência do risco e a necessidade e proporcionalidade das medidas e, assim, a consequente pertinência de mantê-las vigentes. (Caso *Andrade Salmón Vs. Bolívia*. j. 01.12.2016).

É importante notar que a duração razoável do processo também está prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos arts. 7, n. 5 e 8, n. 1. A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que a duração razoável atinge também o julgamento das causas em grau recursal, na medida em que a garantia da razoável duração do processo dura até o momento em que se tem a sentença definitiva, ou seja, o trânsito em julgado e, da mesma forma, também segue a teoria dos três critérios acima apresentada (Dezem, 2018).

Vale o apontamento de que, em relação à prisão preventiva, o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) estabeleceu a necessidade de revisão da medida a cada 90 dias, “sob pena de tornar a prisão ilegal”, nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP.

O Pacote Anticrime também inseriu a seguinte disposição no art. 3º-C do CPP:

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, **deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias**.



Todavia, essa disposição está com a eficácia suspensa, *sine die*, por medida cautelar concedida na ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6305.

### 1.3.3 Princípio da jurisdicionalidade

Esse princípio (também chamado de princípio tácito ou implícito da individualização da prisão e não somente da pena e também referido como cláusula de reserva jurisdicional) é explicado por RENATO BRASILEIRO.

“Pelo princípio da jurisdicionalidade, a decretação de toda e qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário” (Lima, 2018). Nesses termos, assim estabelece o art. 282 do CPP:



§ 2º **As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz** a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Se a Constituição Federal enfatiza que 'ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens *sem o devido processo legal*' (art. 5º, LIV), que 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou *por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*' (art. 5º, LXI), que 'a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre *serão comunicados imediatamente ao juízo competente*' (art. 5º, LXII), que 'a prisão ilegal *será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*' (art. 5º, LXV) e que 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*' (art. 5º, LXVI), fica evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal à apreciação do Poder Judiciário. [...]

Na mesma linha, o art. 321 do CPP preceitua que, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, *o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 do CPP* (Lima, 2018).

AURY LOPES JR. fala sobre a *jurisdicionalidade* e a *motivação*:

Toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, uma precária detenção, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial. Neste caso, o controle jurisdicional se dá em momento imediatamente posterior, com o juiz homologando ou relaxando a prisão e, a continuação, decretando a prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória. Em qualquer caso, fundamentando sua decisão, nos termos do art. 93, IX, da Constituição e do art. 315 do CPP.

O **princípio da jurisdicionalidade** está intimamente relacionado com o *due process of law*. Como prevê o art. 5º, LIV, ninguém será (ou melhor, deveria ser) privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Portanto, para haver privação de liberdade, necessariamente deve preceder um processo (*nulla poena sine praeiudicio*), isto é, a prisão só pode ser após o processo.

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 de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar. Assim, ninguém poderá ser preso por ordem de delegado de polícia, promotor ou qualquer outra autoridade que não a judiciária (juiz ou tribunal), com competência para tanto (ainda, art. 283). Eventual ilegalidade deverá ser remediada pela via do *habeas corpus*, nos termos do art. 648, III, do CPP (Júnior, 2018).

O *poder geral de cautela* é inerente à atividade jurisdicional. Considerando que “todas essas medidas cautelares afetam, direta ou indiretamente, a liberdade de locomoção, ora com maior (prisão cautelar), ora com menor intensidade (v.g., comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso a determinados lugares), podendo inclusive ser convertidas em prisão preventiva diante do descumprimento das obrigações



impostas (CPP, art. 282, § 4º), não se admite que possam ser decretadas por Comissões Parlamentares de Inquérito".

A propósito da autoridade judiciária competente para decretar a prisão cautelar e qualquer outra medida cautelar de natureza pessoal, é importante ressaltar que **somente o magistrado no exercício de sua função judicante é que pode decretar a medida cautelar**. Supondo, assim, que determinado magistrado esteja sendo investigado pela prática de um ilícito, não se pode admitir que sua prisão cautelar seja decretada por um Juiz Corregedor. Como o Corregedor não se encontra no exercício de função jurisdicional propriamente dita, mas sim de caráter administrativo, conduzindo instrução pré-processual, caso entenda que a prisão processual deva ser decretada, não pode simplesmente fazê-lo. Cabe a ele representar ao tribunal competente postulando sua decretação.

Caso uma medida cautelar seja decretada por juízo absolutamente incompetente, grande parte da doutrina entende que tal decisão não pode ser ratificada pelo juízo competente, nos termos do art. 567 do CPP. Porém, é bom destacar que, a partir do julgamento do HC 83.006, o plenário do Supremo passou a admitir a possibilidade de ratificação pelo juízo competente inclusive de atos de caráter decisório.

Para além da obrigação da intervenção do Poder Judiciário em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, também deriva desse princípio a necessidade de fundamentação da medida, sendo indispensável a demonstração dos motivos que justificam a restrição à liberdade de locomoção de alguém antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, sob pena de nulidade absoluta (CF, art. 5º, LXI, c/c art. 93, IX). De fato, com o conhecimento dos fundamentos da decisão, torna-se possível o exercício da ampla defesa e do contraditório em torno da comprovação dos pressupostos em que está assentado o pronunciamento jurisdicional, seja quanto a aspectos fáticos, seja quanto a interpretações jurídicas dele oriundas (Lima, 2018).



Portanto, a regra geral é que as medidas cautelares só podem ser decretadas pelo juiz; todavia, temos uma exceção<sup>3</sup> consolidada no art. 322 do Código de Processo Penal, quando permite que a autoridade policial conceda *fiança*:

**Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.**

*Fiança* é medida cautelar diversa que está expressamente nominada no art. 319, inciso VIII do CPP; então, quando o delegado, por exemplo, arbitra a fiança, está concedendo uma liberdade provisória condicionada, inclusive com obrigações legais correlatas (arts. 327 e 328 do CPP).

<sup>3</sup> Cuide, porquanto essa exceção, algumas vezes, já foi esquecida até pelo examinador/banca.

Finalmente, destacamos que assim como não admite prisão *ex lege*, ou seja, imposta pela lei e sem análise casuística e criteriosa, também não se tolera medida cautelar automática, sem decisão judicial fundamentada que verifique a necessidade e a adequação de acordo com as diretrizes do art. 282 do Código de Processo Penal.

### 1.3.4 Proporcionalidade – vedação da proteção deficiente

Toda e qualquer medida cautelar, inclusive a prisão, trabalha com dois pressupostos (ou fundamentos) genéricos: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. A par deles e com a tradução legal pertinente é que temos as regras do art. 282 do CPP. A versão mais concreta de como se verifica a urgência/necessidade da medida (*periculum*), por exemplo, encontramos no inciso I do referido artigo.

O artigo 282 do CPP é vetor, norma principiológica para todas as medidas cautelares, ajustando-se a eventual regramento específico. Contempla, no seu conteúdo, o **princípio da proporcionalidade**<sup>4</sup> (inclusive referindo expressamente os requisitos *necessidade* e *adequação*), verdadeiro norte a ser seguido no contexto das medidas acautelatórias.

*Necessidade e adequação*, portanto, são os referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal. E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso postulado, ou princípio (como prefere a doutrina), da proporcionalidade. Para não sermos repetitivos e nem cansarmos o leitor, reitera-se o seguinte: o postulado da proporcionalidade, presente implicitamente em nossa Constituição, por dedução do conjunto geral das garantias individuais, exerce uma dupla função no Direito, a saber:

**a)** na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas, também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação;

**b)** na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.

Por isso, e quanto a esta última função, ROBERT ALEXY, dentre outros, se refere aos três essenciais critérios de ponderação: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a efetiva divergência de sentidos entre duas normas igualmente válidas e pertinentes para determinado caso concreto (*Derecho y razón práctica*. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2002). Então, o juízo de proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares deverá também se orientar por tais perspectivas, e, de modo mais sensível, naquelas atinentes à proibição do excesso e da adequação da medida. Quando presente a necessidade da cautelar, tendo em vista eventuais riscos ao processo, o primeiro passo do juiz no exame das medidas cabíveis será na direção da adequação da providência, em vista da concreta situação pessoal do agente, bem como da gravidade e das circunstâncias do fato. A

<sup>4</sup> Normalmente falamos sobre esse princípio quando tratamos dos princípios do processo penal.

necessidade da cautela, portanto, deve ser apenas o ponto de partida para toda e qualquer imposição de medida cautelar. Deve-se ter em conta que, em princípio, não se recorrerá à prisão preventiva, salvo quando constatadas imediatamente as hipóteses legais dispostas nos arts. 312 e 313, CPP. A primazia deverá ser da imposição de medida cautelar diversa da prisão (Pacelli, 2018).

Aliás a *proporcionalidade* é a tônica em toda a normatização que envolve a aplicação de medidas cautelares. Exemplo disso são as regras que impedem a aplicação de medida cautelar (qualquer uma) para crimes que não tenham pena privativa de liberdade e a decretação de prisão preventiva para crimes menos graves.

Art. 283. § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

Assim, pouco importa a necessidade caracterizada de decretação, se não atender a essas hipóteses de admissibilidade (e outras no caso da preventiva) não se poderá decretar medida cautelar diversa e nem mesmo a prisão – simples assim! A *proporcionalidade* foi regradada como ponto de partida para a análise de qualquer medida cautelar, desde mais tênue até a mais drástica (preventiva).

Normalmente tratamos do princípio da proporcionalidade (como um todo), ao estudarmos os demais princípios aplicáveis ao processo penal. Trata-se de um princípio de amplo espectro, usado não só no processo penal. Agora, quando falamos sobre medidas cautelares pessoais, com a certeza de que esse princípio foi o norte de criação do art. 282 do CPP, cuidaremos apenas de uma de suas facetas, falaremos do ‘outro lado da moeda’: a **vedação da proteção suficiente** ou **proibição da infraproteção**.

O princípio da *proporcionalidade* não se limita à proteção contra os excessos, numa visão meramente negativa. Ele também deve militar como um instrumento contrário à omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais, numa perspectiva positiva e ativa, dentro de um contexto de proteção objetiva dos direitos fundamentais. Assim, o princípio da proporcionalidade “passa a ser visto também como proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*)” (Mendonça, 2011).

Em outras palavras, o Poder Público somente estará observando o princípio da proporcionalidade quando, de um lado, não estipular restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos fundamentais – *vertente negativa* – e, de outro, haja uma promoção e uma proteção eficiente e completa dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição – *vertente positiva*. São, em verdade, duas facetas do mesmo fenômeno. Vale destacar, inclusive, que o STF já reconheceu em diversas oportunidades a proibição da proteção deficiente como aspecto positivo do princípio da proporcionalidade. Se não há dúvidas de que referido princípio possui assento constitucional, urge que, em razão do princípio da superioridade e da força normativa da

Constituição, seja aplicado em seu duplo aspecto por todos os Poderes estatais na proteção dos direitos fundamentais assegurados no processo penal.

Assim sendo, inicialmente, ao legislador está vedado estabelecer medidas que não possam tutelar eficazmente os bens jurídicos a serem protegidos pelas medidas cautelares. Devem ser criadas medidas cautelares aptas a eficazmente proteger os bens jurídicos indicados no art. 282, inc. I, de sorte a evitar que o acusado prejudique a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal e evite a prática de infrações penais. Ao analisarmos o art. 313, inc. I, veremos que o legislador, de certa forma, afrontou o referido princípio ao vedar, de maneira ampla, a prisão preventiva para praticamente todos os crimes cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos.

Também o Executivo deve implementar medidas para que seja possível a proteção adequada aos bens e valores a serem protegidos pelas medidas cautelares. Assim, deve-se estabelecer uma estrutura eficaz para fiscalização das medidas alternativas à prisão, adquirindo, por exemplo, aparelhos para monitoração eletrônica.

Por fim, também o Poder Judiciário, ao interpretar e aplicar as medidas cautelares no caso concreto, não pode desconsiderar e conferir uma proteção deficiente em face dos riscos aos bens jurídicos protegidos no art. 282, inc. I. Como já mencionamos ao tratar do princípio da adequação, se o magistrado aplicar uma medida cautelar que seja totalmente ineficaz na prática, estará também ferindo de morte o princípio da proporcionalidade em seu aspecto positivo. Assim, ao se dar concretude às diversas medidas alternativas à prisão, o Poder Judiciário somente pode aplicar medida que seja apta a proteger de maneira eficiente, uma das finalidades indicadas no art. 282, inc. I. Por exemplo, caso não haja a mínima possibilidade de fiscalização de uma medida cautelar aplicada no caso concreto, a medida será ineficiente para neutralizar os perigos indicados no art. 282, inc. I. do CPP. Se assim é, o magistrado não deve decretá-la, sob pena de estabelecer uma medida totalmente inócua e inadequada para proteger aqueles bens jurídicos indicados, e, ainda, violar o princípio da proporcionalidade também em seu aspecto positivo. Diante da nova ordem estabelecida para as medidas cautelares, o magistrado somente poderá decretar uma medida cautelar quando esta proteja eficazmente e de maneira adequada os bens jurídicos que devem ser objeto de proteção pelo processo penal (art. 282, inc. II). Da mesma forma, a vedação à proteção deficiente deve ser uma constante preocupação do intérprete ao se buscar o alcance e o sentido dos diversos dispositivos introduzidos pela Lei 12.403/2011 (Mendonça, 2011).

Por essa compreensão, a proporcionalidade veda a omissão estatal, busca afastar a letargia dos agentes e autoridades públicas, ou o próprio conformismo com qualquer lacuna normativa. Exige de todos a implementação de ações concretas na proteção e garantia dos direitos constitucionalmente assegurados (de todos, não só dos acusados), buscando não só a escolha da melhor medida a ser tomada, mas também que ela se implemente em seu grau máximo de eficiência. Essa vertente da proporcionalidade busca uma *proteção horizontal*; ou seja, contra as agressões dos demais cidadãos, não somente para aquelas oriundas do Estado (verticais).





**Proibição de infraproteção ou proibição de proteção deficiente:** a outra vertente do princípio de proporcionalidade. Por fim, a outra modalidade do princípio de proporcionalidade – esta praticamente desconhecida na doutrina e jurisprudência nacionais, registrando-se pioneiramente na seara do direito penal e constitucional, INGO SARLET, Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, Revista de Estudos

Criminais, Sapucaia do Sul: Ed. Nota Dez, ano 3, n. 12, p. 86 e s., 2003 – é a da “proibição da proteção deficiente” ou princípio da proibição da infraproteção (*Untermassverbot*, dos alemães, v. Gregor Staechelin, ¿Es compatible la “prohibición de infra-protección” con una concepción liberal del derecho penal?, in La insostenible situación del derecho penal, tradução de David Felipi Saborit, Granada: Ed. Comares, 2000, p. 290; Carlos Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 799), pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente da melhor maneira possível. Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição de excesso) – a chamada “proteção vertical”, na medida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de excesso) um anteparo constitucional contra o poder do Estado (verticalizado, portanto, de “cima para baixo”) – mas também uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros – “proteção horizontal” –, no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor “segurança”, garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor “justiça”, assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo “princípio da infraproteção”, toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade (EDILSON MOUGENOT BONFIM, El principio de proporcionalidad en el proceso penal: España y Brasil, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2005). Note-se que ambas as modalidades do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente) concernem não somente à criação da lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Legislativo), mas também à aplicação da lei processual (dirigindo o princípio do Poder Judiciário). Uma das consequências, a nosso sentir, da violação do princípio da proporcionalidade em qualquer de suas vertentes é a possibilidade de a parte prejudicada não só sustentar a nulidade do ato judicial (ou inconstitucionalidade da lei aprovada pelo Legislativo) viciado por meio de recursos ordinários, como também pré-questionar a violação da Constituição Federal, podendo fundamentar e interpor até mesmo recurso extraordinário, socorrendo-se assim do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição da República.

Um exemplo recente da aplicação do princípio da proteção deficiente é a propositura, pela Procuradoria-Geral da República, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4301/DF quanto à nova redação dada pelo art. 225 do Código Penal. Isto porque, a partir da reforma trazida pela Lei n. 12.015/2009, passou-se a dispor que, nos casos em que o crime de estupro é qualificado por lesão corporal grave ou morte, a ação penal será pública condicionada, contrariando a revogada lei que a dispunha como sendo pública incondicionada, bem como a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal. A PGR alega, para tanto, que ao condicionar à representação o início da ação penal pública, restaria ferido o princípio da proporcionalidade em sua modalidade de proteção deficiente, à medida que, em casos gravíssimos, não se poderia deixar ao alvedrio da vítima ou seus representantes legais a decisão de inaugurar a persecução penal contra o agente.



Sustenta, ainda, que o próprio art. 225, em seu parágrafo único, dispôs que a ação penal seria pública incondicionada quando a vítima fosse menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. Logo, restaria evidente a contradição, à medida que, para um crime substancialmente menos grave (art. 217-A, do CP), estabeleceu-se que a ação penal será pública incondicionada enquanto para um crime evidentemente mais grave (art. 213, § 1º e 2º, do CP), produzindo resultados que, individualmente considerados, constituem crimes autônomos (art. 129, § 1º e art. 121, do CP, cuja ação penal é pública incondicionada), optou o legislador por determinar que a ação penal será condicionada à representação do ofendido ou seu representante legal. Ressalte-se que a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, enquanto não decidida a questão, é lícito ao juiz afastar, em exercício do controle difuso de constitucionalidade, a aplicação da nova redação dada ao art. 225 do Código Penal, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente (imperativos de tutela).

**Violações do princípio em abstrato e em concreto.** Imaginemos uma hipótese de violação do princípio da proporcionalidade *in abstracto*. Se o Poder Legislativo aprovasse uma lei e esta, sancionada, criasse tão grande número de recursos processuais penais que, na prática, tornasse inviável a aplicação do direito penal, tal lei seria inconstitucional por violação do princípio de “proibição de infraproteção”. Isso seria passível de demonstração empírica, ou seja, somando a quantidade dos recursos possíveis, computando os prazos processuais, o tempo de tramitação etc., demonstrando que, ao final, o agente não seria punido, em face de certa prescrição ou outra causa de extinção de sua punibilidade. Da mesma forma, por exemplo, se nova lei processual penal suprimisse as hipóteses de “prisão preventiva” tendentes à garantia da ordem pública ou conveniência da instrução criminal. Dessarte, não se poderia aceitar uma legislação processual que retirasse a proteção do cidadão ameaçado, por exemplo, por ser testemunha em um processo penal, e cuja garantia para tanto repousaria precipuamente na força e na possibilidade de custódia preventiva contra aquele que o ameaçava. Tal lei, se existente, constituiria flagrante violação do princípio de proporcionalidade na modalidade “proibição de infraproteção”, tornando-se inconstitucional, porquanto, a despeito da independência do Parlamento e do “princípio de presunção da constitucionalidade das leis”, tal lei “destutelaria” completamente os cidadãos, violando a Constituição Federal, que obriga o Estado à proteção de determinados bens e valores fundamentais. Da mesma forma, um ato ou decisão judicial, para adequar-se em perfeita tipicidade processual constitucional, deve sempre atender ao “princípio da proibição de excesso” e ao “princípio da proibição de infraproteção”, sob pena de nulidade. Dessarte, uma indevida prisão preventiva (violadora do princípio da dignidade humana, da liberdade, do estado de inocência), uma escuta telefônica sem razão de ser (violadora do princípio da dignidade humana, da intimidade etc.) violariam o princípio de proibição de excesso *in concreto*, acarretando a nulidade do ato processual. Em rigor e conforme o compreendemos, padecem de nulidade tanto as decisões que violem um ou outro dos aspectos do princípio, ou seja, a “proibição de excesso” ou a “proibição de infraproteção” (Bonfim, 2015).

## Doutrina complementar

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “Na disciplina do Código de Processo Penal de 1941, duas eram as condições a que poderia estar submetido o agente no curso da investigação criminal e no decorrer do processo penal: sob prisão provisória ou em liberdade. Com as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011, este sistema foi abandonado, dando lugar a



outro, polimorfo, que se caracteriza pela multicautela, na medida em que submete o imputado a um terceiro status, que não implica prisão e, ao mesmo tempo, não importa em liberdade total: trata-se da sua sujeição às medidas cautelares diversas da prisão, que se encontram listadas nos arts. 319 e 320 do CPP: Em síntese, correto deduzir que, após a vigência da reforma processual ditada pela Lei 12.403/2011, o indivíduo submetido a uma investigação criminal ou que responde a um processo judicial poderá estar sujeito a três tratamentos distintos: sujeição a medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320), prisão provisória ou aguardar em liberdade o desiderato da demanda criminal”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS et al.** (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “A entrega da prestação jurisdicional sempre ocorre depois do transcurso de um período, mais ou menos longo, a contar do momento em que o ilícito penal foi praticado, circunstância que pode ensejar a necessidade de o juiz, no curso da investigação ou da ação, adotar medidas que garantam a utilidade do processo ou a efetividade da decisão definitiva que será proferida. Essas medidas, denominadas cautelares, não constituem, obviamente, antecipação da pena, pois ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CF), daí por que sua adoção pressupõe a constatação de que há risco de dano na demora da entrega da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) e de que há razoável probabilidade de ser acolhida a pretensão do autor (*fumus boni iuris*). É sabido que, até o advento da Lei n. 12.403/2011, o Código previa apenas uma modalidade de medida cautelar passível de recair sobre a pessoa do indiciado ou acusado: a prisão. Com as alterações introduzidas, descortinou-se a possibilidade de o juiz aplicar medidas de natureza diversa da prisão que, embora recaiam sobre a pessoa a quem se atribui a prática da infração, não importam em sua manutenção no cárcere”.

**FERNANDO CAPEZ** (*Curso de processo penal*, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018). “A Lei n. 12.403/2011 ofertou ao juiz um extenso rol de alternativas capazes de produzir o mesmo efeito garantidor, com a mesma eficácia. Conforme já salientado, se houver uma providência cautelar menos gravosa que seja suficiente para atingir os fins garantidores do processo, a prisão será considerada sem justa causa, caracterizando constrangimento ilegal. A prisão preventiva tornou-se, assim, medida de natureza subsidiária, a ser aplicada somente em último caso, quando não cabível sua substituição por outra medida prevista no art. 319 do CPP. A concessão de liberdade provisória, por sua vez, não é facultativa, mas obrigatória quando ausente o *periculum in mora* (CPP, art. 312). Se não for caso de prisão preventiva, o juiz deverá conceder a liberdade provisória (cf. CPP, art. 321). A liberdade provisória pode vir ou não acompanhada da imposição de algum ônus. Neste ponto, há discricionariedade para a autoridade judiciária avaliar a sua necessidade. Por isso, a lei diz que o juiz imporá, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 (cf. CPP, art. 321, segunda parte). Deste modo, a liberdade provisória será concedida obrigatoriamente, mas a fiança, assim como qualquer outra medida cautelar alternativa à prisão provisória, somente será imposta se necessária para garantir o processo. Pode haver casos em que a liberdade provisória seja concedida, sem nenhuma providência que a acompanhe, nem mesmo a fiança, porque não houve demonstração de sua necessidade. Toda medida restritiva precisa ser justificada fundamentadamente, sob pena de padecer de justa causa”.

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “As medidas cautelares diversas da prisão são restrições ou obrigações que podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal, durante a fase de investigação policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com vistas a permitir o êxito da investigação ou instrução criminal; a aplicação da lei penal, bem como evitar a prática de novas infrações penais e o encarceramento cautelar tradicional. As medidas de que ora se cuida configuram modalidades de medida cautelar pessoal, de natureza restritiva”.

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “As medidas cautelares foram introduzidas com o advento da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, a qual previu, ainda, algumas alterações relacionadas aos aspectos da prisão, da liberdade provisória, da fiança e, sobretudo, conferiu um rol de medidas cautelares pessoais a serem aplicadas ao acusado ou investigado. É através das referidas medidas cautelares que se busca, com eficiência, garantir a efetividade do processo, ou seja, a aplicação da lei substantiva ou material, na medida em que se intenta a preservação e a inalterabilidade de situações ou meios que interessem à prestação jurisdicional, de modo que toda situação ou meio de que se repute conter valor para o deslinde da causa possa estar protegida contra seu falseio, modificação



ou perda de significação ou utilidade. Ressalte-se que as medidas cautelares não foram inéditas no Código de Processo Penal, o qual já as previa sob a forma de “medidas assecuratórias” (arts. 125 a 144), que são aquelas providências tomadas no curso da ação penal ou do inquérito policial para garantir uma eventual e futura indenização ou reparação à vítima do processo penal, bem como assegurar o pagamento das custas processuais existentes ou, mais ainda, evitar que ele venha a se locupletar dos ganhos obtidos com a prática criminosa, que consistiria numa forma de incentivo velado à delinquência. Todavia, a recente reforma inova ao prever as medidas cautelares pessoais, também chamadas de medidas cautelares subjetivas, que já eram contempladas em outros Diplomas Legais (v.g. Lei n. 9.099/95 e Lei n. 11.340/2006)”.

**NESTOR TÁVORA** (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016). “O sistema cautelar do processo penal sofreu reforma estrutural com a Lei nº 12.403/2011. Além de restabelecer o prestígio da fiança, tornando regra a admissibilidade de sua concessão, salvo nos casos de vedação ou impedimento, o legislador trouxe um rol de medidas cautelares, com a previsão expressa de que devem ser impostas de forma preferencial à prisão. Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP). Mesmo sob a égide da disciplina cautelar anterior, o juiz poderia impor medidas cautelares não previstas expressamente no texto legislativo, toda vez que se revelassem menos gravosas que a prisão processual. Entretanto, com a previsão de um elenco de medidas cautelares no art. 319 do CPP, tem-se a vantagem de se indicar ao juiz, de forma exemplificativa, a ampla possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão preventiva, sublinhando que esta só será decretada em último caso. Desse modo, embora exista um rol expresso de medidas cautelares, nada impede que o juiz estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso concreto, desde que não exceda os limites autorizados pela legislação. Daí pode o magistrado valer-se do rol do art. 319 do CPP, bem como de outras medidas menos restritivas, mas não pode aplicar medida cautelar mais gravosa sem que haja autorizativo legal expresso. Natural que seja assim, pois ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, pelo que transbordaria essa limitação constitucional a adoção de medidas cautelares ou assecuratórias mais ásperas que as acolhidas legislativamente. Sublinhe-se que o cumprimento da medida cautelar imposta pode servir, inclusive, para efeitos de detração, havendo equivalência entre a cautelar cumprida e a pena cominada em futura sentença condenatória. Assim, aplicando-se ao final do processo pena restritiva de direitos, nada impede que o tempo de submissão a uma cautelar similar sirva para abatimento”.

## Jurisprudência pertinente

### Supremo Tribunal Federal – STF

[...] **Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais** (HC 106446, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 20/9/2011; HC 114098 Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 12/12/2012). 6. Ordem parcialmente concedida, para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares específicas. (HC 132233, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 17-05-2016 PUBLIC 18-05-2016)

[...] **Violação ao princípio da proporcionalidade: a custódia cautelar se apresenta como medida mais gravosa do que a própria sanção a ser aplicada no caso de eventual condenação. Precedentes.** (HC 126704, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 17-05-2016 PUBLIC 18-05-2016)

### Superior Tribunal de Justiça – STJ



[...] **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. (HC 231.817/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 25/04/2013)

[...] **Segundo o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não se afigura legítima a custódia cautelar quando sua imposição se revelar mais severa do que a própria pena imposta ao final do processo em caso de condenação** (HC n. 281.854/RJ, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 19/12/2013).

[...] O art. 324, IV, do diploma processual, ressalva que não se concederá fiança quando estiverem presentes os motivos que autorizariam a decretação da prisão preventiva. 2. **Entretanto, no caso, a questão deve se resolver à luz do princípio da proporcionalidade, uma vez que sendo a liberdade a regra e a prisão a exceção neste momento processual, não se justifica manter o acusado preso em infração que admite fiança, mormente quando a pena privativa de liberdade em tese projetada não seja superior a quatro anos.** [...] (HC 59.009/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 03/09/2007, p. 228)

## 1.4 CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares têm determinadas características, comumente reconhecidas e destacadas pela doutrina. Alguns doutrinadores citam um rol maior de características, outros nem tanto. A razão disso é, dentre outras, porque uns colocam como característica aquilo que outros entendem por princípio. Além disso, muitos explicam a ‘característica’ no apanhado geral de toda a explicação teórica, mas sem descrevê-la como tal.

Fizemos aqui um apanhado geral, com um rol extenso das características aqui e acolá destacadas na doutrina nacional, para você não ser surpreendido.

**Instrumentalidade:** elas não são um fim em si mesmas; são meio e modo de garantir ou tutelar provimentos definitivos e outros bens jurídicos que são objeto do procedimento principal.

Como instrumento do instrumento – o processo é o instrumento de que se vale o Estado para a aplicação do direito objetivo, enquanto a medida cautelar é um instrumento para assegurar a eficácia do processo – as medidas cautelares têm por escopo tutelar os fins e os meios do processo satisfativo. Diz-se instrumentalidade hipotética porque o resultado que a medida cautelar pretende garantir, por ser futuro, é incerto. Acrescenta-se, ademais, que essa instrumentalidade também é qualificada, porque tutela a função jurisdicional, que, por sua vez, é meio e modo para a realização do Direito (Lima, 2018).



**Acessoriedade:** elas dependem de um procedimento principal; não possuem vida autônoma, guardando dependência em relação a um feito principal; mais ainda no processo penal, que não concebe processo cautelar autônomo, apenas medidas cautelares, sempre incidentais. Essa característica é vislumbrada no art. 386, parágrafo único, inciso III do CPP, que ordena a cessação das medidas cautelares aplicadas em caso de absolvição. Também no art. 308 do Código de Processo Civil, ao obrigar a formulação de um pedido principal.

[...] a medida cautelar depende de um processo principal, não possuindo vida autônoma em relação a este. Essa dependência, todavia, não afasta a possibilidade de decretação da medida cautelar sem o futuro processo, já que pode ocorrer, por exemplo, a decretação de uma prisão cautelar no curso de determinada investigação, sem que ocorra a instauração do processo penal, por se verificar, posteriormente, ser hipótese de arquivamento (Lima, 2018).

**Provisoriedade:** têm vigência limitada no tempo; não podem se eternizar e duram até, no máximo, o trânsito em julgado da condenação; o excesso de prazo, inclusive, pode dar ensejo a *constrangimento ilegal*.

Como se vê do art. 282, I, do CPP, norteia a aplicação das medidas cautelares a *necessidade*. Daí se infere que devem elas vigorar apenas enquanto perdurar a situação de urgência que justificou sua decretação.

O atributo da provisoriedade ainda se encontra implícito em determinadas medidas, como é o caso do art. 319, IV, do CPP, dispondo sobre a proibição de se ausentar o agente da Comarca *quando* a sua permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Ora, no momento em que esta disponibilidade na sede da comarca deixar de ser necessária, a medida deverá ser revogada em face da cessação das razões que a motivaram. É o caso, por exemplo, de já se ter esclarecido a versão dos fatos, que se mostrava contraditória frente às conclusões da perícia técnica; ou, então, quando já realizados os atos processuais para os quais sua presença mostrava-se imprescindível (*v.g.*, reprodução simulada do crime, reconhecimentos, acareações etc.).

O mesmo pode ser detectado, também, no art. 319, VI, prevendo 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. Se, por qualquer razão, revelar-se superada a situação que determinou a aplicação da medida cautelar, impõe-se a cessação da restrição imposta, com o restabelecimento da situação anterior (Avena, 2017).

A reforçar essa característica, veja-se a disposição (com eficácia suspensa) do art. 3º-C do CPP:

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, **deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.**

Como dito, essa disposição está com a eficácia suspensa, *sine die*, por medida cautelar concedida na ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, pelo Min. Luiz Fux.

**Sumariedade:** as medidas cautelares são ‘sumárias’, no sentido de que sua análise não envolve uma cognição exauriente/profunda; não são elas definidas com base em certeza judicial e prova plena – ao contrário, o

conhecimento do mérito, sobre os elementos de prova, é superficial. O *thema decidendum* se baseia na probabilidade / na verossimilhança tanto do direito quanto do dano.

[...] a cognição nas medidas cautelares, em relação à profundidade, não é exauriente, mas sumária. Em razão da natureza urgente dessas medidas, o juiz exerce uma cognição sumária, limitada em sua profundidade, permanecendo em nível superficial. Daí por que, por ocasião da decretação dessas medidas, não se faz necessário um juízo de certeza, mas sim de probabilidade de dano (*periculum in mora*) e de probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) (Lima, 2018).

**Variabilidade/substitutividade/revogabilidade:** reflete a possibilidade de variação, mudança ou substituição que as medidas cautelares têm; podem elas ser revogadas ou alteradas a qualquer tempo, conforme a modificação da situação concreta e de acordo com o binômio necessidade-adequação; submetem-se elas à cláusula *rebus sic stantibus*, recomendando a revisão periódica; nesse sentido os arts. 282, §§ 4º e 5º e 316 do CPP.

Na verdade, é preciso considerar que, em se tratando das medidas cautelares de natureza pessoal, sua decretação condiciona-se à análise dos princípios da necessidade e adequação consagrados art. 282, I e II do CPP, e dos requisitos das cautelares em geral, consubstanciados no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris*.

Ora, se para a imposição das medidas cautelares tais elementos devem estar presentes, é intuitivo que apenas podem elas subsistir enquanto os mesmos elementos persistirem. Tal situação atende aos postulados da cláusula *rebus sic stantibus*, que pode ser lida como “enquanto as coisas estiverem assim”.

A cláusula *rebus sic stantibus* norteia as decisões cautelares no processo civil e tem aplicação inequívoca no âmbito criminal. Isto quer dizer que a sentença cautelar criminal reflete a situação fática e jurídica existente no momento em que proferida, impondo-se a persistência do comando a ela inserido enquanto esse mesmo contexto se mantiver. Se o reverso ocorrer, desfazendo-se o cenário que justificou a determinação das providências emergenciais, caberá ao Poder Judiciário revogá-las, restabelecendo a situação anterior à decretação (Avena, 2017).

**Homogeneidade:** significa que as medidas cautelares devem ter simetria com o provimento final (pena em perspectiva), não podendo ser mais gravosas – *princípio da proporcionalidade*; deve haver um balanceamento entre os bens jurídicos envolvidos. Exemplos dessa característica podem ser vistos nos arts. 283, § 1º e 313, I do CPP.

[...] a homogeneidade se traduz na ideia de que as medidas cautelares pessoais não podem ser mais graves do que a sanção final que virá a receber o acusado.

Neste sentido, manifestou-se inicialmente o STJ:

2. Segundo o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não se afigura legítima a custódia cautelar quando sua imposição se revelar mais severa que a própria pena imposta ao final do processo em caso de condenação” (HC 281.854/RJ, Relator Ministro Marco Aurelio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe de 19.12.2013). (STJ, HC 273.416/PA, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16.08.2016)

No entanto, mais recentemente, o próprio STJ tem entendido pela aplicação mais restrita deste princípio, entendendo não ser possível o uso do *Habeas Corpus* para este tipo de análise:

III Não há falar em ofensa ao princípio da homogeneidade das medidas cautelares, no particular, pois não cabe a esta Corte Superior, em um exercício de futurologia, antecipar a provável colocação do recorrente em regime mais benéfico ou a substituição da sua pena de prisão por restritiva de direitos, o que implicaria análise do conjunto fático probatório, inviável nesta via estreita. (STJ, RHC 82.378/MG, rel. Min. Felix Fischer, DJe 29.05.2017)

Entendemos de maneira contrária a esta posição restritiva. A via do *Habeas Corpus* é a única via capaz de efetivamente, dada sua velocidade, ser útil para a verificação deste tipo de questão. Não sendo possível analisar pela via do *Habeas Corpus* a situação, então ela jamais será revista a tempo pelos tribunais superiores pois a demora no julgamento de recursos especiais tornará a questão superada quando do momento de análise (Dezem, 2018).

**Excepcionalidade:** as medidas cautelares “devem ser aplicadas em hipóteses emergenciais, com o objetivo de superar situações de perigo à sociedade, ao resultado prático do processo ou à execução da pena. Portanto, é certo que sua utilização, no curso da investigação ou do processo, deve ocorrer como exceção, mesmo porque implicam, em maior ou menor grau, restrição ao exercício de garantias asseguradas na Constituição Federal” (Avena, 2017).

**Cumulatividade:** as medidas cautelares *poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente* (art. 282, § 1º, CPP), observando-se a compatibilidade, a necessidade e a adequação.

**Referibilidade:** entende-se que a medida cautelar deve estar ligada concretamente a uma situação de direito material. A referibilidade é uma específica faceta da instrumentalidade: a medida cautelar é medida de proteção de específico e concreto direito material.

Por referibilidade deve-se entender a característica da tutela cautelar consistente em vinculá-la e conectá-la a uma determinada situação concreta de direito material, em relação à qual o provimento cautelar terá finalidade de assegurar. Como explica MARINONI, “na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente”.

No processo penal, a tutela cautelar assegura um direito acautelado, no caso, o hipotético direito de punir relativo a crime específico, objeto da imputação formulada na denúncia do processo em relação ao qual a cautelar se mostra necessária. Assim, se um acusado responde a processo por roubo, e está ameaçando uma testemunha de outro processo a que também responde, pelo crime de calúnia, não se poderá ser decretada a prisão ou qualquer outra medida cautelar pessoal no primeiro processo, por conveniência da instrução criminal, visto que a ameaça foi realizada em relação à instrução de outro processo. Somente neste segundo feito haverá referibilidade. De forma semelhante, no tocante às medidas cautelares patrimoniais, a referibilidade significa que, por exemplo, em um processo por corrupção, o sequestro de bens deva incidir sobre o proveito que o corrupto obteve por tal delito (o imóvel comprado com o dinheiro recebido), mas não poderá atingir outro bem, ainda que também ilícito, que seja proveito de crime diverso e que não integre tal processo, *v.g.*, um carro comprado com dinheiro furtado (Avena, 2017).

**Não definitividade:** a decisão que decreta uma medida cautelar não é definitiva como uma sentença transitada em julgado, não faz coisa julgada material – aliás, nem formal, na medida em que poder ser alterada dentro do mesmo processo/procedimento.

**Gradualidade:** as medidas cautelares são estruturadas de forma progressiva, conforme o sacrifício que impõem ao sujeito, devendo-se aplicar sempre a menos incisiva que seja suficiente para a tutela que se pretende.

Tendo em vista que há uma série de medidas cautelares pessoais possíveis (medidas dos artigos 319, 320 e a prisão preventiva), percebe-se que são elas estruturas em um modelo de progressiva afluência (também chamada de gradual intensidade de intervenção) como nos ensina VITTORIO GREVI.

Deve haver o menor sacrifício necessário de forma que a limitação da liberdade do acusado seja feita nos limites indispensáveis para a satisfação da cautelaridade exigida no caso concreto.

Neste sentido, ensina MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES que o juiz “deverá procurar no rol legal a medida mais adequada no sentido vertical da menos para a mais invasiva. Justificando, inclusive, porque as medidas menos invasivas não escolhidas não são, no caso concreto, mais apropriadas do que a medida escolhida (mais irrestrita)” (Dezem, 2018).

**Preventividade:** “a tutela cautelar é preventiva, isto é, sua finalidade é prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, durante o tempo necessário para que se desenvolva o *devido processo legal* para, ao final, possa proferir um provimento que confira a tutela jurisdicional a quem tem direito”.

No caso do processo penal, por meio da tutela cautelar se busca conservar um estado de fato (por exemplo, sequestrando o bem que seja proveito do crime) ou impor determinada constrição a direitos do acusado (por exemplo, a prisão preventiva ou a proibição de ausentar-se do país), evitando que o longo tempo do processo possa gerar a inutilidade ou ineficácia do provimento final, no caso, de provável sentença penal condenatória.

No entanto, nem toda medida com função assecuratória ou preventiva possui natureza cautelar. Já advertia CALAMANDREI que não se pode “fazer confusão entre tutela preventiva e tutela cautelar: conceitos distintos, ainda que haja entre eles relação de gênero a espécie”. Realmente, se, de um lado, toda tutela cautelar é preventiva, de outro, há modalidades de tutelas jurisdicionais preventivas que não são cautelares, porque concedidas em caráter definitivo, baseadas em cognição profunda, ainda que possa haver limitação quanto ao tipo de prova que pode ser produzida, como é o caso do *habeas corpus* ou do mandado de segurança preventivos (Badaró, 2017).



## 1.5 PRESSUPOSTOS GENÉRICOS

Como já dissemos, independentemente da roupagem legal ou de requisitos próprios que eventualmente disciplinem medidas específicas, as cautelares, genericamente falando, devem preencher dois pressupostos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Você já deve ter visto e estudado isso, talvez em teoria geral do processo ou em processo civil. Pois bem – no crime, essencialmente, é a mesma coisa, adaptando-se a nomenclatura, conforme quadro ao lado.

*fumus boni iuris*

· *fumus comissi delicti*

*periculum in mora*

· *periculum libertatis*



Em que pese a falta de sistematização das cautelares no Código de Processo Penal e a inexistência de um processo penal cautelar autônomo, isso não significa dizer que esses provimentos cautelares possam ser determinados durante a persecução penal sem a observância de requisitos e fundamentos próprios do processo cautelar. Como espécies de provimentos de natureza cautelar, as medidas cautelares de natureza pessoal jamais poderão ser adotadas como efeito automático da prática de determinada infração penal. Sua decretação também está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Não se pode pensar que as medidas diversas da prisão, por não implicarem a restrição absoluta da liberdade, não estejam condicionadas à observância dos pressupostos e requisitos legais. Pelo contrário. À luz da garantia da presunção de não culpabilidade e da própria redação do art. 282 do CPP, nenhuma dessas medidas pode ser aplicada sem que existam os pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

### 1.5.1 *Fumus comissi delicti*

Trazendo para o vernáculo, seria a ‘fumaça do cometimento de um delito’. Caracteriza uma espécie de juízo de probabilidade em relação à culpabilidade - materialidade e autoria; uma espécie de diagnóstico criminal.

Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese! No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (Júnior, 2018).

O magistrado faz um juízo apriorístico sobre viabilidade da ação penal e de possível condenação, diante de um lastro probatório mínimo (não se exige prova definitiva/cabal) para constatar a *materialidade* e a *autoria* (referidos na parte final do art. 312 do CPP).

Diz respeito à plausibilidade/verossimilhança da imputação (da prática de delito por parte do agente). A cognição não é exauriente: trabalha-se com o juízo do ‘provável’ (verossímil, com mais elementos em uma direção que em outra, embora a dúvida possa persistir) e não do ‘possível’ (neutro).

Como ensinava o saudoso professor PITOMBO, o *juízo do provável* não se confunde com o *juízo do possível*. Veja, neste sentido, as palavras do mestre: “**Juízo possível** consiste naquele que, logicamente, não é contraditório. Inexistem razões fortes, pró, ou contra. Emerge neutral, assim: é possível que o homem seja o homicida, mas é possível que não o seja. **Juízo provável** é o verossímil. Aproxima-se da verdade, sem, necessariamente, ser verdadeiro. Parte de razões fortes, porém, ainda não decisivas. Não bastante suficientes. Surge aneutral, assim: é provável que o homem seja o homicida, por causas das provas colhidas, mas talvez não seja”. [...]

Quando se afirma que algo é possível, há a mesma chance ou ao menos próxima de aquilo não ser possível (é possível que caia um raio em determinada residência, por exemplo). Como lembra GUSTAVO BADARÓ, o possível abrange até mesmo aquilo que raríssimamente acontece (Mendonça, 2011).

Assim explica RENATO BRASILEIRO:

O *fumus boni iuris* enseja a análise judicial da plausibilidade da medida pleiteada ou percebida como necessária a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança e em cognição sumária dos elementos disponíveis no momento, ou seja, basta que se possa perceber ou prever a existência de indícios suficientes para a denúncia ou eventual condenação de um crime descrito ou em investigação, bem como a inexistência de causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade. [...]

Apesar de o art. 282 do CPP não exigir expressamente a presença do *fumus comissi delicti* para a adoção das medidas cautelares diversas da prisão, mas apenas que a medida seja necessária e adequada (CPP, art. 282, I e II), e que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente (CPP, art. 283, § 1º), não se pode perder de vista que estamos diante de um provimento de natureza cautelar. Por isso, embora as exigências para a decretação das medidas cautelares diversas da prisão possam ser menores ou menos intensas do que as exigências feitas para a prisão preventiva, não pode a lei deixar de exigir a presença do *fumus comissi delicti*, tal como fez para a prisão preventiva, sob pena de possível abuso na aplicação dessas medidas cautelares. Daí por que nos parece que, apesar de não haver previsão legal expressa, a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão deve observar, por analogia com a disciplina da prisão preventiva, o pressuposto negativo do art. 314 do CPP, razão pela qual não podem ser decretadas se o juiz visualizar que o fato fora praticado sob o abrigo de alguma causa excludente da ilicitude (Lima, 2018).

É a suspeita razoável para a cautelar, com elementos concretos e não deve se traduzir em juízo antecipatório do mérito ou da pena.

[...] o *fumus boni iuris* (ou *fumus comissi delicti*) traduz o juízo *ex ante*, ainda que no campo das probabilidades, de que a pessoa contra quem se dirige a medida cautelar possa ter sido o autor da prática delituosa sob apuração, viabilizando-se, assim, uma futura ação penal (na hipótese de a medida ter sido postulada na fase das investigações) ou uma posterior sentença de condenação (no caso de o pleito ter sido realizado no curso do processo). Muito embora não haja uma disciplina geral acerca dos elementos que compõem o *fumus boni iuris*, é certo que este requisito corresponde aos indícios suficientes de autoria e à prova da existência do crime, tal como previsto no art. 312, 2.ª parte, do CPP, especificamente em relação à prisão preventiva (Avena, 2017).

Enquanto no processo civil, neste ponto, se verifica a probabilidade do direito, no processo penal a análise se dá sobre a plausibilidade da imputação, exigindo, nos mais variados casos concretos, o convencimento sobre a existência de um crime praticado por um provável e determinado agente.



### 1.5.2 *Periculum libertatis*

Em bom português seria o ‘perigo na liberdade’. Caracteriza um juízo de probabilidade da ocorrência de um dano. É um juízo para o futuro, um prognóstico diante da situação atual. Não se exige que algum dano tenha ocorrido, mas é necessário que se constate, diante de elementos concretos e não por ilações, a probabilidade de ele acontecer.

Seguindo a mesma linha de CALAMANDREI, a doutrina considera, equivocadamente, o *periculum in mora* como outro requisito das cautelares.

Em primeiro lugar, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento.

Em segundo lugar, a confusão aqui vai mais longe, fruto de uma equivocada valoração do perigo decorrente da demora no sistema cautelar penal. Para CALAMANDREI, o *periculum in mora* é visto como o risco derivado do atraso inerente ao tempo que deve transcorrer até que recaia uma sentença definitiva no processo.

Tal conceito se ajusta perfeitamente às medidas cautelares reais, em que a demora na prestação jurisdicional possibilita a dilapidação do patrimônio do acusado. Sem embargo, nas medidas coercitivas pessoais, o risco assume outro caráter.

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-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 criado por sua conduta (em relação à coleta da prova).

O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

No mesmo sentido explica BRASILEIRO:

O *periculum in mora*, por sua vez, caracteriza-se pelo fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser concedida, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tomasse inócua, ineficaz.

Em outras palavras, *periculum in mora* nada mais é do que o perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional. No tocante às medidas cautelares de natureza real, como o sequestro e o arresto, esse conceito de *periculum in mora* se ajusta de maneira perfeita, pois a demora da prestação jurisdicional possibilitaria a dilapidação do patrimônio do acusado. Em se tratando de medidas cautelares de natureza pessoal, no entanto, o perigo não deriva do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, mas sim do risco emergente da situação de liberdade do agente. Logo, em uma terminologia mais específica à prisão cautelar, utiliza-se a expressão *periculum libertatis*, a ser compreendida como o perigo concreto que a permanência do suspeito

em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social (Lima, 2018).

Representa a urgência e a necessidade para evitar perigo a algum bem jurídico relevante. Traduz-se pelo risco de ineficácia, risco de dano irreparável. Um artigo do antigo e outro do novo Código de Processo Civil, respectivamente, nos dão a noção desse pressuposto:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver **fundado receio de** que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra **lesão grave e de difícil reparação**.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de direito e o **perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**.

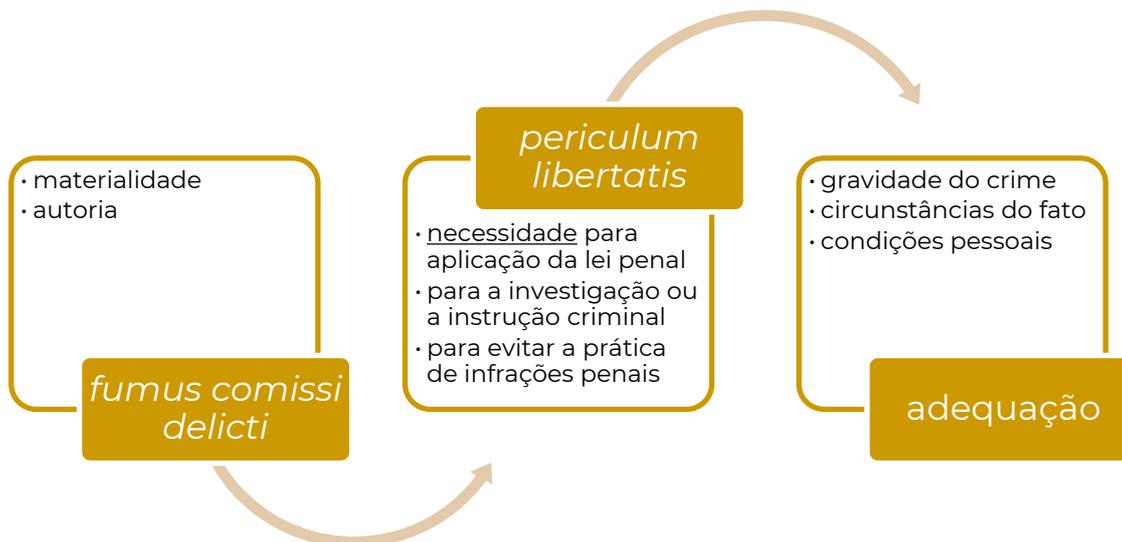
A pergunta é a seguinte: **qual o perigo que a liberdade do agente pode trazer ao processo ou aos bens por ele tutelados?** Não se admite medida cautelar como mera antecipação de pena (presunção de inocência impede).



O *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) corresponde à efetiva demonstração de que a liberdade plena do agente (sem qualquer restrição, obrigação ou condicionamento) poderá colocar em risco a aplicação da pena que venha a ser imposta, o resultado concreto do processo ou a própria segurança social. Este requisito confunde-se com os vetores a que estão vinculados o princípio da necessidade, consagrado no art. 282, I, do CPP, os quais consistem na 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 (Avena, 2017).

Nenhuma medida cautelar pode ser aplicada se não demonstrada, concretamente, sua real e efetiva necessidade. O Código de Processo Penal é expresso no inc. I do art. 282 e somente se presentes esses fins é que se poderá aplicar medida cautelar. A 'causa final' ou a 'justificativa' (*periculum*) é praticamente a mesma para todas as medidas cautelares, só havendo distinção em razão da adequação para o caso concreto.

Em outras palavras: o *periculum*, a necessidade das medidas cautelares (seja ela qual for) é verificada, basicamente, pelas diretrizes do inc. I do art. 282 do CPP; o que varia é escolha da medida – se vai ser uma leve ou uma mais grave (até prisão) é a adequação que define. O *periculum* traduz a necessidade e a adequação define a escolha da medida.



Com base nos dois pressupostos genéricos e no art. 282 do CPP, elaboramos o esquema acima. Suponha que num determinado caso concreto, alguém represente/requeira a aplicação de uma medida cautelar. A análise sequencial que o juiz faz é a seguinte:

**1º)** verifica se, para aquele crime, é cabível medida cautelar (arts. 283, § 1º, 312, parágrafo único, 313 do CPP, dentre outros);

**2º)** faz um diagnóstico da materialidade e da autoria, um juízo de probabilidade da imputação – *fumus comissi delicti*;

**3º)** examina se a medida é necessária, urgente, se existe perigo na liberdade plena que imponha a intervenção judicial imediata no caso para efeito de restringi-la – *periculum libertatis*; se até aqui as análises foram positivas, a medida cautelar deve ser deferida, restando apenas definir qual delas;

**4º)** dentre as várias medidas cautelares (arts. 319, 312), avalia, pelos critérios do inc. II do art. 282 do CPP, qual (ou quais porque elas podem ser cumuladas, art. 282, § 1º) é a mais adequada, lembrando que prisão só em último caso (subsidiariedade) – *adequação*.

Mais uma vez a redação do art. 282 do Código de Processo Penal:

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.

Compare, diante da correspondência em cores, com o *caput* do art. 312 do CPP:

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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Repere, ainda, que o perigo na liberdade (*periculum libertatis*) agora tem previsão expressa na parte final do art. 312 do CPP (que trata da prisão preventiva), diante do acréscimo operado pelo Pacote Anticrime.

Existe uma estreita relação; “como se percebe, tanto as prisões cautelares quanto as medidas cautelares diversas da prisão destinam-se a proteger a aplicação da lei penal, a apuração da verdade, ou, ainda, a própria coletividade, ameaçada pela perspectiva do cometimento de novas infrações penais. O que varia, como se percebe, não é a justificativa para a adoção da cautela, mas sim o grau de lesividade decorrente de cada uma delas”.

Decretar a prisão preventiva com base na garantia de aplicação da lei penal e determinar a proibição de ausentar-se da comarca, com o recolhimento do passaporte do agente (CPP, art. 319, IV, c/c art. 320) têm igual preocupação em assegurar a aplicação da lei penal, variando apenas o *quantum* de sacrifício da liberdade do agente.

É equivocado, portanto, querer condicionar a decretação das medidas cautelares do art. 319 ao não cabimento da prisão preventiva, como o faz o art. 321 do CPP, porquanto qualquer medida cautelar de natureza pessoal toma como parâmetro as mesmas circunstâncias que justificam a decretação da prisão preventiva. Na verdade, como bem observa MACHADO CRUZ, “a prisão preventiva é cabível, mas a sua decretação não se mostra necessária, porque, em avaliação judicial concreta e razoável, devidamente motivada, considera-se suficiente para produzir o mesmo resultado a adoção de medida cautelar menos gravosa”.

Exemplificando, suponha-se que determinado funcionário público tenha exigido, para si, vantagem indevida em razão do exercício de suas funções, o que caracteriza o crime de concussão (CP, art. 316). Iniciadas as investigações para apurar o referido delito, a autoridade policial toma conhecimento que o agente continua a praticar o mesmo crime. Nesse caso, evidenciado o perigo que a permanência do acusado em liberdade representa para a coletividade, ante o risco de reiteração delituosa, sua prisão preventiva poderia ser decretada com base na *garantia da ordem pública*. Porém, com a recente introdução das medidas cautelares diversas da prisão, ao juiz agora é deferida a possibilidade de adotar um provimento igualmente eficaz, porém com grau de lesividade bem menor. De fato, como a reiteração da prática do crime de concussão só é possível por conta do exercício da função pública, decretada a medida cautelar da suspensão do exercício da função pública (CPP, art. 319, VI), conseguirá o magistrado atingir a mesma finalidade que seria ultimada pela prisão preventiva, a saber, impedir o cometimento de novos crimes.

Portanto, verificando o magistrado que tanto a prisão preventiva quanto uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP são idôneas a atingir o fim proposto, deverá optar pela medida menos gravosa, preservando, assim, a liberdade de locomoção do agente. No entanto, caso a liberdade plena do agente não esteja colocando em risco a eficácia das investigações, o processo criminal, a efetividade do direito penal, ou a própria segurança social, não será possível

a imposição de quaisquer das medidas cautelares substitutivas e/ou alternativas à prisão cautelar.

Por fim, a despeito de o art. 282, I, do CPP, dispor que as medidas cautelares previstas no Título IX deverão ser aplicadas observando-se a 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, quando se analisa o texto do art. 319 do CPP, parece que há medidas cautelares em espécie que aparentemente restringem o âmbito de sua aplicação apenas à determinada finalidade.

É o que ocorre, por exemplo, no art. 319, VI, do CPP, onde o legislador faz menção à suspensão do exercício de função pública quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. À primeira vista, fica parecendo que tal medida só poderia ser utilizada para essa finalidade - evitar a reiteração delituosa. Porém, pensamos que tal entendimento é equivocado, já que todas as medidas cautelares recentemente inseridas no CPP podem ser utilizadas para tentar neutralizar qualquer situação de perigo prevista no art. 282, I, do CPP. O que o art. 319 faz, ao estabelecer a finalidade de determinada medida, é simplesmente orientar o juiz no sentido de sua aptidão para atingir determinados objetivos, o que, no entanto, não significa que sua decretação não possa ser levada a efeito com o objetivo de neutralizar outros riscos à eficácia do processo. Logo, no exemplo citado, da mesma forma que a suspensão pode ser imposta para impedir a reiteração delituosa, também pode ser aplicada quando houver o risco de que a permanência do acusado no exercício da função possa causar prejuízos à produção probatória, em situações em que o acusado esteja destruindo provas, ameaçando testemunhas, etc (Lima, 2018).

## Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Pressuposto indispensável à imposição de qualquer das medidas arroladas nos arts. 319 e 320 é a existência de imputação relacionada à prática de delito, que pode ser doloso ou culposo. Há que se ter em mente, entretanto, que nem sempre a prática de delito sujeitará seu suposto autor a qualquer das restrições, na medida em que dispõe o § 1º do art. 283 que as medidas cautelares previstas no Título IX não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Disso decorre, por exemplo, a absoluta impossibilidade de aplicação de uma das medidas catalogadas àquele que for surpreendido na prática do crime de porte ilegal de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei de Drogas)”.

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “As medidas cautelares, sendo verdadeiramente excepcionais, devem ser impostas somente quando preenchidos alguns requisitos imprescindíveis à sua decretação: o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*. A expressão *fumus comissi delicti* equivale, no âmbito penal, ao *fumus boni iuris* (“fumaça do bom direito”) exigido nas medidas cautelares de natureza cível. Todavia, no ramo processual penal, o genérico *fumus boni iuris* consiste, especificamente, no juízo apriorístico de viabilidade e probabilidade da ação penal, se tratamos de medida decretável no curso da investigação criminal, bem como da provável condenação ao final da instrução criminal, se de ação penal tratamos. Em resumo, devem ser constatados os indícios de autoria (aferíveis caso a caso, conforme o prudente arbítrio do magistrado) e a razoável suspeita da ocorrência do crime. Ou seja, cobra-se a existência de um lastro probatório mínimo sobre a existência do crime e do elemento subjetivo do mesmo (dolo ou culpa). O *periculum in libertatis*, advindo do *periculum in mora* presente nas medidas cautelares de natureza extrapenal, consiste na demonstração do efetivo risco da liberdade ampla e irrestrita do agente, assegurando-se o resultado prático do processo. Note-se que o *periculum in libertatis* pode ser grave o suficiente para exigir a imposição da medida de prisão. No entanto, se demonstrado que a liberdade do agente não é empecilho para o desenvolvimento do processo e do inquérito, mas que, todavia, devem ser impostas algumas restrições ou vedações, é



justificável a imposição das medidas cautelares. Portanto, a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*, em tese, torna possível a imposição da medida cautelar. Frise-se que a existência de apenas um dos requisitos não justifica a imposição das medidas, de modo que ambos devem estar cumulativamente presentes no caso em tela, conforme já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao constatar a presença do *fumus comissi delicti*, mas não do *periculum in libertatis*, relativa à imprescindibilidade da medida: Processo Penal. *Habeas Corpus*. Prisão preventiva. *Fumus comissi delicti*. Configuração. *Periculum in libertatis*. Ausência. Confirmação da liminar. Concessão parcial da ordem. I — O *fumus comissi delicti* está configurado, segundo a inicial acusatória, por haver indícios de que o paciente tenha atuado no crime de quadrilha, o que foi corroborado pelo recebimento da denúncia pelo Juízo de Primeiro Grau. II — Na decisão impetrada não restou demonstrada, com base em elementos concretos, a imprescindibilidade da medida à luz das circunstâncias autorizadoras que serviram de esteio ao decreto prisional impugnado. III — Liminar tornada definitiva e ordem parcialmente concedida, para que o paciente responda ao processo em liberdade, mediante termo de compromisso (TRF 2, HC 2007.02.01.017269-7, rel. Abel Gomes, DJU, 10.4.2008)”.

**NESTOR TÁVORA** (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016). “Como toda medida cautelar, pressupõem a presença do *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e demonstração da materialidade), que é a justa causa para a decretação da medida, somando-se ao *periculum* ao regular transcorrer da persecução penal, ou o risco inerente a liberdade plena, de sorte que as amarras ao agente caracterizam exatamente a pertinência da constrição às circunstâncias do fato. Exigem assim: 1) a 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. Espera-se com isso coibir a ocorrência de fuga, preservar a colheita dos elementos indiciários e/ou a prospecção probatória, assim como evitar a reiteração de delitos, seja quando a manutenção do agente no desempenho funcional facilite a perpetuação criminosa, ou quando a convivência social em horários específicos ou fins de semana facilitem a delinquência. 2) a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Tem-se aqui vetores interpretativos que vão balizar, inclusive, a escolha da cautelar que tenha maior aderência, levando em conta a gravidade (concreta) do delito, as circunstâncias de como o fato criminoso foi praticado, retratando a historiografia do crime, além das condições pessoais do agente, individualizando-se a conduta e o seu protagonista. 3) aplicação isolada, cumulada ou alternada de pena privativa de liberdade. É dizer, as cautelares em voga não se destinam a infrações que têm na multa a única pena, caracterizando verdadeiras contravenções. Da mesma forma, quando a única sanção prevista é a restrição de direitos, como ocorre no porte para uso de drogas, caracterizado como crime, porém sem reprimenda cerceadora da liberdade (art. 28, Lei nº 11.343/06)”.

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “Tratando-se a prisão preventiva e as medidas alternativas dos arts. 319 e 320 do CPP de provimentos de natureza cautelar, é intuitivo que a sua decretação vincula-se, também, à demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) corresponde à efetiva demonstração de que a liberdade plena do agente (sem qualquer restrição, obrigação ou condicionamento) poderá colocar em risco a aplicação da pena que venha a ser imposta, o resultado concreto do processo ou a própria segurança social. Este requisito confunde-se com os vetores a que estão vinculados o princípio da necessidade, consagrado no art. 282, I, do CPP, os quais consistem na 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. [...] Já o *fumus boni iuris* (ou *fumus comissi delicti*) traduz o juízo *ex ante*, ainda que no campo das probabilidades, de que a pessoa contra quem se dirige a medida cautelar possa ter sido o autor da prática delituosa sob apuração, viabilizando-se, assim, uma futura ação penal (na hipótese de a medida ter sido postulada na fase das investigações) ou uma posterior sentença de condenação (no caso de o pleito ter sido realizado no curso do processo). Muito embora não haja uma disciplina geral acerca dos elementos que compõem o *fumus boni iuris*, é certo que este requisito corresponde aos indícios suficientes de autoria e à prova da existência do crime, tal como previsto no art. 312, 2.ª parte, do CPP, especificamente em relação à prisão preventiva. No tocante à prova da existência do crime nas infrações que deixam vestígios, parte da doutrina flexibiliza a demonstração deste requisito quando se trata de medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320 do CPP), sustentando sua imprescindibilidade apenas para a decretação da preventiva. Divergimos, em parte, desta orientação. Concordamos, enfim, que o exame de corpo de delito não é imprescindível para a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, mas pensamos que sua ausência também não é um óbice intransponível



para a decretação da prisão preventiva, assim como não o é para o recebimento da denúncia e nem mesmo para um veredicto condenatório”.

## 1.6 PROCEDIMENTO - PARÁGRAFOS DO ART. 282 DO CPP

A doutrina, quando vai falar das medidas cautelares, muitas vezes diz a mesma coisa usando nomenclaturas e classificações diferenciadas; por exemplo: uns chamam de princípio o que outros explicam como característica, e vice-versa. Aliás, o próprio conceito de ‘princípio’ é controverso no Direito. Temos receio de que essas inconsistências nominais dificultem o aprendizado.

Sendo assim, pretendemos objetivar a análise de alguns pontos e faremos isso analisando um a um os parágrafos do art. 282 do Código de Processo Penal.

### 1.6.1 Aplicação isolada ou cumulativa

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Estamos diante da antes indicada característica da *cumulatividade*. Por ela compreendemos que as medidas cautelares podem ser aplicadas sozinhas (tanto que sejam suficientes) ou de forma conjunta, na medida do que seja necessário e adequado e desde que haja compatibilidade entre elas.

Haveria possibilidade de cumulação da prisão preventiva com alguma outra medida cautelar? A maior parte da doutrina é contrária, apontando que a prisão é a mais drástica das medidas, incompatível com restrições de menor envergadura. Não obstante, MADEIRA aponta entendimento favorável à cumulação:

A maioria da doutrina entende pela impossibilidade desta cumulação. Isto porque consideram a prisão preventiva a medida cautelar mais intensa e a literalidade do art. 282, parágrafo sexto, impediria tal cumulação. Isto porque o parágrafo mencionado é claro em dizer que será cabível a prisão preventiva se não couber nenhuma medida diversa da prisão. Neste sentido é a posição de GUSTAVO BADARÓ.

Entendemos, contudo, de maneira diversa ou, ao menos, de maneira um pouco distinta da posição majoritária. É certo que a prisão preventiva é a medida cautelar mais intensa e, bem por isso, em princípio não há sentido lógico em se cumular uma medida alternativa à prisão com a prisão preventiva.

No entanto, devemos lembrar que as medidas cautelares são instrumentais ao processo e ao próprio direito material. Assim, imaginemos a situação de alguém que tem sua prisão preventiva decretada. Imaginemos ainda que esta pessoa já de dentro da prisão escreva cartas ameaçadoras para as testemunhas e para a vítima ou ainda que tenha sido substituída a prisão preventiva por prisão domiciliar e que a pessoa, em sua casa, envie e-mails ameaçadores para as testemunhas ou vítima.

Ora, diante deste quadro é de se perguntar: porque motivo não seria possível cumular a prisão preventiva com a medida prevista no art. 319, III, do CPP (proibição de contato com determinada pessoa)?

A interpretação gramatical deve ceder espaço para a interpretação teleológica do instituto e, bem por isso, entendemos que de maneira excepcional é possível cumular as medidas previstas no art. 319 com eventual prisão preventiva que tenha sido decretada.

Entendemos, portanto, que poderá haver cumulatividade das medidas do art. 319 desde que elas não sejam ontologicamente incompatíveis com a prisão. Assim, poderá haver cumulação com as medidas dos incs. III e VI e, caso o indiciado ou acusado se encontre em prisão domiciliar, poderá haver cumulação com a medida do inc. IX, todos do art. 319 do CPP (Dezem, 2018).

É muito comum que as medidas cautelares aplicadas representem mais de uma obrigação para os sujeitos; aliás, no que diz respeito à fiança, a regra é que ela venha acompanhada de outras obrigações legais que o afiançado deve cumprir.

**Exemplo:** a exigência de fiança vem acompanhada da necessidade de comparecimento aos atos da investigação e do processo, sob pena de quebraamento (art. 327 e art. 328, CPP), além de se exigir do afiançado a comunicação quanto à mudança de residência e a autorização para ausência por prazo superior a oito dias. Assim, não há razão alguma para se impor ao afiançado a medida cautelar do art. 319, I e IV, do CPP (Pacelli, et al., 2018).

Outra situação bastante usual é a *monitoração eletrônica* (art. 319, IX, CPP) ser aplicada conjuntamente com o *recolhimento domiciliar* (art. 319, V, CPP), inclusive como forma de se efetivar a fiscalização da última medida.

## 1.6.2 Legitimidade

Nos pontos a seguir, traremos a lei antiga e a lei nova, decorrente das alterações do Pacote Anticrime, inclusive para que possamos comparar e compreender as alterações<sup>5</sup>.

~~§ 2º~~ As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, ~~de ofício~~ ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

<sup>5</sup> Fique atento, na medida em que 'aquilo que mudou' costuma ser cobrado em concursos.

Aqui encontramos a característica da jurisdicionalidade, quando a norma fala que *as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz*. Eis uma cláusula de reserva jurisdicional.

Antes das alterações do Pacote Anticrime, em fase de processo o juiz podia decretar medida cautelar de ofício. A proibição para agir de ofício, em fase de investigação, já existia. Agora, por decorrência da Lei 13.964/2019, o juiz não pode mais decretar medida cautelar 'de ofício' em qualquer momento da persecução penal. Dependerá o magistrado, sempre, de provocação. Não pode mais tomar a iniciativa nesse sentido.



As razões da alteração, 'pra variar', resumem-se ao fortalecimento do sistema acusatório, procurando evitar que o juiz tenha sua imparcialidade corrompida diante de medidas por ele próprio intentadas. A separação de atribuições tem sido, nos últimos anos, uma grande preocupação do legislador, muito influenciado pelas doutrinas mais garantistas.

Essa proibição pode causar uma certa incongruência no sistema. Repare. Quem preside o processo é o juiz; ele é o responsável pelo desfecho da ação (impulso oficial) e pela regularidade dos atos processuais; ele que tem o poder de polícia nas audiências e quando da realização dos atos processuais; todavia, paradoxalmente, não pode, por si, determinar medidas cautelares tendentes a fazer cumprir essas atribuições todas!

Exemplo: suponha que o juiz constate, num processo, que o réu está procurando e constringendo testemunhas, para que elas não compareçam na audiência ou não falem o que sabem. Embora numa situação dessas se faça necessária uma medida cautelar por 'necessidade da instrução criminal' (inc. I do art. 282 do CPP), talvez a proibição de contato (art. 319, III, CPP), o juiz nada poderá fazer ou tutelar sem a iniciativa das partes.

Importante lembrar que dentro do processo penal não temos um verdadeiro 'processo' cautelar, autônomo e de rito regulamentado - não; temos apenas medidas cautelares, absolutamente acessórias e instrumentais.

Dentro desse contexto, e tratando da legitimidade ativa, poderíamos indagar: **a autoridade policial teria legitimidade para representar pela aplicação de medidas cautelares?** SIM, não temos dúvida disso.

Por primeiro, há que se observar que, [...] inexistente no processo penal o processo cautelar propriamente dito, no sentido mais tradicional da teoria geral do processo, a exigir a demanda, partes legitimadas, pedido e demais requisitos da citada tutela processual (cautelar). Assim, e embora não estejamos de acordo com a opção legislativa, parece-nos **irrecusável a validade da legislação ora vigente** (e sempre foi assim, desde o ano de 1941), **que atribui à polícia judiciária a capacidade de representação junto ao juiz, para fins da imposição de determinadas medidas cautelares, se e quando no curso da fase de investigação**. Ver, nesse sentido, o disposto no art. 282, § 2º, e no art. 311, ambos do CPP, referindo-se a essa capacidade das autoridades policiais (os Delegados) na fase de investigação. Há quem não admita semelhante possibilidade, ao entendimento que apenas a parte legitimada ao processo – querelante, na ação privada, e Ministério Público – teria capacidade postulatória. É o caso, por exemplo, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em entendimento manifestado na apreciação do Procedimento MPF – 1.00.001.000095/2010-86, julgado em 2.12.2010. O inconformismo é justificável, do ponto de vista teórico. A nosso juízo, deveria mesmo caber ao legitimado ativo a postulação de quaisquer providências que tenham consequências, ainda que

futuras, no processo. No entanto, não vemos como enxergar na Constituição da República qualquer óbice à legislação que disponha sobre a capacidade de solicitação de providências judiciais na fase de investigação. Ao contrário, bem examinadas as coisas, a nossa Constituição deu-se ao trabalho de registrar as funções da polícia judiciária (art. 144, § 1º, I e IV, e § 4º, CF). Pior, ao dispor sobre o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público (art. 129, VII, CF), deixou à legislação complementar a regulamentação da aludida atribuição. E essa, de que é exemplo mais bem acabado a Lei Complementar nº 75/93, que trata do Ministério Público da União, nada dispõe acerca da suposta privatidade ministerial ou da parte processual com capacidade exclusiva acerca das providências cautelares da fase de investigação (ver arts. 3º e 9º). Por isso, aliado ao fato de que a legislação processual penal não contempla um processo cautelar, como procedimento judicial anterior ao processo principal, cuidando da fase de investigação como matéria administrativa, parecem-nos válidas as normas legais que concedem semelhante capacidade (de representação ao juiz) à autoridade policial, desde que limitada, é claro, à aludida fase (de investigação). Uma ressalva: se o Ministério Público, que deverá ser cientificado das providências representadas pela autoridade policial, entender ausentes elementos suficientes para o prosseguimento das investigações, ou mesmo que o caso é de arquivamento por outra razão qualquer (incluindo, e, sobretudo, atipicidade manifesta da conduta), deverá ele antecipar-se à apreciação judicial acerca das cautelares, manifestando-se nesse sentido (do arquivamento), por uma ou outra razão (Pacelli, 2018).

Em relação a esse ponto – **representação da autoridade sem chancela do Ministério Público** –, BRASILEIRO faz as seguintes ponderações, em sentido contrário:

Questão pouco debatida na doutrina diz respeito à possibilidade de decretação de medidas cautelares de natureza pessoal, aí incluída a prisão cautelar, durante a fase investigatória, em virtude de representação da autoridade policial, porém sem a prévia oitiva do Ministério Público.

De acordo com o art. 129, inciso I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o titular da ação penal pública. Essa titularidade também diz respeito a todas as demais medidas de natureza cautelar. Com efeito, devido ao caráter instrumental das medidas cautelares em relação à ação principal, devem elas ser pleiteadas pelo próprio titular da ação de acordo com a estratégia processual considerada eficiente e adequada para viabilizar a ação principal. Assim, a nosso ver, só pode se admitir o manejo das medidas cautelares por parte daquele que esteja na legítima condição de parte para o processo principal.

Se o Código de Processo Penal ainda prevê a possibilidade de as medidas cautelares serem decretadas em face de representação da autoridade policial, sem que se refira à necessária e prévia aquiescência do órgão do Ministério Público (CPP, art. 282, § 2º, e art. 311), deve-se compreender que assim o faz porquanto, na vigência da ordem constitucional pretérita, ainda se admitia o compartilhamento da titularidade da ação penal pública entre o Ministério Público, delegados de polícia e até a própria autoridade judiciária.

De fato, de acordo com o art. 26 do CPP, tido como não recepcionado pela Carta Magna, a ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial. Assim, no regime constitucional anterior, admitia-se uma representação direta entre autoridade policial e Poder Judiciário, na medida em que aquele detinha parcela da titularidade na persecução penal.



Com a titularidade privativa da ação penal pública por parte do Ministério Público e a consequente adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), nenhuma outra autoridade detém legitimidade para postular medida cautelar para fins de instrumentalizar futura ação penal pública. Assim, no caso de representações da autoridade policial noticiando a necessidade de adoção de medidas cautelares para viabilizar a apuração de infração penal, ou até mesmo para assegurar a eficácia de futuro e eventual processo penal, é cogente a manifestação do órgão ministerial, a fim de que seja avaliado se a medida sugerida é (ou não) necessária e adequada aos fins da apuração da infração.

Por conseguinte, a decretação da prisão preventiva na fase investigatória mediante representação da autoridade policial, que não é parte na relação processual, funciona como verdadeira hipótese de prisão decretada de ofício, o que, como visto acima, não pode ser admitido durante a fase preliminar, diante da adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988. Tendo em conta que o MP é o titular da ação penal pública, fosse possível a decretação da prisão sem a oitiva do *Parquet*, poder-se-ia ocorrer de, por exemplo, a prisão preventiva ser decretada em hipótese em que o *dominus litis* sequer visualizasse a presença de justa causa para oferecer denúncia. Consideramos, pois, indispensável a oitiva do MP, sob pena de restar caracterizada espécie de prisão preventiva decretada de ofício durante as investigações. Todavia, no curso do processo, como se admite a atuação de ofício pelo juiz em face do interesse público na justa prestação jurisdicional, nada impede que o magistrado decrete a prisão preventiva a partir da representação da autoridade policial, sobretudo quando tiver notícia de reiteração delituosa.

Admitida a legitimidade exclusiva do Ministério Público para solicitar a decretação de medidas cautelares na fase investigatória em crimes de ação penal pública, já que a autoridade policial não é dotada de capacidade postulatória, é importante que haja algum tipo de controle e revisão sobre a atuação ministerial. A sindicabilidade é fundamental nesse ponto, já que não se pode admitir a existência de poderes absolutos, insusceptíveis de controle. Logo, a fim de se evitar que eventual discordância do Ministério Público em face de representação formulada pela autoridade policial no sentido da decretação de prisão cautelar fique imune a qualquer tipo de controle, é possível a aplicação subsidiária do princípio da devolução inserido no art. 28 do CPP. Assim, como aponta a doutrina, o delegado e/ou magistrado, em caso de discordância do membro do *parquet*, devem devolver a apreciação da questão ao órgão superior do Ministério Público (Lima, 2018).

Vejamos como esse específico ponto já foi cobrado em questão dissertativa:

Com. Exam. (MPE GO) - Promotor de Justiça (MPE GO)/2014/58º.

Representações policiais por providências cautelares em face do sistema acusatório. Disserte:

**E o assistente de acusação, tem legitimidade para requerer medida cautelar?**

O assistente de acusação não é mencionado expressamente, mas parece-nos que pode solicitar as medidas cautelares na fase judicial. Realmente, veja que o art. 311 do CPP agora faz menção expressa que o assistente possui legitimidade para solicitar a prisão preventiva. Se possui para a mais grave medida, deve ser concedida a possibilidade para as demais medidas, menos gravosas.



Ademais, se o assistente é considerado *parte* acessória do MP na ação pública, enquadra-se na expressão “requerimento das partes”, indicada no art. 282, § 2º (Mendonça, 2011).

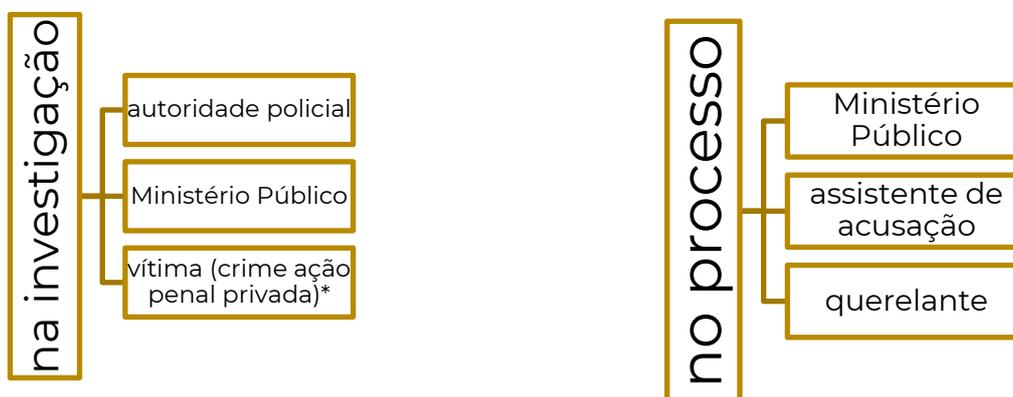
BRASILEIRO, ao reconhecer a possibilidade de o assistente de acusação requerer medida cautelar no curso do processo, defende a superação de súmula do STF:

Se o assistente passa a ter legitimidade para requerer a decretação de medidas cautelares, forçoso é concluir pela superação do enunciado da súmula nº 208 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual "o assistente do Ministério Público não pode recorrer extraordinariamente de decisão concessiva de *habeas corpus*". Ora, se, por força da Lei nº 12.403/11, o assistente passou a ter legitimidade para requerer a prisão preventiva durante o andamento do processo (art. 311), há de se concluir que também passou a ter interesse recursal para impugnar eventual decisão concessiva de *habeas corpus* relativa à prisão preventiva decretada durante o curso do processo penal (Lima, 2018).

**E quanto à vítima?** Numa interpretação mais literal não teria ela legitimidade, em fase investigatória, para requerer a decretação de medidas cautelares. Todavia, há se lembrar que, em crime de ação penal privada, nem mesmo o inquérito policial se instaura sem a manifestação de vontade dela. Sendo assim, parte da doutrina atribui ao ofendido legitimidade para pleitear medidas cautelares, em fase de investigação, em caso de crimes de ação penal privada.

[...] não há justificativa razoável para não se outorgar ao ofendido legitimidade para requerer a medida na fase investigatória na hipótese de crimes de ação penal privada. Ora, se a lei transfere ao ofendido a legitimidade para a ação penal de iniciativa privada, deve obrigatoriamente transferir a ele todos os instrumentos para o exercício do seu direito, dentre os quais o de pleitear a adoção de medidas cautelares (Lima, 2018).

Consolidando o que vimos, quanto à ‘iniciativa’ para as medidas cautelares, nas duas etapas da persecução penal, temos o seguinte quadro:



Se antes do Pacote Anticrime o juiz só podia decretar medida cautelar *de ofício* em fase de processo, agora nem isso. Mesmo nessa fase dependerá de provocação.

### 1.6.3 Contraditório

Nos termos, ainda, do art. 282 do Código de Processo Penal:

~~§ 3º~~ 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.

§ 3º 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, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias**, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Diferente do que se pode pensar, a regra com relação às medidas cautelares é o contraditório prévio. Essa é a conclusão decorrente da simples interpretação da norma que, em outros termos, estabelece que, tirante *os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida*, os requerimentos pela aplicação das medidas devem ser submetidos à parte contrária.

A tutela cautelar, de um modo geral e na maioria dos casos, normalmente é concedida *inaudita altera parte*; ou seja, independente de audiência da parte contrária. Isso acontece diante do pressuposto genérico que impõe urgência na concessão: *periculum in mora*. O § 3º do art. 282 muda um pouco esse panorama para: 1º) estabelecer como regra legal o contraditório prévio (não o diferido); 2º) não olvidar as situações de urgência e de risco que exijam o contrário.

Em face desse preceito, pelo menos em regra, a parte contrária deverá ser chamada para opinar e contra argumentar em face da representação da autoridade policial, do requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, confiando-se ao juiz a ponderação plena e com visibilidade, em face da presença de mais uma e justificada variável, de todos os aspectos que tangenciam a extensão da medida, permitindo-lhe chegar a um convencimento mais adequado sobre a necessidade (ou não) de adoção da medida cautelar pleiteada. De fato, as razões apresentadas pela defesa técnica podem levar o juiz a não adotar a medida cautelar pretendida, não só em uma hipótese de eventual erro quanto à qualificação do verdadeiro autor do delito, como também na hipótese em que ele conseguir demonstrar a desnecessidade do provimento cautelar, ou, ainda, a possibilidade de adoção de medida menos gravosa (Lima, 2018).

Considerando que a lei não faz distinção, o contraditório prévio deve ser observado tanto em fase de investigação quanto no processo. ANDREY BORGES DE MENDONÇA consigna, ainda, que basta a intimação da defesa técnica, ponderando quanto ao prazo.

Não há necessidade e nem utilidade na intimação pessoal do indiciado/acusado, segundo nos parece, salvo se não tiver advogado constituído para que o faça, sob pena de ser-lhe nomeado dativo (Mendonça, 2011).



Perceba que a lei exige a *intimação* da parte contrária, não a manifestação. Significa dizer que deve o juiz oportunizar o contraditório, mas a efetiva atuação da defesa não é obrigatória (como o seria, por exemplo, na apresentação de resposta à acusação, nos termos do § 2º do art. 396-A do CPP). Disso decorre que em caso de omissão o juiz não precisa nomear um defensor dativo para que se manifeste. É oportunidade, não obrigação.

Devemos notar, também, que a lei exigiu que a intimação fosse acompanhada de *cópia do requerimento e das peças necessárias*. Isso, claro, em situações de processos físicos. Evidente que se o advogado foi intimado, já tem acesso ao processo eletrônico e por ele mesmo já consegue verificar os documentos, não há necessidade de encaminhamento algum.

Finalmente, observe-se que a exceção, na prática e conforme a medida cautelar, pode tornar-se a regra. Existem situações e medidas cautelares, como é o caso da prisão preventiva, que na grande maioria dos casos têm ínsita a urgência e/ou o perigo de ineficácia da medida.

Apesar de o art. 282, § 3º, do CPP, ter instituído o contraditório prévio à decretação da medida cautelar, o próprio dispositivo ressalta que, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o provimento cautelar poderá ser determinado pelo magistrado sem a prévia oitiva da parte contrária. É o que pode ocorrer por ocasião da decretação de prisão preventiva, situação em que a prévia comunicação ao acusado pode leva-lo a empreender fuga. Basta imaginar, por exemplo, hipótese de requerimento de decretação de prisão com base na garantia de aplicação da lei penal. Se a própria decretação da medida já pressupõe a demonstração de que o acusado pretende fugir do distrito da culpa, inviabilizando futura e eventual execução da pena, não é leviano concluir que, cientificado o acusado de que o juiz está considerando a possibilidade de prendê-lo cautelarmente, provavelmente irá levar adiante seu desiderato, fugindo. Pensar o contrário é muita ingenuidade.

Nesse caso, a limitação ao exercício do direito de defesa é plenamente constitucional e se apresenta em franca compatibilidade com a prisão cautelar decretada, que pressupõe a surpresa e a imprevidência, preservando a eficácia do processo. Aqui, a defesa terá condições de interferir na decretação da medida cautelar apenas em momento posterior, questionando sua legalidade por meio de eventual recurso ou *habeas corpus*, hipótese em que o contraditório será diferido. Como a observância do contraditório prévio passa a ser a regra em virtude do art. 282, § 3º, do CPP, se o juiz entender que não deve dar prévia ciência ao acusado da possibilidade de imposição de medida cautelar de natureza pessoal contra sua pessoa, deve fazer constar da motivação de sua decisão a situação de urgência ou de perigo de ineficácia da medida que justificou a imposição da cautelar *inaudita altera pars*. Em síntese, o motivo que deu ensejo ao afastamento do contraditório prévio deve fazer parte da fundamentação da decisão (Lima, 2018).



Dois pontos foram acrescentados com o Pacote Anticrime:



- ✓ previsão de prazo de 5 dias para manifestação do réu ou investigado;
- ✓ exigência de justificação/fundamentação empírica por parte do juiz, se for o caso de dispensar contraditório prévio.

### 1.6.4 Descumprimento

Quanto a possível e usual descumprimento das medidas cautelares que forem impostas, dois dispositivos do CPP nos interessam imediatamente, o primeiro constante do art. 282 e o segundo do art. 312:

~~§ 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).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, 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, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

~~Parágrafo único.~~ A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Por essas disposições, a lei criou uma *hipótese de admissibilidade* para a prisão preventiva; em outras palavras, o legislador permitiu (e fez muito bem) que a prisão preventiva fosse decretada, independentemente da caracterização de outros fatores do art. 313 do CPP (outras hipóteses de admissibilidade), em caso de descumprimento das medidas cautelares.

De nada adiantaria a lei conceber várias medidas cautelares (até então inexistentes) sem se preocupar com a efetividade e o cumprimento dessas obrigações. Ninguém cumpre medida cautelar porque ‘assim deseja’; é natural e comum recalcitrância. Daí a necessidade de mecanismos de coerção; o mais eficaz deles, sem dúvida, é a prisão em potencial para os casos de descumprimento.

A título de exemplo, suponha-se a prática de um crime de lesão corporal leve, previsto no art. 129, *caput*, cuja pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Inicialmente, visando impedir a reiteração delituosa, já que o acusado estaria ameaçando a vítima, o juiz determinou a imposição da medida cautelar de proibição de manter contato com pessoa determinada (CPP, art. 319, III), *in casu*, o próprio ofendido. Ocorre que o acusado passou a frequentar, com certa frequência, as imediações próximas ao local de trabalho do ofendido. Ciente do descumprimento da primeira medida imposta, o juiz, então, resolveu impor outra medida cumulativamente, a saber, proibição de frequentar o local de trabalho da vítima (CPP, art. 319, II). Novamente, o acusado deixou de observar as medidas cautelares impostas pelo juiz. Indaga-se: seria cabível a

decretação da prisão preventiva, a despeito de o crime praticado pelo agente não se adequar a nenhuma hipótese do art. 313 do CPP?

Por mais que se deva respeitar a *homogeneidade* das medidas cautelares, não se pode negar ao juiz a possibilidade de decretar a prisão preventiva no caso de descumprimento das cautelares diversas da prisão, ainda que ausente qualquer hipótese do art. 313 do CPP, sob pena de se negar qualquer coercibilidade a tais medidas. Realmente, se dissermos que, na hipótese de não preenchimento do art. 313 do CPP, jamais será possível a decretação da prisão preventiva diante do descumprimento das cautelares diversas da prisão, o art. 319 do CPP tomar-se-á letra morta em relação a tais delitos. Afinal, se o acusado sabe, antecipadamente, que a inobservância das cautelares jamais poderá dar ensejo à conversão em preventiva, isso implica em retirar qualquer força coercitiva das medidas cautelares recém criadas pela Lei nº 12.403/11. De nada terá adiantado, assim, a criação de um amplo e variado leque de medidas cautelares diversas da prisão se, uma vez aplicadas e descumpridas, nada puder ser feito para neutralizar as situações de perigo do art. 282, I, do CPP.

Portanto, tendo em conta que a própria eficácia das medidas cautelares diversas da prisão está condicionada, essencialmente, ao seu caráter coercitivo, de onde se extrai a importância da possibilidade de decretação da preventiva como ameaça constante que deve pairar sobre o acusado para a eventualidade de descumprimento injustificado das medidas do art. 319 do CPP, concluímos que, na hipótese do art. 282, § 4º, c/c art. 312, parágrafo único [atualmente § 1º], a preventiva pode ser decretada independentemente da observância do art. 313 do CPP (Lima, 2018).

ESCLARECENDO!



Em caso de descumprimento de medidas cautelares, questão que se coloca é a seguinte: **o juiz pode decretar a prisão diretamente?** Ou, antes, precisa substituir a medida ou impor outra em cumulação? Queremos averiguar se ele pode aplicar a preventiva *per saltum*<sup>6</sup> ou não, devendo gradativamente ir aplicando medidas mais gravosas.

A expressão *em último caso*, constante do § 4º do art. 282 do CPP, apenas retrata a subsidiariedade da prisão, mas não significa que, necessariamente, o juiz não possa (com o descumprimento da medida cautelar e resguardado o contraditório) aplicá-la diretamente. Tudo se resolve à luz das necessidades do caso concreto. Se a substituição ou a cumulação de plano se revelarem inadequadas, está autorizado o juiz a decretar a preventiva.

Cabe consignar, no particular, que a expressão em último caso, relativa à decretação da preventiva, em substituição a outra cautelar imposta e descumprida, não significa dever o juiz aplicar todas as cautelares possíveis antes de se recorrer a ela. Significa apenas que a preferência deve ser sempre pelo agravamento das medidas cautelares diversas da prisão. A lógica da ordem atual é a evitação do cárcere, sempre que possível. A escolha na substituição de uma cautelar

<sup>6</sup> Locução mais usada na execução penal, quando tratamos da progressão de regime de cumprimento de pena.

por outra, e mesmo pela preventiva, dependerá de cada caso concreto, quando se examinará o tipo de cautelar descumprida e a necessidade e adequação de outra (condições pessoais do agente, gravidade do crime e suas circunstâncias – art. 282, II) (Pacelli, 2018).

Aliás, é bom lembrar que o juiz pode decretar a prisão preventiva diretamente; se ele pode isso, que é ‘o mais’, não haveria razão para impedi-lo ‘do menos’, que é aplicar preventiva em razão do descumprimento de medida cautelar, sem ter que passar por outras imposições intermediárias. BRASILEIRO vai no mesmo sentido:

Verificado o descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão, o que demonstra que o acusado não soube fazer por merecer o benefício da medida menos gravosa, é possível que o juiz determine a substituição da medida, a imposição de outra em cumulação, ou, em última hipótese, a própria prisão preventiva. O magistrado não está obrigado a seguir a ordem indicada no art. 282, § 4º, do CPP. Na verdade, incumbe a ele analisar qual das medidas é mais adequada para a situação concreta.

Para tanto, e em fiel observância ao disposto no art. 282, § 3º, deve ser assegurado ao acusado o contraditório prévio, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, apontando o magistrado, fundamentadamente, as razões pelas quais entendeu necessária a substituição da medida, a imposição de outra em cumulação, ou a imposição da prisão preventiva.

Portanto, o descumprimento a que se refere o art. 282, § 4º, do CPP, além de injustificado, deve ser comprovado mediante o devido processo legal, assegurados ao investigado ou acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, salvo na hipótese de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. A decisão judicial determinando a substituição da medida cautelar descumprida, imposição de outra em cumulação, ou até mesmo a prisão preventiva, deve ser devidamente fundamentada, bem como lastreada em critérios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, *ex vi* do art. 282, incisos I e II, do CPP (Lima, 2018).

Finalmente, pontue-se que o Pacote Anticrime mudou uma questão crucial – basta comparar o texto antigo com o novo. Suprimiu-se a locução *de ofício*, que antes constava no parágrafo 2º do art. 282 do CPP. Significa dizer: **mesmo em casos de descumprimento de medida cautelar, para que possa agir** (seja para substituir ou cumular, seja para decretar a preventiva) **o juiz dependerá**, desde o advento da Lei 13.964/2019, **da provocação dos legitimados**.



Como já dissemos, essa é mais uma proibição que pode causar uma certa incongruência no sistema. Repare. Quem preside o processo é o juiz; ele é o responsável pelo desfecho da ação (impulso oficial) e pela regularidade dos atos processuais; ele que tem o poder de polícia nas audiências e quando da realização dos atos processuais; todavia, paradoxalmente, não pode, por si, constatar e tomar providências em relação a situações de descumprimento de medida cautelar.

**Exemplo:** suponha que o réu esteja afiançado; não obstante, em descumprimento ao que estabelecem os artigos 327 e 328 do CPP, não comparece na audiência e muda de residência sem avisar; pela lei, o juiz vai se restringir a reconhecer a revelia do acusado (art. 367), mas não poderá, se isso não for requerido pelo Ministério Público, substituir a fiança por outra medida cautelar ou mesmo decretar a preventiva (art. 311).



### 1.6.5 Revogação

~~§ 5º~~ O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Estamos, neste ponto, nos reportando à característica da *variabilidade, substitutividade ou revogabilidade*.

Diga-se mais uma vez: as medidas cautelares, todas elas, se submetem à cláusula *rebus sic stantibus*, a recomendar a sua revisão periódica e a impor que em caso de desaparecimento ou alteração dos fatores que outrora a fizeram necessária, seja ela revogada ou substituída por uma mais adequada à situação atual, observada sua excepcionalidade e provisoriedade.

São as medidas cautelares situacionais, pois tutelam uma situação fática de perigo. Desaparecido o suporte fático legitimador da medida, consubstanciado pelo *fumus comissi delicti* e pelo *periculum libertatis*, deve o magistrado revogar a constrição.

Por isso é que se diz que a decisão que decreta uma medida cautelar sujeita-se à cláusula *rebus sic stantibus*, pois está sempre sujeita à nova verificação de seu cabimento, seja para eventual revogação, quando cessada a causa que a justificou, seja para nova decretação, diante do surgimento de hipótese que a autorize (CPP, art. 282, § 5º, c/c art. 316). Enfim, como toda e qualquer espécie de medida cautelar, sujeita-se a decisão que decreta as cautelares de natureza pessoal, inclusive a própria prisão cautelar, à **cláusula da imprevisão**, podendo ser revogada quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, ou renovada se acaso sobrevierem razões que a justifiquem.

Exemplificando, encerrada a instrução criminal, se o juiz passa a ter dúvidas quanto à própria existência do crime, tem-se que o *fumus comissi delicti* deixou de existir. Impõe-se, pois, a revogação da custódia preventiva. Da mesma forma, suponha-se que uma prisão preventiva tenha sido decretada com base na conveniência da instrução criminal, porquanto o acusado estaria constringendo determinada testemunha. Uma vez realizada a audiência una de instrução e julgamento, inclusive com a oitiva da referida testemunha, percebe-se que o motivo que deu origem à prisão deixa de existir. Mais uma vez, também será cabível a revogação da prisão preventiva, sem prejuízo, todavia, da imposição das medidas cautelares diversas da prisão, se acaso necessárias (Lima, 2018).

Nada impede que as medidas cautelares sejam impostas e revogadas quantas vezes forem necessárias. Não se pode, todavia, agir em desconformidade com as decisões proferidas em instância recursal. Por exemplo: não pode o tribunal conceder ordem de HC cassando uma medida cautelar e o juiz simplesmente decretá-la novamente, pelo mesmo motivo que foi objeto do recurso. Somente os fatos novos, supervenientes e que não foram outrora analisados que podem legitimar nova decretação de medida cautelar.

Se em outros pontos dessa matéria o Pacote Anticrime vedou a atitude oficiosa do juiz, aqui a Lei 13.964/2019 introduziu a locução *de ofício ou a pedido das partes*; ou seja: para revogar ou 'abrandar' a medida cautelar (substituir por uma menos gravosa), o magistrado não precisa ser provocado por ninguém. Pode 'tomar a iniciativa'.

ESCLARECENDO!



juízo).

Podemos tirar a seguinte conclusão das inovações da Lei, no que diz respeito às medidas cautelares: o juiz não poderá agir de ofício quando for para 'agravar' a situação do réu ou investigado (decretando, cumulando ou substituindo medidas cautelares); não obstante, podrá agir de ofício quando for para 'abrandar', como acontece quando revoga a medida cautelar ou a substitui por outra menos restritiva (troca, por exemplo, o monitoramento eletrônico pelo comparecimento periódico em

### 1.6.6 Preferência

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

§ 6º 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Essa norma, juntamente com o § 4º quando fala da prisão *em último caso*, estabelece que as medidas cautelares diversas são preferíveis em relação à prisão – esta última *ratio*.

Sempre que possível, portanto, antes de decretar uma prisão preventiva deverá o juiz verificar sobre o cabimento/adequação de outra medida cautelar. Falamos disso quando tratamos do *princípio da necessidade*. Neste momento, vale transcrever outra parte de julgado do Ministro ROGÉRIO SCHIETTI, no STJ:

[...] Por isso que, nessa medida, não só o artigo 321 do CPP é passível de crítica, na forma alhures esposada, mas também o § 6º do art. 282 do mesmo diploma legal, consoante o escólio de GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ: O novo sistema de medidas cautelares pessoais deixa claro que as medidas cautelares alternativas à prisão são preferíveis em relação à prisão preventiva, dentro da ótica de que sempre se deve privilegiar os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais. Sendo **necessária** a imposição de alguma medida cautelar para tutelar o processo, seja quanto à instrução criminal, seja quanto ao seu resultado final, a primeira opção deverá ser uma medida cautelar alternativa à prisão (CPP, art. 319 e 320). Somente quando nenhuma das medidas alternativas for adequada às finalidades assecuratórias que o caso exige, seja pela sua aplicação isolada, seja por sua imposição cumulativa, é que se deverá verificar o cabimento da medida mais gravosa, no caso, a prisão preventiva. Nesse sentido é que deve ser interpretado o novo § 6º do art. 282: "a prisão preventiva será determinada quando não for cabível sua substituição por outra medida cautelar art. 319)". A preferibilidade das medidas cautelares alternativas à prisão tem, como reverso da moeda, a excepcionalidade da prisão preventiva. A prisão preventiva é a extrema *ratio*, somente podendo ser determinada quando todas as outras

medidas alternativas se mostrarem inadequadas. A redação do § 6º do art. 282 do CPP, porém, não é isenta de críticas. Por primeiro, merece registro o ato falho do legislador que parece ainda ter em mente que o sistema de medidas cautelares tem seu epicentro na prisão preventiva, seu astro-rei, em torno do qual gravitam as medidas cautelares. Mais grave do que tal mentalidade ter inspirado o legislador, será se tal forma de pensar continuar a influenciar as decisões judiciais. O magistrado que permanecer raciocinando a partir da prisão preventiva, como primeira, principal e referencial medida, que eventualmente poderá ser "substituída" por "outra medida cautelar", tal qual um "favor judicial" ou um "benefício" generosamente concedido ao acusado, estará violando o **caráter subsidiário da prisão** e o reconhecimento da liberdade do acusado como regra no processo. A redação do dispositivo deveria ser, portanto, "quando não for cabível medida cautelar diversa da prisão (art. 319) o juiz poderá determinar a prisão preventiva". A premissa equivocada é a origem da segunda crítica: "as outras medidas cautelares" do art. 319 não são medidas "substitutivas" da prisão, mas medidas "alternativas" à prisão preventiva, como já destacado. Não se trata de caso em que se podia impor a prisão, mas já se mostrava adequada medida diversa da prisão preventiva, sendo, pois, excessivo o encarceramento. Por tal motivo, o § 6º do art. 282 não deveria se referir a "substituição por outra medida cautelar". A prisão não será substituída, porque não poderá ser imposta! Se a prisão não é concretamente adequada, deverá ser aplicada, inicial e preferencialmente, apenas medida alternativa à prisão preventiva (CPP, art. 282, § 6º). (Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011, ANTONIO MAGALHÃES FILHO...[et al.]; coordenação OG FERNANDES, São Paulo, Editora RT, 2011, pp. 222-223, destaquei). Ou, novamente, nas palavras de ANDREY BORGES DE MENDONÇA: Nesta mesma linha, o art. 282, § 6º, assevera que a "prisão preventiva será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar", nos termos do art. 319 do CPP. Assim, se houver medida adequada diversa da prisão para sanar o risco, deverá o magistrado dar preferência a ela. Em outras palavras, deve o magistrado percorrer todo o rol de medidas cautelares alternativas à prisão, estabelecidas no art. 319, e somente decretar a custódia preventiva e temporária quando insuficientes aquelas medidas. Agora o legislador foi ainda mais claro e incisivo: a prisão deve ser a exceção. A liberdade, a regra. (Ob. cit. p. 46, destaquei). Na mesma diretriz, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, na obra já citada da coordenação do Ministro OG FERNANDES, ao comentar os incisos do art. 282 do CPP: (...) De qualquer forma, o legislador brasileiro, ao fazer referência no novo texto do art. 282, *caput*, I, do CPP, fornece critérios para orientar o raciocínio judicial que deve ser realizado na escolha da medida cautelar mais apropriada ao caso, e justamente por isso, devem ser observados e reproduzidos na obrigatória motivação do provimento. (Ob. cit. p. 43, destaquei). Em suma é possível concluir que a reforma abandona o sistema bipolar - prisão ou liberdade provisória e passa a trabalhar com várias alternativas à prisão, cada qual adequada a regular o caso concretamente examinado, sendo cogente ao juiz natural da causa observar, nos moldes do art. 282 do CPP: 1. se a plena liberdade do investigado ou acusado representa um risco (*periculum libertatis*) que justifica a necessidade da cautela, para resguardar a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal, ou, nos casos expressamente previstos para evitar a prática de infrações penais; 2. se está presente o pressuposto básico de qualquer cautela, ou seja, prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*); 3. a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. (STJ, HC nº 282.509 - SP (2013/0380579-7), Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 22/11/2013).



O Pacote Anticrime, aqui, introduziu no texto, expressamente, a necessidade de o juiz ‘justificar de forma fundamentada e individualizada’. Significa dizer: o magistrado, em cada caso concreto (cada qual tem as suas circunstâncias), deverá dizer porque não é possível, para aquele específico imputado (porque as condições pessoais são distintas de sujeito para sujeito), uma medida cautelar diversa.

NOVIDADE!



Passou-se a exigir, expressamente pela lei, a fundamentação em relação à *adequação* da medida cautelar. Em refutando a ‘preferibilidade’ das medidas cautelares diversas, o juiz deverá deixar claras as razões dessa opção mais drástica (pela prisão). Com olhos, inclusive, nos parâmetros de motivação estabelecidos no art. 316 do CPP.

Em verdade, convenhamos, de ‘novo’ somente a introdução expressa em lei. Afinal, por decorrência da própria Constituição (art. 93, IX), no dever de motivação e considerada a subsidiariedade da prisão preventiva, já seria exigível que o juiz assim o fizesse mesmo antes do Pacote Anticrime.

### 1.6.7 Admissibilidade

Agora voltamos os olhos para o art. 283 do Código de Processo Penal, em particular o seu § 1º:

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Como um desdobramento do princípio da proporcionalidade, no seu requisito *proporcionalidade em sentido estrito*, estabelece a lei que as medidas cautelares só serão cabíveis em relação a infrações penais que tenham cominada pena privativa de liberdade.

Algum crime, por exemplo, cuja pena prevista seja só multa ou restritiva de direitos, não sujeitará o seu autor a nenhum tipo de medida cautelar. A ideia é evitar que uma medida de natureza instrumental possa ser pior do que a própria sanção em caso de condenação (*homogeneidade*).

O agora disposto no § 1º do art. 283, CPP vem consolidar importante regra de interpretação das cautelares, incluindo as prisões provisórias. Com efeito, ao estabelecer que nenhuma medida cautelar será imposta nos casos em que a infração penal não preveja pena privativa da liberdade, a nova Lei oferece um referencial mínimo para a aplicação efetiva de tais medidas, segundo a lógica da instrumentalidade das cautelares, de modo a evitar que a imposição de qualquer uma delas possa ultrapassar as consequências finais do processo penal em caso de condenação. Se, no exemplo dado, a Lei não prevê pena privativa da liberdade ao fato imputado, por qual razão impor-se a prisão provisória para garantir a sua aplicação?

Repare que a lei fala em pena *cominada*, portanto, em tese. Não há se fazer uma interpretação elástica (em detrimento do alcance das medidas cautelares) para os casos em que, no futuro, possa haver, em concreto (na decisão final), uma substituição da pena privativa de liberdade.

Estamos no campo do cabimento (permissão legal em tese), apenas. O fato de a lei admitir a medida cautelar não significa que ela deva ser aplicada; a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito



entram em questão para deslegitimar qualquer medida sem um fundamento válido, ainda mais em crimes de menor gravidade. A propósito, a *gravidade do crime* é fator de ponderação pelo juiz, expressamente consagrado no inciso II do art. 282 do CPP.

Vejamos como o tema já foi cobrado em questão dissertativa:

Com. Exam. (MPE GO) - Promotor de Justiça (MPE GO)/2013/57°.

Existe vedação legal à imposição das cautelares pessoais para os crimes culposos? Justifique.

Em relação a esta questão, note que as medidas cautelares alternativas não distinguem entre crimes dolosos e culposos, apenas com relação à cominação de pena privativa de liberdade. Por outro lado, a prisão preventiva (que também é medida cautelar), de regra (caso não incida em outra hipótese de admissibilidade), não cabe para crimes culposos (art. 313, I do CPP).

## Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Discute-se a respeito do cabimento de medida cautelar restritiva, para saber em qual situação jurídica o juiz poderá determinar a imposição de uma ou mais dentre aquelas taxativamente previstas. Por aqui, não estamos nos referindo aos conhecidos parâmetros ditados pelo art. 282, I e II, do CPP. A questão tem outro enfoque. [...] As medidas cautelares restritivas podem ser impostas mesmo nos casos em que ausentes os requisitos da prisão preventiva. Não é preciso que se estabeleça, antes, toda a análise das regras ditadas pelos arts. 312 e 313 do CPP, para, então, só depois de identificada hipótese de decretação da prisão, determinar uma ou mais dentre as restrições. De início cumpre ressaltar que essas medidas catalogadas nos arts. 319 e 320 não são meras alternativas ao encarceramento preventivo, podendo ser aplicadas em casos outros. Mas não é só. Para afastar definitivamente o argumento no sentido de que apenas se faz possível a imposição de medida cautelar restritiva quando presentes os requisitos da prisão preventiva, basta *verificar que ditas medidas podem ser aplicadas no momento em que o juiz concede liberdade provisória*, como decorre do disposto no art. 321 do CPP. Vale dizer: é juridicamente possível conceder liberdade provisória cumulada com medida cautelar restritiva. Ora, é sabido que prisão preventiva e liberdade provisória são institutos que se antagonizam. Onde cabe prisão preventiva não cabe liberdade provisória, e vice-versa. Diante dessa realidade jurídica inarredável, não há como aceitar o argumento no sentido de que só cabe a aplicação dos arts. 319 e 320 do CPP quando presentes os requisitos da prisão preventiva, já que isso implicaria dizer que na hipótese de cabimento da liberdade provisória o juiz não poderia fixar cumulativamente medida cautelar restritiva. Disso resulta afirmar que as medidas listadas nos arts. 319 e 320 podem ser aplicadas em razão da prática de delito doloso ou culposos, exceto quando não for cominada, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade, conforme decorre do art. 283, § 1º, do CPP”.

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Somente o juiz natural, o juiz competente é que poderá submeter o agente à medida cautelar restritiva, cumprindo que assim proceda em decisão convenientemente fundamentada”.

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “As medidas cautelares, como regra, devem ser impostas pelo juiz após intimação da parte contrária, a qual receberá cópia do requerimento — quando o pedido tiver sido feito pelas partes ou mediante representação da autoridade policial —, bem como das demais peças necessárias que lastreiam o pedido de imposição da medida”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS et al.** (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Somente o juiz, por meio de decisão fundamentada, pode aplicar medida cautelar, seja no curso da ação penal ou antes de seu exercício”.



## Jurisprudência pertinente

### Supremo Tribunal Federal – STF

[...] 1. A prisão preventiva supõe prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal. 2. Ademais, essa medida cautelar somente se legitima em situações em que ela for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa a proteger, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal. **Ou seja, é indispensável ficar demonstrado que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 da lei processual penal tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.** 3. No caso, o decreto prisional não indicou atos concretos e específicos atribuídos ao paciente que demonstrem sua efetiva intenção de furtar-se à aplicação da lei penal. O fato de o agente ser dirigente de empresa que possua filial no exterior, por si só, não constitui motivo suficiente para a decretação da prisão preventiva. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base apenas em presunção de fuga. Precedentes. 4. No que se refere à garantia da instrução criminal, a prisão preventiva exauriu sua finalidade. Não mais subsistindo risco de interferência na produção probatória requerida pelo titular da ação penal, não se justifica, sob esse fundamento, a manutenção da custódia cautelar. Precedentes. 5. A jurisprudência desta Corte, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado que, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar. De igual modo, o Supremo Tribunal Federal tem orientação segura de que, em princípio, não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, “nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade” (HC 101537, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011). 6. Não se nega que a sociedade tem justificadas e sobradas razões para se indignar com notícias de cometimento de crimes como os aqui indicados e de esperar uma adequada resposta do Estado, no sentido de identificar e punir os responsáveis. Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito a ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador. 7. O tempo decorrido desde o decreto de prisão e a significativa mudança do estado do processo e das circunstâncias de fato estão a indicar que a prisão preventiva, por mais justificada que tenha sido à época de sua decretação, atualmente pode (e, portanto, deve) ser substituída por medidas cautelares que podem igualmente resguardar a ordem pública, nos termos dos arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal. 8. Ordem parcialmente concedida, para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares específicas, estendida por força do art. 580 do Código de Processo Penal. (HC 127186, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015)

### Superior Tribunal de Justiça – STJ

[...] **A prisão preventiva decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta ao paciente não está submetida às circunstâncias e hipóteses previstas no art. 313 do CPP, de acordo com a sistemática das novas cautelares pessoais. [...] Nos termos dos arts. 282, § 4º, e 312, parágrafo único, ambos do CPP, o descumprimento das medidas cautelares impostas quando da liberdade provisória constitui motivação idônea para a preventiva.** Precedentes. [...] (HC 281.472/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 18/06/2014)

[...] **Não mais subsistindo os motivos que levaram a sua decretação, impõe-se que seja revogada a prisão cautelar. (artigo 316 do CPP) Decretada a preventiva do Réu por conveniência da instrução criminal ante a ameaça à testemunhas e, tendo sido encerrada a instrução processual, a prisão**



**cautelar deve ser revogada.** Habeas Corpus a que se concede a ordem. (HC 53.856/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 30/11/2006, DJ 26/02/2007, p. 646)

Prisão preventiva (prisão provisória). Gravidade do crime (motivação). Fundamentação (insuficiente). Revogação (caso). 1. **Antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, a prisão tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória – classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc.** 2. **O ato judicial que decreta a prisão preventiva, diz a lei, bem como o ato que a revoga, "será sempre fundamentado".** 3. **No caso, faltaram ao decreto de imposição da preventiva os indispensáveis fundamentos, pois levou-se em conta apenas a gravidade abstrata dos fatos penais noticiados.** 4. Habeas corpus deferido para ser revogada a prisão preventiva. (HC 37.571/PA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 01/08/2006, p. 550)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ROL TAXATIVO. APLICAÇÃO EXTENSIVA. ADMISSÃO. ANALOGIA. INVIABILIDADE. REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. CABIMENTO DE HIPÓTESE QUE GUARDA SIMILITUDE COM O INCISO V DO ART. 581 DO CPP. 1. **As hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, trazidas no art. 581 do Código de Processo Penal e em legislação especial, são exaustivas, admitindo a interpretação extensiva, mas não a analógica.** 2. **O ato de revogar prisão preventiva, previsto expressamente no inciso V, é similar ao ato de revogar medida cautelar diversa da prisão, o que permite a interpretação extensiva do artigo e, conseqüentemente, o manejo do recurso em sentido estrito.** 3. Recurso especial provido para determinar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prossiga na análise do Recurso em Sentido Estrito n. 70067541250, nos termos do voto. (REsp 1628262/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

## 1.7 RECURSOS CABÍVEIS

### 1.7.1 Por parte da acusação

Em relação à decisão que nega/cassa a fiança ou indefere/revoga prisão preventiva (ambas medidas cautelares), nosso Código prevê o cabimento de recurso em sentido estrito – RESE:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...]

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

Por essa razão, considerando que as demais medidas cautelares foram concebidas muito depois da redação do dispositivo citado, numa interpretação extensiva da hipótese, a doutrina tem admitido a interposição de RESE em relação às decisões contrárias às medidas cautelares.

PACELLI admite a interposição de RESE “com fundamento no disposto no art. 581, V, CPP, a prever o recurso em sentido estrito, ainda que ali não se encontre uma referência específica às diversas medidas cautelares ora introduzidas em nosso ordenamento. Mas basta ver e assinalar que a previsão de impugnação da decisão de concessão de liberdade provisória, como fundamento do recurso em sentido estrito, satisfaz as exigências recursais também para as demais cautelares” (Pacelli, 2018).

É preciso lembrar que o delegado não tem capacidade postulatória, nem legitimidade para interpor recurso; portanto, se for essa a autoridade representante, deverá contar com a anuência e iniciativa do Ministério Público para ver reformada a decisão judicial.



Interposto o recurso em sentido estrito, **será necessária a intimação do acusado para apresentar contrarrazões?** Como se sabe, nas hipóteses de não recebimento da peça acusatória, interposto o RESE pela acusação com base no art. 581, I, do CPP, deve o magistrado intimar o acusado para oferecer contrarrazões, tal qual disposto na súmula nº 707 do STF.

No caso de RESE interposto contra o indeferimento do requerimento de medidas cautelares, deve ser aplicado o mesmo raciocínio, tal qual explicitado pelo próprio art. 282, § 3º, do CPP, que passou a assegurar o contraditório prévio à decretação das medidas cautelares. O contraditório prévio também deve ser respeitado por ocasião da interposição do RESE, assegurando-se ao acusado a possibilidade de apresentar contrarrazões recursais, salvo na hipótese de risco de esvaziamento da eficácia da medida cautelar. De fato, o próprio art. 282, § 3º, do CPP, ressalva os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, ressalva esta onde se insere eventual pedido de prisão preventiva. Nesse caso, a fim de se preservar a eficácia e utilidade da medida cautelar pretendida, não se deve assegurar ao acusado a oportunidade de tomar conhecimento da interposição do RESE.

Se é verdade que cabe RESE em face da decisão que indefere requerimento de medidas cautelares, também é verdade que, sob um ponto de vista prático, a depender do caso concreto, é muito mais útil e eficaz que o *Parquet* obtenha novos elementos de informação quanto à autoria e materialidade, formulando novo pedido ao magistrado. De fato, optando o Ministério Público pela interposição de um recurso em sentido estrito, a demora no julgamento do recurso traria prejuízo irreparável às investigações, esvaziando por completo a utilidade da medida cautelar caso fosse decretada posteriormente pelo juízo *ad quem*.

Este recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que indefere requerimento de medida cautelar ou revoga constrição anteriormente imposta não é dotado de efeito suspensivo. Isso significa dizer que, uma vez revogada a medida cautelar, por exemplo, a prisão preventiva, mesmo que o RESE seja interposto, o preso será colocado imediatamente em liberdade. Nesse caso, parece-nos ser plenamente possível que o legitimado possa impetrar mandado de segurança objetivando a concessão de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito, mantendo-se, no exemplo citado, a prisão do acusado. Este entendimento é reforçado pelo disposto no art. 5º, II, da Lei nº 12.016/09, que, interpretado a *contrario sensu*, dispõe que o mandado de segurança deve ser concedido quando se tratar de decisão judicial da qual não caiba recurso com efeito suspensivo (Lima, 2018).

## 1.7.2 Por parte da defesa

Não cabe, em razão da falta de previsão legal, nenhum tipo de recurso por parte do sujeito passivo de uma medida cautelar qualquer, seja prisão ou diversa.

É admitida a impetração de habeas corpus cuja natureza é de ação autônoma de impugnação (não constitui um recurso). “O STF ora aceita tal possibilidade (HC 121.089/AP, noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 772), ora rejeita-a (HC 114.490, RHC 118.015)” (Pacelli, 2018).

À primeira vista, poder-se-ia pensar que o *habeas corpus* somente seria cabível quando tivesse havido a decretação da prisão preventiva. Porém, não se pode afastar o cabimento do *writ* para as demais medidas cautelares de natureza pessoal. Em primeiro lugar, porque a decretação de quaisquer das medidas cautelares de natureza pessoal acarreta algum tipo de constrangimento



à liberdade de locomoção. Segundo, porque as medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser adotadas em relação à infração penal à qual seja cominada, isolada, ou alternativamente, pena privativa de liberdade. Por fim, não se pode esquecer que o descumprimento injustificado de uma das medidas cautelares diversas da prisão pode ensejar a conversão em prisão preventiva (art. 282, § 4º). [...] Evidente, portanto, o interesse de agir na utilização do *habeas corpus* para impugnar eventual decisão relativa à decretação de medidas cautelares de natureza pessoal, já que delas pode resultar potencial constrangimento ilegal à liberdade de locomoção (Lima, 2018).

PACELLI nega a possibilidade de HC em relação à decretação de medidas cautelares, com exceção do *recolhimento domiciliar*:

Não aderimos à tese, exceto em relação à medida prevista no art. 319, V, a do *recolhimento domiciliar* (noturno e nos dias de folga).

A imposição da cautelar pode até se demonstrar equivocada. Por isso e para isso será cabível o recurso em sentido estrito.

O fato é que, no exemplo dado, o risco de decretação da preventiva dependerá unicamente do investigado ou do acusado submetido à cautelar, estando vinculada, portanto, ao cumprimento da medida a ele imposta. Não há, aqui, e em tese, risco de agravamento da situação do investigado/acusado por ato de órgãos do Estado.

Apenas em relação ao recolhimento domiciliar é que entendemos cabível a impetração do HC, diante da natureza extremamente restritiva da liberdade que se contém na medida.

No entanto, como nossos tribunais já aceitam a impetração de *habeas corpus* contra o simples recebimento da denúncia, não temos qualquer dúvida de que o instrumento terá acolhida na jurisprudência (como já se vê atualmente). Há que observar, no ponto, porém, que o *habeas* contra o recebimento de denúncia tem prosperado pela inexistência de previsão de recurso contra tal decisão, o que não é o caso do deferimento de medidas cautelares, para a qual cabera o recurso em sentido estrito.

O problema, para nós, sequer é a possibilidade da utilização do *habeas*, que até pode existir, enquanto instrumento processual e constitucional de proteção individual. No entanto, o que nos parece injustificado, exclusivamente no caso de réu solto, é a preferência no seu julgamento. A situação atual nos Tribunais, sobretudo os Superiores, indica que as matérias constantes dos inúmeros e infindáveis *habeas corpus* que são ali impetrados rotineiramente são as mesmas dos inúmeros recursos de apelação que também deságuam nas instâncias recursais (inépcia da inicial, *error in procedendo*, nulidades várias etc.). Por que então se dar preferência àqueles que impetraram o *habeas*, quando não há ninguém preso??? (Pacelli, 2018).

## 1.8 DETRAÇÃO

A detração está prevista no Código Penal e nada mais é senão o cômputo, o desconto do tempo em que o sujeito ficou preso provisoriamente do total da pena privativa de liberdade.



Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

CURIOSIDADE



No silêncio da lei, a questão que se apresenta é a seguinte: o tempo em que o sujeito fica submetido a medidas cautelares deve ser considerado para efeito de detração?

Parte da doutrina tem admitido o cômputo do tempo, desde que haja semelhança, paridade entre a medida cautelar aplicada e a penal final que se consolidou.

Inicialmente, parece-nos que, havendo semelhança e homogeneidade entre a medida cautelar aplicada no curso do processo e a pena imposta ao acusado na sentença condenatória irrecorrível, é plenamente possível a detração. A título de exemplo, supondo que tenha sido imposta ao acusado a medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno, se acaso for condenado ao cumprimento da pena restritiva de direitos de limitação de final de semana, não temos dúvida quanto à possibilidade de detração, já que a cautelar guarda certa similitude com a pena definitiva (Lima, 2018).

Por esse raciocínio, segundo a doutrina, o período de internação provisória (CPP, art. 319, VII) e de prisão domiciliar (arts. 317 e 318 do CPP) poderia ser descontado.

Todavia, quanto às demais medidas cautelares, como não há restrição absoluta à liberdade de locomoção e como elas não guardam homogeneidade com uma possível pena de prisão a ser aplicada ao final do processo, revela-se inviável a aplicação do art. 42 do Código Penal. Mesmo antes do advento da Lei nº 12.403/11, os Tribunais Superiores já tiveram a oportunidade de analisar discussão semelhante, porém no tocante à possibilidade de ser levado em consideração, para fins de detração, o lapso temporal referente ao período em que o acusado permanecera em gozo de liberdade provisória. Em caso concreto referente à condenação à pena de 9 (nove) anos de reclusão e 3 (três) meses de detenção, no qual foi concedida liberdade provisória com os ônus de pagamento de fiança, comparecimento quinzenal em juízo e necessidade de autorização judicial para se ausentar do distrito da culpa, concluiu o Supremo que não seria possível a detração penal considerando-se o lapso em que o acusado esteve em liberdade provisória, por ausência de previsão legal, já que o art. 42 do CP prevê o cômputo de período relativo ao cumprimento de pena ou de medida restritiva de liberdade. Certamente, este será o entendimento que irá acabar prevalecendo, ou seja, caso a medida cautelar diversa da prisão não acarrete restrição completa à liberdade de locomoção, não será possível a detração (Lima, 2018).

BRASILEIRO critica o entendimento (da impossibilidade de detração de medidas cautelares que não sejam homogêneas) e sustenta a detração com um critério diferenciado, da Lei de Execução Penal:

Não obstante, nas hipóteses em que o acusado se sujeitar à imposição de medidas cautelares extremamente gravosas (v.g., monitoramento eletrônico, proibição de ausentar-se da comarca, etc.), parece-nos extremamente desarrazoado não se conceder nenhum benefício àquele que



cumpriu a medida cautelar por um longo período, até mesmo como forma de compensação decorrente dos gravames inerentes a esse castigo antecipado. A título de exemplo, suponha-se que determinado acusado tenha cumprido cumulativamente as medidas cautelares de proibição de se ausentar da comarca e monitoramento eletrônico durante 5 (cinco) anos. Seria possível simplesmente desconsiderar esse lapso temporal por ocasião do cumprimento do tempo de prisão penal? Será que, nesse caso, não seria justo descontar ao menos uma parte do tempo de restrição parcial de sua liberdade de locomoção?

Para aqueles que dizem que tal lapso temporal não deve ser computado para fins de possível detração, criar-se-ia situação de absoluta desigualdade em relação àquele que não cumpriu nenhuma medida cautelar durante o curso da persecução penal. Exemplificando, tanto o acusado que cumpriu 5 (cinco) anos de monitoramento eletrônico e proibição de ausentar-se da comarca, quanto aquele que não esteve submetido a nenhuma medida cautelar durante o mesmo período, não terão nenhum tempo a descontar da prisão penal. Isso servirá como fator de evidente desestímulo aos acusados que cumprem as medidas cautelares, já que saberão, de antemão, que nenhum benefício será recebido por tal comportamento.

Nesse caso, admitida a possibilidade de detração, ainda que não haja semelhança entre a medida cautelar e a pena definitiva aplicada ao final do processo, surge um outro problema: qual o critério a ser utilizado? Seria possível descontarmos um dia de pena de prisão para cada dia de monitoramento eletrônico? Seria possível descontarmos um dia de pena de prisão para cada dia de proibição de ausentar-se da comarca? Certamente que não, já que o gravame de tais medidas não se equipara a um dia de prisão.

Portanto, *de lege ferenda*, pensamos que deve ser trabalhado critério de detração semelhante ao da remição, constante do art. 126 da LEP. Ou seja, para cada 03 (três) dias de cumprimento da medida cautelar diversa da prisão, deverá ser descontado um dia de pena do agente. Esse critério de remição, todavia, deve guardar relação com a gravidade da medida cautelar diversa da prisão. Assim, se a utilização do monitoramento eletrônico por 3 (três) dias pode dar ensejo a um dia a menos de prisão, certamente há de ser pensado outro critério para medidas cautelares menos gravosas (Lima, 2018).

## 1.9 SÍNTESE CONCLUSIVA

EUGÊNIO PACELLI traz “dez sínteses conclusivas sobre a matéria” que merecem a transcrição completa, em arremate do capítulo:

1. embora a Lei nº 12.403/11 mantenha a distinção conceitual entre prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, é bem de ver que todas elas exercem o mesmo papel e a mesma função processual de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal;
2. as medidas cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas independentemente de prévia prisão em flagrante (art. 282, § 2º, CPP), ao contrário da legislação anterior, que somente previa a concessão de liberdade provisória para aquele que fosse aprisionado em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na de processo;



3. as referidas medidas cautelares, diversas da prisão, poderão também substituir a prisão em flagrante (art. 310, II, e art. 321, CPP), quando não for cabível e/ou adequada a prisão preventiva (art. 310, II, CPP);
4. a liberdade provisória significa apenas a diversidade de modalidades de restituição da liberdade, após a prisão em flagrante. O art. 321, CPP (“ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 [...]”), deve ser entendido nesse sentido (de restituição da liberdade do aprisionado) e não como fundamento para a decretação de medidas cautelares sem anterior prisão em flagrante. A base legal para estas últimas providências reside no art. 282, § 2º, CPP;
5. a prisão preventiva tanto poderá ser decretada independentemente da anterior imposição de alguma medida cautelar (art. 282, § 6º, arts. 311, 312 e 313, CPP), quanto em substituição àquelas (cautelares) previamente impostas e eventualmente descumpridas (art. 282, § 4º, art. 312, parágrafo único, CPP);
6. poderá, do mesmo modo, ser decretada como conversão da prisão em flagrante, quando presentes os seus requisitos (art. 310, II, CPP), e forem insuficientes as demais cautelares; nesse caso, impõe-se a observância do teto/limite de pena contido no art. 313, I, CPP (pena superior a quatro anos), ressalvadas as hipóteses do mesmo art. 313 e do art. 20 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06);
7. a prisão preventiva poderá também ser substituída por medida cautelar menos gravosa, quando esta se revelar mais adequada e suficiente para a efetividade do processo (art. 282, § 5º, CPP);
8. quando decretada autonomamente, ou seja, como medida independente do flagrante, ou, ainda, como conversão deste, a prisão preventiva submete-se às exigências dos arts. 312 e 313, I, ambos do CPP; quando, porém, for decretada subsidiariamente, isto é, como substitutiva de outra cautelar descumprida, não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP;
9. nenhuma medida cautelar (prisão ou outra qualquer) poderá ser imposta quando não for cominada à infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa da liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, § 1º, CPP); do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a transação penal, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a suspensão condicional do processo, conforme previsto na Lei nº 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo. Em se tratando de crimes culposos, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da proporcionalidade; contudo, quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares dos arts. 319 e 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação;
10. no caso de concurso de crimes, sobretudo quando presente a conexão ou continência entre eles, quando a somatória das penas dos delitos superar quatro anos, será cabível a decretação da prisão preventiva de modo autônomo (Pacelli, 2018).

Vejamos como a matéria já foi cobrada em prova dissertativa:

Com. Exam. (MPE MS) - Promotor de Justiça (MPE MS)/2015/XXVII



DISSERTAÇÃO. TEMA: A proporcionalidade como princípio fundamental das cautelares de natureza pessoal no Direito Processual Penal brasileiro. Abordar os seguintes tópicos relacionados ao tema da dissertação: 1. Tutela cautelar no processo penal: Legitimidade e existência de um processo cautelar no âmbito do Direito Processual Penal. 2. A bipolaridade das medidas cautelares de natureza pessoal. 3. Modalidades de cautelares. 4. Referenciais fundamentais na aplicação das cautelares.

## 2. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS

Vejamos, agora, cada uma das medidas cautelares elencadas nos incisos do art. 319 do Código de Processo Penal.

### 2.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO

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;

Para RENATO BRASILEIRO, essa medida cautelar tem duas finalidades: **1)** dar ciência ao juízo de que o acusado se encontra à sua disposição para a prática de atos processuais; e **2)** manter o juízo informado acerca das atividades que vêm sendo exercidas entre esses comparecimentos (Lima, 2017).

Nas palavras de MARCÃO, “a finalidade da medida é fazer com que o agente preste contas a respeito de suas atividades profissionais e sociais. É uma espécie de monitoramento que se estabelece, mas que não se confunde com o monitoramento eletrônico, é claro” (Marcão, 2017).

Em cumprimento a essa medida cautelar, o acusado deverá comparecer à Secretaria do respectivo Juízo, em periodicidade a ser determinada pelo magistrado (semanal, mensal, bimestral, trimestral; enfim, a depender das peculiaridades do caso), para que preste informações acerca de sua atual residência e justifique suas atividades (esclareça o quem feito).

Uma vez imposta a medida cautelar, para que se tenha esta como efetivamente cumprida não é suficiente o simples **comparecimento** do acusado em juízo, **informando** as suas ocupações no período. É preciso, também, que **justifique** as atividades lícitas que vem desenvolvendo, isto é, comprove-as, se possível documentalmente. Não sendo viável realizar esta comprovação, deverá, então, o acusado relatar esta situação ao servidor do cartório, narrando a ele os meios de que dispõe para fazer a prova que lhe compete. Certificada esta situação no âmbito cartorário e conclusos os autos ao Juiz, caberá a este verificar a eventual necessidade de realizar audiência para ouvir o acusado e, se julgar necessário, facultar-lhe a apresentação das provas de que dispõe quanto a sua ocupação, inclusive prova testemunhal (Avena, 2017).

Por outro lado, advertem PACCELI & FISCHER:



Ora, que não se pense ou mesmo se insinue que aquele que não estiver no exercício de atividade laborativa regular deva ser punido com a imposição de medida cautelar mais grave ou até com a decretação da preventiva. O Estado não pode impor o dever do trabalho, como condição de não agravamento da situação do investigado ou do processado. A medida deve se limitar às informações sobre as eventuais atividades então em desenvolvimento, ou, se for o caso, as razões pelas quais não se exerce qualquer uma delas (Pacelli, et al., 2018).

Outro ponto importante a se destacar diz respeito à pessoalidade do comparecimento. Não haveria sentido algum nessa medida, considerando as suas finalidades já destacadas, pudesse o acusado delegar ou outorgar (via instrumento de mandato) o ato do comparecimento a um procurador, amigo ou parente. Trata-se, pois, de ato pessoal e obrigatório.

Na hipótese de o réu residir em Comarca diversa daquela em que fora decretada a medida cautelar, BRASILEIRO, PACELLI & FISCHER propõem:

Caso o acusado resida em outra comarca, pensamos que o acompanhamento dessa medida pode ser feito perante o juízo onde ele reside, expedindo-se, para tanto, **carta precatória**. É sabido que grande parte da clientela do direito penal é composta por pessoas miseráveis. Exigir-se o deslocamento de acusado pobre até o juízo processante poderia acabar por inviabilizar o cumprimento da medida em virtude de fator alheio a sua vontade. Essa carta precatória seria expedida apenas para a fiscalização da medida. Destarte, na hipótese de descumprimento injustificado da medida, deve o juízo deprecado comunicar o fato ao juízo deprecante imediatamente, recaindo sobre este a competência para possível e eventual revogação da medida, nos termos do art. 282, § 4º, do CPP (Lima, 2017).

A nosso aviso, ainda que o investigado ou acusado resida fora da sede do juízo em que se processa a acusação, será possível a imposição do comparecimento periódico e obrigatório, **cabendo, porém, ao juiz do local da residência a fiscalização da execução da medida**, seja por meio de carta precatória, seja pelo simples registro em livro próprio e confirmação posterior ao juiz da causa. Como se trata de restrição de direitos individuais, não há que se onerar excessivamente o inculpado, se possível a aplicação da medida de modo menos gravoso (Pacelli, et al., 2018).

## Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “É branda a primeira medida cautelar catalogada no art. 319, I, do CPP, porém suficiente para determinados casos de menor gravidade: comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades. Sob tal condição, deverá o agente apenas comparecer no cartório do juízo que fixou a obrigação a cada mês, bimestre, trimestre ou prazo que se determinar, tal como ocorre com o sursis (LEP, art. 158; CP, art. 78, § 2º, c) e o livramento condicional (LEP, art. 132). O comparecimento é pessoal e obrigatório. A finalidade da medida é fazer com que o agente preste contas a respeito de suas atividades profissionais e sociais. É uma espécie de monitoramento que se estabelece, mas que não se confunde com o monitoramento eletrônico, é claro. Na prática, em relação ao sursis e ao livramento condicional, o cumprimento dessa obrigação tem se revelado sem muito sentido ou efeito, pois tudo não passa de um simples “carimbar a carteirinha”.



**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “A medida em questão já encontrava previsão similar na Lei n. 9.099/95, mais precisamente em seu art. 89, § 1º, IV, mas que dela se diferencia no tocante à periodicidade do comparecimento a juízo, vez que, enquanto o Diploma Legal extravagante exige o comparecimento “mensal”, o novo dispositivo do CPP é absolutamente omissivo nesse sentido. Delega-se, pois, ao julgador estabelecer o prazo para cumprimento da medida. Entendemos, no entanto, que caberá ao julgador agir com prudência e razoabilidade, evitando-se a imposição de prazos excessivamente curtos e, ao mesmo tempo, deixando de impor prazos demasiadamente longos, que venham a gerar a inutilidade da medida”.

**NESTOR TÁVORA** (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016). “A frequência de comparecimento deve ser estabelecida pelo juiz sempre com a finalidade de que o agente venha a informar e justificar suas atividades, vinculando-o a persecução penal. Nada impede que a finalidade seja outra, menos exigente (para o acusado simplesmente informar que não houve alteração de sua situação financeira, que o impediu de prestar fiança). Trata-se de medida cautelar com possibilidade de ampla imposição. A periodicidade, fixada judicialmente, deve atender a razoabilidade, de forma que não prejudique a rotina de trabalho do indivíduo, e seja condizente com sua condição pessoal (se idoso, a frequência ao fórum, em regra, será menor que a dos demais acusados)”.

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “Trata-se de provimento cautelar que atende a duas finalidades básicas: cientificar o juízo de que o acusado permanece à sua disposição para a prática dos atos que se fizerem necessários à persecução penal, e, também, mantê-lo informado quanto às atividades que vêm sendo por ele exercidas no interregno entre as apresentações. A medida em exame assemelha-se à prevista no art. 89, § 1.º, IV, da Lei 9.099/1995, que, tratando da suspensão condicional do processo, estabelece, como uma das condições a ser cumprida pelo acusado durante o período de prova, o seu comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Dela se diferencia, contudo, em especial pelas seguintes razões: a) Para a suspensão condicional do processo, determina a Lei 9.099/1995 que as apresentações do acusado sejam *mensais*. Em se tratando da cautelar contemplada no art. 319, I, do CPP, não é estabelecida periodicidade, ficando ao encargo do Juiz estabelecer o lapso de tempo a ser observado pelo acusado entre uma e outra apresentação. Destarte, ao aplicar a medida, deve o magistrado, de plano, predeterminar esse período. b) Ao contrário do art. 89 da Lei 9.099/1995, não se refere o art. 319, I, do CPP a *comparecimento pessoal* do acusado a juízo. É evidente, porém, que a omissão decorreu de lapso legislativo, impondo-se que tal comparecimento a juízo seja pessoal. Afinal, as medidas cautelares destinam-se à pessoa do investigado ou do acusado, não sendo razoável, obviamente, cogitar da possibilidade de seu cumprimento por meio de interposta pessoa, independentemente de quem seja o terceiro, da forma de representação e da natureza da medida imposta. Uma vez imposta a medida cautelar, para que se tenha esta como efetivamente cumprida não é suficiente o simples comparecimento do acusado em juízo, informando as suas ocupações no período. É preciso, também, que justifique as atividades lícitas que vem desenvolvendo, isto é, comprove-as, se possível documentalmente. Não sendo viável realizar esta comprovação, deverá o acusado relatar esta situação ao servidor do cartório, narrando a ele os meios de que dispõe para fazer a prova que lhe compete. Certificada esta situação no âmbito cartorário e conclusos os autos ao Juiz, caberá a este verificar a necessidade de realizar audiência para ouvir o acusado e, se julgar necessário, facultar-lhe a apresentação das provas de que dispõe quanto a sua ocupação, inclusive prova testemunhal”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS et al.** (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Consiste na determinação de que o indiciado ou réu compareça à presença do magistrado em periodicidade que vier a ser definida (diariamente, semanalmente, mensalmente etc.), para demonstrar, por meio de prova idônea, as atividades que realiza, o que permitirá ao juízo exercer alguma fiscalização sobre ele. É importante que, sempre que aplicar essa medida, o juiz empenhe-se em entrevistar diretamente o destinatário, com intervalos não muito longos entre os comparecimentos, para que a providência não passe a constituir mera formalidade, tal como ocorreria se a tarefa de indagar e ouvir o indiciado ou réu fosse entregue a serventário ou se tivesse lugar de forma demasiado espaçada”.

**AURY LOPES JR.** (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018). “Teria andado melhor o legislador se tivesse permitido ao juiz fixar dias e horas, conforme a jornada de trabalho do imputado, para não a prejudicar, admitindo a apresentação na polícia mais próxima de seu domicílio. O modelo brasileiro optou pelo total controle judiciário da medida, desconsiderando a facilidade de aproveitar a estrutura



policial (afinal, a polícia está em “todos” os lugares) e também a maior eficácia do controle. Quanto à periodicidade, nos parece que a cautelar buscou inspiração na suspensão condicional do processo, estabelecida no art. 89 da Lei n. 9.099/ 95, com a diferença de ter deixado completamente em aberto a determinação da periodicidade. Portanto, poderá o juiz determinar o comparecimento mensal, semanal ou até mesmo, em situações extremas em que a necessidade de controle assim exija, que o imputado compareça diariamente no fórum. Evidentemente que o comparecimento diário é uma medida extremamente onerosa para o imputado e que deve ser utilizada em casos realmente extremos, muito próximos daqueles que justificariam uma prisão preventiva. Do contrário, como regra geral, o comparecimento deve ser mensal. Esse comparecimento periódico também deve atentar para o horário da jornada de trabalho do imputado, de modo a não prejudicá-la. Toda medida cautelar deve pautar-se pela menor danosidade possível, inclusive no que tange à estigmatização social do imputado. É uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado, servindo como instrumento para tutela da eficácia da aplicação da lei penal”.

## 2.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES

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;

A aplicação dessa medida cautelar tem como objetivo privar o acusado da possibilidade de *acesso* ou *frequência* (i.e. ingresso, entrada, comparecimento; independentemente de sua reiteração) a determinados lugares, considerando o contexto do crime anterior (que ensejou a decretação da medida), a fim de que se evite a repetição dos mesmos estímulos e a conseqüente (potencial) prática de novos delitos.

A lei não dispõe sobre a espécie de lugar cujo acesso ou frequência poderá ser objeto da medida. Logo, poderá ser determinada a restrição ao acesso a locais públicos (v.g., parques em que há venda de drogas), locais privados abertos ao público (v.g., casas noturnas) e até mesmo locais privados (v.g., casa do ofendido ou de testemunhas). De todo modo, deve haver uma relação entre o local cujo acesso está proibido e a prática do ilícito (v.g., impedir que um integrante de torcida organizada frequente estádios de futebol). Além disso, por ocasião de sua adoção, deve o magistrado **especificar** quais os lugares que o acusado não pode frequentar, sendo inadmissível a proibição de frequência a determinados locais em termos genéricos, sem especificá-los (Lima, 2017).

É imprescindível, pois, que haja a indicação dos lugares que não poderão ser frequentados pelo acusado. Não se pode impor uma proibição generalizada. Essa especificação deve ser pautada na *razoabilidade/proporcionalidade*, bem como guardar nexos lógicos com as circunstâncias do fato criminoso. A vedação ao lugar tem de guardar pertinência com *circunstâncias relacionadas ao fato*.

Por exemplo, já decidiu o TJ-RS pela proibição de acesso e frequência da acusada até mesmo a estabelecimentos penitenciários, ao considerar as peculiaridades dos fatos delituosos:

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. LAVAGEM DE DINHEIRO. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. PROIBIÇÃO DE FREQUÊNCIA A ESTABELECIMENTO PRISIONAL.



**Atribuída à paciente a conduta consistente em integrar associação criminosa voltada a prática de diversos crimes, comandada, de dentro da casa prisional, pelo companheiro daquela, não há falar, diante da norma posta no artigo 319, V, do Código de Processo Penal, na inadequação da imposição da medida cautelar consistente na proibição de frequência a estabelecimento penitenciário.** Não obstante o direito do preso de conviver com seus familiares, despropositada revela-se a pretensão do impetrante de ver reconhecido tal direito como absoluto, pois cede na presença do interesse público em prevenir a prática de novas infrações penais. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70074509829, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 16/08/2017).

NORBERTO AVENA adverte:

Logo, ao impor o provimento cautelar, deve o juiz especificar, de forma clara, a natureza dos lugares que o acusado não pode acessar ou frequentar. Evidentemente, não é necessário nominar este ou aquele estabelecimento, podendo fazê-lo pela natureza da atividade desenvolvida desde que não restem dúvidas quanto ao seu enquadramento ou não vedação, v.g., proibição de acesso ou frequência a bares onde haja venda de bebidas alcoólicas, a praças e parques onde haja atividades desportivas, a estádios de futebol, a parques infantis etc. (Avena, 2017).

Outrossim, embora, em primeira análise, pareça o dispositivo limitar a fixação dessa medida cautelar ao contexto de se evitar novas práticas delitivas, entendem PACELLI & FISCHER e RENATO BRASILEIRO pelo alargamento de sua abrangência mesmo fora desses casos:

De outro lado, impende observar que a medida poderá também evitar a perturbação ou acirramento de ânimos entre as pessoas dos locais em que deva ser proibido o acesso ou frequência, mesmo que não se tenha receio da reiteração criminosa (nesse sentido, a doutrina portuguesa de SILVA, Germano Marques da. Curso de processo penal. 2. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, t. II, p. 276) (Pacelli, et al., 2018).

Apesar de o inciso II do art. 319 referir-se à decretação dessa medida para evitar o risco de reiteração delituosa, a medida também pode ser utilizada para preservar e proteger a prova, no caso de fontes orais, como testemunhas ou vítimas, evitando ameaças, agressões, tentativas de suborno e outras atitudes do mesmo gênero (Lima, 2017).

Em verdade, essa finalidade específica indicada no inciso II do art. 319 não vai afastar as 'finalidades gerais' previstas no inciso I do art. 282 do CPP, de maneira que o juiz pode aplicar essa medida tendo em conta, por exemplo, a *necessidade para a investigação*.

## Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). "Prevista no inc. II do art. 319 do CPP, consiste esta medida na 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. O que se busca é evitar o cometimento de nova infração penal nas mesmas circunstâncias que a anteriormente praticada, critério de necessidade da medida também



apontado no art. 282, I, do CPP. A restrição pode ser aplicada com vistas a evitar a prática de crime contra a vida, a integridade física, a incolumidade pública, o patrimônio etc., bem por isso muitas vezes estará relacionada com a proibição de frequentar estádios de futebol, bares, casas noturnas e estabelecimentos do gênero. Não se trata de restringir a presença do agente em determinado bairro ou cidade, mas a local específico, particularizado. Sem prejuízo da aplicação de outras medidas previstas na legislação em vigor, o art. 22 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) permite a aplicação de medida protetiva de urgência consistente na proibição do agressor de frequentar determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida. Em relação ao *sursis*, o art. 78, § 2º, a, do CP, tem disposição semelhante, o mesmo ocorrendo quanto ao livramento condicional, conforme o art. 132, § 2º, c, da LEP”.

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “Trata-se de outra medida que já encontrava previsão no art. 89, § 1º, II, da Lei n. 9.099/95. Há, no entanto, uma pequena diferença entre a previsão da lei especial e a trazida pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, acrescentada recentemente ao CPP, vez que, enquanto na Lei dos Juizados Especiais Criminais há “proibição de frequentar determinados lugares”, nesta última estabelece-se a restrição de acesso e frequência a esse lugares quando, “por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações” (art. 319, II, do CPP). Nota-se, pois, que a lei processual veda, em primeiro lugar, o acesso a esses lugares, e não apenas que o acusado os frequente. A “frequência” possui, em si, uma ideia de reiteração da conduta, habitualidade, passando o acusado a frequentar determinado lugar mais de uma vez. Já o “acesso” é mais limitativo, impedindo que o acusado adentre o estabelecimento, ainda que por uma única vez, durante o prazo de imposição da cautelar. Ademais, o Código Processual exige que os lugares a que o acusado deverá ter obstado o acesso ou a frequência devem guardar relação com o fato praticado, visando o fim específico de evitar o risco de novas infrações”.

**NESTOR TÁVORA** (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016). “A vedação deve ser revestida de plausibilidade, não sendo admissível que seja dissociada dos fatos. Daí que, quando a frequência a determinados ambientes seja fator de potencialização da prática de delitos, como festas de largo, bares, prostíbulos, a restrição será pertinente, desde que coerente com o contexto do delito anteriormente praticado. Não se deve tolerar vedações genéricas, imprecisas. Por outro lado, a medida tem cabimento quando, por si só, seja suficiente a evitar a prática de novas infrações. Percebendo o magistrado que a medida pode não ser bastante, como *ultima ratio*, é possível a decretação da preventiva, como forma de garantir a ordem pública, se o delito e as circunstâncias comportarem a medida (adequação)”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS et al.** (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “É possível que a frequência do indiciado ou réu a determinados lugares ou a estabelecimentos de certa natureza favoreça o cometimento de novas infrações de sua parte, daí por que o juiz, diante de tal constatação, poderá interditar-lhe a estada em um ou vários lugares (campos de futebol, bares, rodeios, casas noturnas, casas de jogos etc.). É recomendável que esta medida seja aplicada cumulativamente com a monitoração eletrônica, para que se possa fiscalizar se o destinatário está respeitando as restrições estabelecidas”.

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “A medida tem lugar na hipótese em que constatar o juiz, pelas circunstâncias do fato que se atribui ao indiciado ou acusado, que a sua presença em determinados lugares pode ser um fator propício à reiteração de infrações penais. Sua aplicação, entretanto, não pode ser imprecisa. Isto significa que, ao impor o provimento cautelar, deve o juiz especificar, de forma clara, a natureza dos lugares que o acusado não pode acessar ou frequentar. Evidentemente, não é necessário nominar este ou aquele estabelecimento, podendo fazê-lo pela natureza da atividade desenvolvida desde que não restem dúvidas quanto ao seu enquadramento ou não vedação, v.g., proibição de acesso ou frequência a bares onde haja venda de bebidas alcoólicas, a praças e parques onde haja atividades desportivas, a estádios de futebol, a parques infantis etc. [...] A doutrina, de modo geral, tem questionado a eficácia desta cautelar sob o argumento de que sua fiscalização será difícil, para não dizer impossível, diante da realidade brasileira. Ora, considerando que nas grandes metrópoles esta dificuldade ou impossibilidade de fiscalização poderá frustrar os objetivos de sua imposição, revela-se aconselhável a imposição de outra medida cautelar alternativa em cumulação (por exemplo, a monitoração eletrônica prevista no art. 319, IX) ou em substituição, ou, não sendo isto possível, a própria decretação da prisão preventiva do indiciado ou acusado, nos termos



contemplados pelo art. 282, § 6.º, do CPP. Agora, em Comarcas compostas de municípios menores e pequenas cidades, onde se costuma dizer que “todos se conhecem”, compreendemos que a medida do art. 319, II, do CPP poderá ser positiva, bastando ao juiz, por exemplo, ao aplicar o provimento cautelar, determinar sua comunicação à Polícia Civil, ao comando local da Brigada Militar e aos oficiais de justiça que atuam na comarca, solicitando que, caso constatado o descumprimento da ordem judicial, seja comunicado o juízo”.

**AURY LOPES JR.** (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018). “A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, também de uso recorrente no direito estrangeiro, deve ser usada com muita prudência, pois não pode constituir uma “pena de banimento”. Diz-se, inclusive, que tem ela um objetivo visivelmente profilático ou preventivo, como define SCHIETTI, pois busca evitar que a frequência do réu a determinados lugares possa criar condições favoráveis para que o agente pratique novos delitos de mesma natureza (ou não). É uma medida que encontrará ampla incidência em relação a imputados que, por exemplo, integrem torcidas organizadas e pratiquem atos violentos. Ou, ainda, que habitualmente envolvam-se em delitos em bares e boates ou mesmo em situações de violência doméstica. A questão a saber é: terá o Estado condições e meios de fiscalizar o cumprimento desta medida? Por fim, a medida nasce com um defeito genético: sua discutível cautelaridade e, portanto, constitucionalidade. Não se vislumbra tutela do processo ou de seu objeto, aproximando-se da problemática prisão preventiva para garantia da ordem pública, dado seu caráter de prevenção especial manifesto”.

## 2.3 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA

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

BRASILEIRO elenca duas finalidades dessa medida cautelar:

- a) proteção de determinada(s) pessoa(s), colocadas em situação de risco em virtude do comportamento do agente: a título de exemplo, suponha-se que uma pessoa esteja sendo vítima de ameaças por parte do agente, ou, ainda, hipótese em que um indivíduo esteja sendo ofendido em sua honra subjetiva por meio de ligações telefônicas. Em tais situações, como os crimes de ameaça e de injúria têm pena máxima inferior a 4 (quatro) anos, não seria cabível a decretação da prisão preventiva. Porém, a fim de se evitar que haja a reiteração da conduta delituosa, poderá o juiz determinar que o acusado se abstenha de manter contato com a vítima, hipótese em que referida medida seria adotada de modo a evitar a prática de novas infrações penais;
- b) impedir que, em liberdade total e absoluta, possa o agente influenciar o depoimento de um ofendido e/ou testemunha, causando prejuízo à descoberta dos fatos. Nesse caso, verificando o magistrado a necessidade da medida para tutelar a investigação ou a instrução criminal, protegendo-se uma fonte de prova que se sente intimidada pelo rotineiro contato com o acusado, assim como a adequação do provimento, consoante a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, poderá o magistrado determinar que o investigado ou acusado se abstenha de manter contato com tais pessoas (Lima, 2017).

Importante consignar que a proibição de contato decorrente da imposição da medida não se restringe apenas à figura da vítima, como alerta AVENA:



Apesar de a regra inscrita no Código de Processo Penal não ser expressa, referindo-se apenas à proibição de contato com pessoa determinada, entendemos que sua aplicação não tem a finalidade de restringir unicamente o contato do indiciado ou acusado com o **ofendido**, podendo alcançar, também, eventuais **corréus** e todas as pessoas que estejam sujeitas a intimidações, no intuito de frustrar ou prejudicar o aparecimento da verdade dos fatos, como é o caso das pessoas que presenciaram o evento criminoso e que já foram ou poderão ser arroladas e ouvidas como **testemunhas** no inquérito policial ou no processo criminal (Avena, 2017).

Vejamos um julgado do STJ, por exemplo, em que fora implementada a medida em relação a um corréu, porquanto havia a informação de que o acusado, valendo-se de terceira pessoa, tentava fazer com que aquele modificasse suas declarações sobre o fato delituoso:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, CORRUPÇÃO PASSIVA E VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDA ALTERNATIVA À PRISÃO ADEQUADA E SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. [...]. 2. Na espécie, apesar de o Tribunal estadual fazer menção ao fato de o paciente ter tentado atrapalhar a instrução criminal e à gravidade concreta do delito (esquema criminoso destinado a cometer fraudes contra o DPVAT), tais razões não se mostram suficientes para justificar a medida extrema, principalmente quando evidenciado que tinha sido aplicada pelo Magistrado de piso medida alternativa à prisão em 9/10/2015, sendo que a constrição cautelar foi decretada 10 meses depois pelo Tribunal de origem, em 9/8/2016, inexistindo notícia do descumprimento da medida diversa da prisão no referido lapso. 3. Ordem concedida para, confirmando-se a decisão liminar, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade a prolação da sentença, salvo se por outro motivo estiver preso, **mediante o cumprimento da medida alternativa à prisão imposta pelo Magistrado singular, consistente em proibição de manter qualquer tipo de contato com o corréu/colaborador Anderson William de Lima Faria, ainda que por interposta pessoa, sob pena de restabelecimento do decreto de prisão preventiva** (art. 319, II, do CPP) (STJ – HC: 368903 MG 2016/0224979-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, Data de Julgamento: 12/06/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/06/2018).

Outro caso interessante diz respeito ao recente julgamento do HC-STJ 380.734-MS. Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, no qual se reconheceu como inidônea a decretação da medida cautelar de proibição de contato da ré com o seu pai, corréu e suposto líder da organização criminosa à qual também ela pertenceria. O teor da decisão acabou por constar do Informativo nº 601 do STJ, que sintetiza toda a questão com detalhes:

A questão trazida a deslinde cinge-se à ausência de fundamentação idônea, por ocasião da prisão domiciliar, para a imposição da medida cautelar de proibição da paciente ter contato com o seu pai, que também é réu na ação em que esta foi denunciada. Na origem, houve a decretação de prisão preventiva posteriormente substituída por prisão domiciliar (art. 318, V do CPP) cumulada com medida cautelar de incomunicabilidade com os demais acusados (art. 319, III do CPP), à exceção de suas irmãs. Ao que se afigura, a paciente/filha restou afastada de seu pai/corréu, pois pretensamente o genitor seria líder da organização criminosa. Contudo, não se mostra viável possibilitar o contato da paciente com suas irmãs, que são corrés na mesma ação penal, e obstar a comunicação com o pai. De fato, a fixação da medida restritiva substitutiva não deve se



sobrepor a um bem tão caro, protegido pela Carta Magna, como a família - artigo 226 da Constituição Federal. Afinal, a incomunicabilidade com o seu genitor também atinge, de modo fulminante, a esfera privada e familiar da paciente, sem se descuidar que mesmo aos segregados lhes é facultada a visita de familiares. Portanto, inviável levar em conta os parâmetros constitucionais para as irmãs da increpada e restringir o seu alcance, de forma a não abranger o pai (Informativo 601-STJ, págs. 14-15).

O inciso III do art. 319 do CPP também se quedou silente em relação à forma de contato proibido entre o acusado e a pessoa determinada. Como forma de garantir efetividade à medida, entende a doutrina que a proibição deve abranger tanto o *contato direto* (físico, pessoal) quanto o *indireto* (por meios eletrônicos ou à distância).

“Percebe-se que a vedação ao contato não se restringe ao mesmo ambiente físico, coibindo-se telefonemas, emails, cartas, e qualquer outra forma da qual possa gerar intimidação” (Távora, 2017).

Especificamente em relação ao contato direto, BRASILEIRO afirma a possibilidade de que se fixe distância mínima a ser mantida entre acusado e pessoa determinada, aplicando-se analogicamente disposição da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha:

Tendo em conta que o art. 319, III, do CPP, autoriza a imposição da medida cautelar de proibição de manter contato com pessoa determinada, é possível que o magistrado fixe uma **distância mínima** (em metros ou quilômetros) que o acusado deve se manter da vítima ou de sua residência, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 22, III, “a”, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) (Lima, 2017).

De todo modo, como deixa clara a dicção desse inciso, independentemente da pessoa protegida e da forma de contato, a medida só se justifica quando as circunstâncias do fato demonstrarem a sua necessidade.

Não se trata de imposição aleatória, sem qualquer vinculação com o fato passado. É imprescindível a existência de nexo entre a conduta pretérita e o comportamento futuro que agora se busca evitar, reduzindo as oportunidades de contato entre os envolvidos, por iniciativa do investigado ou acusado, daí referir a lei que sua aplicação só terá cabimento quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante da vítima (Marcão, 2017).

Ao demais, em relação à fiscalização do cumprimento (ou não) da medida, NESTOR TÁVORA e RENATO BRASILEIRO esclarecem:

É de bom tom que o beneficiado pela medida seja sempre informado, alimentando o juízo com informações sobre eventual descumprimento, que servirão como mais uma fonte de cognição, que pode gerar, inclusive, havendo revogação do instituto, a decretação eventual da prisão preventiva, se o delito comportar a medida (Távora, 2017).  
Perceba-se que, ao criar referida medida cautelar, silenciou o legislador quanto à previsão legal de mecanismos hábeis para sua fiscalização. A despeito do silêncio da lei, e de modo a assegurar

a operacionalidade e eficácia da medida, o ideal é que a vítima ou pessoa com quem o investigado ou acusado está proibido de manter contato seja informada acerca da adoção da referida medida, sendo advertidas de que, no caso de eventual violação à determinação judicial, poderão comunicar o fato imediatamente à autoridade policial, ao Ministério Público ou à autoridade judiciária. Para tanto, é possível a aplicação por analogia dos §§ 2º e 3º do art. 201 do CPP, com redação determinada pela Lei nº 11.690/08, os quais permitem que o ofendido seja comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem, sendo que tais comunicações devem ser feitas no endereço indicado pelo ofendido, admitindo-se o uso de meio eletrônico (Lima, 2017).

## Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Não raras vezes, especialmente nos casos de crimes praticados contra a mulher no ambiente familiar, para os quais a Lei Maria da Penha já dispõe de regras particulares, a proibição de manter contato com pessoa determinada é medida imprescindível, com vistas a evitar o cometimento de novos ilícitos e a intranquilidade da vítima. Não é diferente, por exemplo, nos casos de crimes contra a dignidade sexual, 118 especialmente aqueles praticados contra vulnerável, em que a distância do agressor é sempre recomendada. É preciso, entretanto, que essa medida se justifique por circunstâncias relacionadas com o fato que deu ensejo à instauração da investigação policial ou processo penal de onde se extrai a necessidade de sua aplicação. Não se trata de imposição aleatória, sem qualquer vinculação com o fato passado. É imprescindível a existência de nexos entre a conduta pretérita e o comportamento futuro que agora se busca evitar, reduzindo as oportunidades de contato entre os envolvidos, por iniciativa do investigado ou acusado, daí referir a lei que sua aplicação só terá cabimento quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante da vítima. A propósito da Lei Maria da Penha, diz seu art. 22, III, a e b, que: Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I – (...) II – (...) III – proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. Essas medidas podem ser aplicadas sem prejuízo da concomitância de outras medidas previstas na legislação em vigor, especialmente aquelas listadas no art. 319 do CPP”.

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “Novamente, trata-se de uma medida que já encontrava, *mutatis mutandis*, previsão no art. 22, III, a e b, da Lei n. 11.340/2006. A medida em questão visa, efetivamente, proibir que o acusado mantenha contato com pessoa determinada — não necessariamente a vítima — quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva dela permanecer distante. Olvidou-se o legislador de estabelecer uma limitação mínima e máxima de aproximação da referida pessoa, persistindo na omissão que já ocorria na Lei n. 11.340/2006. Assim, fica a critério do juiz verificar qual a distância máxima a ser imposta a fim de evitar a prática de novos crimes e preservar a higidez física e mental da pessoa a quem o acusado ou investigado deva guardar distância. Em resumo, a medida anteriormente prevista unicamente na Lei Maria da Penha e que, por óbvio, só abarcava as situações de vítima mulher que foi ofendida no âmbito doméstico, familiar ou em relação íntima de afeto, foi estendida genericamente a todo o processo penal, podendo ser livremente aplicada sempre que sua imposição guardar relação com o fato praticado”.

**NESTOR TÁVORA** (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016). “Pode o agente ser proibido de entrar em contato com determinada pessoa, mas a vedação, consoante critério de proporcionalidade, deve guardar relação com o fato delituoso, a exemplo da necessidade dessa cautela no caso de infração que envolva violência ou grave ameaça contra o indivíduo. Não podemos descurar das pessoas que vão contribuir com a persecução penal, como testemunhas, peritos, assistentes técnicos e a própria vítima. Por essa razão, e para tutela da instrução criminal, a proibição também se faz pertinente.



[...] É de bom tom que o beneficiado pela medida seja sempre informado, alimentando o juízo com informações sobre eventual descumprimento, que servirão como mais uma fonte de cognição, que pode gerar, inclusive, havendo revogação do instituto, a decretação eventual da prisão preventiva, se o delicto comportar a medida”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS** *et al.* (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Se as circunstâncias do fato indicarem a necessidade, o juiz poderá proibir que o indiciado ou acusado mantenha contato com certas pessoas, como a vítima, testemunha, coautor etc. A finalidade do dispositivo pode ser, por exemplo, evitar que a aproximação do réu possa causar algum tipo de temor à vítima ou testemunhas, bem como evitar que a proximidade possa gerar novas desavenças entre elas. O juiz não pode proibir o acusado de ter contato com seu advogado”.

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “O provimento cautelar do art. 319, III, do CPP mantém correspondência com a previsão já existente no art. 22, III, b, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), ao estabelecer como medida protetiva de urgência destinada ao agressor, na hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher, a proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. [...] Outro aspecto importante refere-se à expressão proibição de manter contato, incorporada ao texto legal. Não olvidamos que a redação do art. 319, III, referindo-se à pessoa de que deva o indiciado ou acusado permanecer distante, sugere tratar-se proibição de contato pessoal. Sem embargo, compreendendo que a medida tem por finalidade não apenas proteger a integridade da pessoa em prol de quem é aplicada (ofendidos e testemunhas, principalmente), mas também evitar o comprometimento da prova em razão de atitudes do agente, e tendo em vista que o seu comportamento intimidatório pode se externar não somente pelo contato direto, mas também através de outros meios de comunicação, reputamos que nada impede, inclusive em face da leitura do dispositivo análogo existente na Lei 11.340/2006 (art. 22, III, b), que, ao impor a medida cautelar restritiva do art. 319, III, determine o magistrado a proibição de qualquer tipo de contato com a pessoa protegida, isto é, não apenas o contato direto e pessoal como também aquele externado por outros meios – telefone, e-mail, correspondência etc., os quais devem ser explicitados na decisão judicial. Trata-se de conferir efetividade à tutela prevista na legislação. A proibição de contato autoriza o magistrado a fixar limites métricos de aproximação da pessoa protegida? Entendemos possível. A propósito, existe previsão desta cautelaridade no art. 22, III, a, da Lei 11.340/2006, quando estabelece, para as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, a possibilidade de impor o juiz, a título de medida protetiva de urgência, a proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor. Certo que não há esta literalidade no art. 319, III, do CPP. No entanto, o dispositivo refere-se à proibição de contato e justifica esta vedação na necessidade de que o indiciado ou acusado permaneça distante de pessoa determinada por circunstâncias relacionadas ao fato. Ora, distância é algo que pode ser mensurado e, no caso concreto, a plena eficácia da medida cautelar pode exigir esta providência. Imagine-se, pois, que o acusado, pessoa de reduzidas condições econômicas, e a vítima, da qual deva ele se manter afastado, residam na mesma rua. Não havendo como determinar o juiz que o réu mude de endereço, resta a ele fixar um limite mínimo, em metros, a ser observado pelo réu em relação à ofendida, proibindo-o, ainda, de realizar qualquer forma de contato com ela”.

**AURY LOPES JR.** (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018). “A situação aqui é melhor circunscrita que a do inciso anterior, na medida em que a proibição tem um objeto de tutela mais claro: uma pessoa determinada, em regra a vítima, testemunha e até mesmo um coautor do crime, mas sempre alguém devidamente individualizado. Neste ponto, é perfeitamente possível que a medida cumpra uma função cautelar de tutela da prova. Inclusive a efetividade desta cautelar será mais concreta, na medida em que a própria pessoa protegida se encarregará de denunciar eventual descumprimento da ordem. Espera-se, contudo, que os juízes tenham muita serenidade na avaliação de eventuais denúncias de descumprimento da medida, evitando decisões precipitadas que poderiam conduzir à prisão preventiva em flagrante violação da proporcionalidade e necessidade. Ademais, antes de revogá-la, deve-se preferir a cumulação com mais alguma das restrições do art. 319. Por fim, por exemplo, se o imputado violar a proibição de contato e ameaçar a vítima, a prisão poderá ser decretada sob o esse fundamento (art. 282, § 4º, do CPP) e não pela prática do crime de ameaça (cujo limite de pena não autoriza)”.



## 2.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA

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

Essa proibição (como as demais) não pode ganhar contornos arbitrários; deve ser sempre justificada pela necessidade de produção indiciária ou probatória, na fase preliminar ou na fase processual (Távora, 2017).

BRASILEIRO vai além, afirmando a possibilidade de decretação da medida para o cumprimento das outras finalidades cautelares do art. 282 do CPP:

À primeira vista, pode parecer que essa medida só poderia ser decretada quando ela se mostrasse conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (v.g., reconhecimento pessoal). Não obstante, parece-nos que essa impressão não se confirma e que **essa medida também pode ser decretada para outras finalidades cautelares, desde que abrangidas pelo art. 282, I, do CPP**. Na verdade, o que o art. 319 visa, ao estabelecer a finalidade da medida, é apenas dar uma orientação ao magistrado no sentido da medida a ser adotada e, também, na aptidão dela para atingir tal ou qual objetivo. Porém, isso não importa em restrição à possibilidade de o magistrado decretar a medida cautelar com o objetivo de neutralizar outros riscos, desde que restritos àqueles indicados no 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 (Lima, 2017).

Note-se que o dispositivo menciona *comarca*, e não *município*. São comuns as comarcas que abrangem mais de um município, o que significa dizer que ao acusado é possibilitado o livre trânsito entre eles, bastando que permaneça dentro dos limites territoriais da respectiva comarca/circunscrição.

E que comarca é essa na qual deve permanecer? Embora a lei não diga expressamente, devemos entender que é a comarca em que residir o agente, à semelhança da condição do *sursis* prevista no art. 78, § 2º, b, do CP, e a comarca em que residir o agente nem sempre coincidirá com a comarca em que tramitarem as investigações ou o processo (Marcão, 2017).

Além disso, a medida cautelar em análise também pode se referir à **saída do país**, “porquanto, tratando-se de saída do território nacional, necessariamente também haverá saída da comarca. De mais a mais, o art. 320 do CPP refere-se expressamente à retenção do passaporte na hipótese de proibição de ausentar-se do País” (Lima, 2017).

A propósito, o referido artigo dispõe:

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.



Por fim, em relação ao controle e fiscalização do cumprimento dessa medida (tanto em relação à comarca quanto ao país), aduzem TÁVORA e BRASILEIRO:

Para que a medida não seja ineficaz, o juízo encaminhará comunicação aos órgãos de fiscalização, com o fito de se certificar que o agente não está se ausentando da sua sede jurisdicional. Nas grandes comarcas, a imposição dessa cautelar é de efetividade duvidosa. Caso se trate de proibição de ausentar-se do País, a decretação da cautelar 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 (art. 320, CPP) (Távora, 2017).

Para além dessa medida, pensamos ser possível uma interpretação extensiva do quanto disposto no art. 289-A do CPP, de modo a se entender que, no banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, deve ser providenciado não só o registro imediato dos mandados de prisão, como também de qualquer outra medida cautelar que tenha sido imposta. Com efeito, imagine-se hipótese em que o magistrado tenha determinado o cumprimento dessa medida cautelar de proibição de se ausentar da Comarca. Ora, seria extremamente válido e importante que essa decisão também fosse incluída no cadastro do Conselho Nacional de Justiça, possibilitando que autoridades policiais ou judiciais de outras comarcas ou de outras unidades federativas tivessem conhecimento das restrições impostas ao agente, auxiliando seu cumprimento e fiscalização. Ademais, nada impede que tal medida seja determinada cumulativamente com outra(s) medida(s) prevista no art. 319 do CPP, tal como o comparecimento periódico em juízo, o monitoramento eletrônico, mormente no caso de aparelhos com tecnologia de GPS (Lima, 2017).

Ademais, malgrado não preveja expressamente o dispositivo, nada impede que o magistrado, ao fixar essa medida cautelar, também estabeleça um 'prazo de tolerância' em que seja permitido ao acusado ausentar-se da comarca sem a necessidade de autorização judicial. Veja um julgado do STJ em que não só a Corte ratificou o estabelecimento desse prazo mínimo como também o estendeu aos demais investigados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA **MEDIDA CAUTELAR DE PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**. ALEGADA DESARRAZOABILIDADE. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DA MEDIDA MENOS GRAVOSA. MODUS OPERANDI DA CONDUTA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. **NECESSIDADE DE CONHECIMENTO DO LOCAL EM QUE OS RECORRENTES SE ENCONTRAM. CORRÉU COM MESMA MEDIDA CAUTELAR MAS COM A FIXAÇÃO DE PRAZO MÍNIMO DE 8 (OITO) DIAS DE AUSÊNCIA DA COMARCA PARA REQUERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**. SITUAÇÕES SEMELHANTES DOS RECORRENTES. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]. 2. As instâncias ordinárias revogaram as prisões preventivas dos recorrentes, reputando suficientes a aplicação de medidas cautelares alternativas, dentre elas, a proibição de ausentarem-se da comarca sem autorização judicial. [...] 4. Atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na imposição da medida cautelar de proibição de ausentarem-se da comarca de Paraíso do Tocantins sem a correspondente autorização judicial. 5. **Para outros investigados, o Magistrado impôs o prazo mínimo de 8 (oito) dias de ausência da comarca para fins de requerimento da autorização judicial, o que impõe, por razões de equidade e identidade de situações fáticas e jurídicas, a readequação da medida cautelar dos recorrentes nos mesmos**

**termos impostos aos co-investigados.** 6. Recurso parcialmente provido, tão somente, **para alterar o lapso mínimo necessário para requerimento de autorização judicial para a saída da comarca, estando os recorrentes proibidos de ausentarem-se da comarca de Paraíso do Tocantins por prazo superior a 8 dias sem a correspondente autorização judicial, pelo tempo que perdurar a instrução** (STJ – RHC: 82690/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 20/04/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28//04/2017)

## Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Essa proibição de ausentar-se da comarca, prevista no inc. IV do art. 319 do CPP, não tem por objetivo evitar a prática de novo delito, mas influenciar de forma positiva na apuração dos fatos passados, ou, como diz a lei, quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. A avaliação da necessidade e adequação de sua imposição deve passar pela apuração das reais vantagens para os destinos da investigação ou instrução criminal, sem o que não estará justificada. Note-se que o afastamento proibido não é do município em que residir o agente, mas da comarca, que pode ser composta por um, dois ou vários municípios. O trânsito nos limites territoriais da comarca está permitido. E que comarca é essa na qual deve permanecer? Embora a lei não diga expressamente, devemos entender que é a comarca em que residir o agente, à semelhança da condição do *sursis* prevista no art. 78, § 2º, b, do CP, e a comarca em que residir o agente nem sempre coincidirá com a comarca em que tramitem as investigações ou o processo. Caso seja necessário que o investigado ou acusado se ausente da comarca, deverá formular requerimento prévio, devidamente instruído, e encaminhar ao juiz competente, que antes de decidir deverá determinar a abertura de vista dos autos ao Ministério Público a fim de que se manifeste. Na hipótese de afastamento da comarca sem autorização prévia, mas por alguma razão emergencial, motivo de força maior, como é caso a necessidade de prestar socorro imediato a terceira pessoa ou mesmo buscar atendimento médico-hospitalar específico, logo após a violação deverá o agente antecipar-se em justificar o descumprimento ao juiz competente, por petição instruída com documentos, sempre que possível, a fim de que não se exponha à possibilidade de suspensão cautelar da medida restritiva até que aguarde audiência de justificação, prévia à eventual revogação definitiva. Essa restrição tem limitação lógica e temporal: o término da instrução processual. Encerrada a instrução, não haverá fundamento para mantê-la ou aplicá-la por ocasião do § 1º do art. 387 ou do art. 413, § 3º, ambos do CPP”.

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “Trata-se de mais uma medida que já estava prevista no art. 89, § 1º, III, da Lei n. 9.099/95. Assim, verificando o juiz que o acusado ou investigado dê efetivas demonstrações de que pretende furtar-se à aplicação da lei penal, poderá o juiz impor a referida medida, impedindo-o de ausentar-se da Comarca quando a permanência for imprescindível para a investigação ou instrução. A *contrario sensu*, prestigiando-se sempre a excepcionalidade e provisoriedade da medida, não se poderá impor a referida medida cautelar se sua permanência não se demonstrar necessária para o prosseguimento da perscrutação criminal. A medida em questão poderá ser efetivamente aplicada quando imposta cumulativamente com outra cautelar como, *verbi gratia*, o comparecimento em juízo. Assim, poderá o juiz estabelecer que o acusado compareça mensalmente em juízo e, sempre, apresente documento atualizado comprovando residência na Comarca (v. g., contas em nome do acusado, carnês etc.). Por derradeiro, insta ressaltar que não há óbice à aplicação direta da prisão preventiva quando se constatar que, antes da imposição de qualquer medida cautelar, o réu fugiu do distrito da culpa, ensejando a decretação da prisão com base no art. 312, caput, visando “assegurar a aplicação da lei penal”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS et al.** (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Se a permanência do acusado na comarca pela qual tramita o processo for conveniente para a investigação ou instrução, o juiz poderá decretar a medida quando, por exemplo, houver necessidade de proceder ao reconhecimento do indiciado ou acusado. Na medida em que a lei não faz qualquer distinção, é irrelevante se o destinatário da medida reside ou não na comarca em cujos limites territoriais terá de permanecer. A proibição em questão pode ser absoluta, quando o juiz entender que se justifica a imposição de restrição total à possibilidade de saída do território da comarca. Pode, também, ser relativa,



acaso se entenda que sua finalidade será alcançada ainda que o indiciado ou réu seja autorizado, por exemplo, a sair da comarca para trabalhar”.

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “Objetiva-se impor ao indiciado ou acusado a obrigação de permanecer no distrito da culpa. Em consequência, eventuais mudanças de endereço que impliquem deslocamento para outra Comarca deverão ser precedidos de autorização prévia do Juízo que aplicou a medida cautelar, sob pena de conversão em prisão preventiva, *ex vi* do art. 282, § 4.º, do CPP. [...] Cabe ressaltar, que a aplicação da medida cautelar em análise não pode ser decorrência da simples instauração de uma investigação criminal ou de um processo penal contra o agente. É preciso que se atenha o Juiz à efetiva presença do pressuposto específico que a autoriza, qual seja a efetiva necessidade ou conveniência para a investigação criminal ou instrução processual penal (art. 319, IV, fine), condição esta que se confunde com o princípio geral das cautelares consubstanciado na necessidade para a investigação ou instrução criminal (art. 282, I). Isto ocorre quando a natureza do fato, as circunstâncias do caso concreto ou a prova até então produzida na investigação ou na instrução indicarem a necessidade de permanecer o indiciado ou acusado à disposição das autoridades competentes para a eventual produção de outros elementos que se fizerem necessários para o esclarecimento da infração. Em termos de jurisprudência, a medida tem sido aplicada com frequência no intuito de assegurar a presença do acusado no curso do processo, a fim de prestar a sua versão dos fatos, bem como viabilizar a realização de diligências para as quais sua presença seja imprescindível (reconhecimentos, reconstituições, acareações etc.). Não raro, inclusive, vem cumulada com monitoração eletrônica (art. 319, IX, do CPP). Independentemente disso, é importante lembrar que a previsão da cautelar *in examen* não revoga o privilégio *nemo tene tenetur se detegere*, supedâneo do princípio de que ninguém pode ser constrangido a produzir provas contra si mesmo – até porque este princípio tem embasamento constitucional. Logo, se, a despeito da imposição da medida, a produção da prova que se pretende com o seu deferimento depender de comportamento ativo do indiciado/acusado e se isto implicar em prejuízo à sua condição jurídica, não estará ele, de modo algum, obrigado a participar da diligência”.

**AURY LOPES JR.** (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018). “É medida de cautelaridade evidente, servindo assumidamente para tutela da prova e, por via reflexa, da própria eficácia da lei penal (risco de fuga). A redação original era melhor, pois incluía “para evitar fuga”, e não incluía a discricionariedade do “conveniente”. Na tramitação legislativa o texto foi piorado, pois se restringiu à tutela da prova, o que poderá ser objeto de profunda discussão em casos concretos, na medida em que, colhida a prova, desaparece a situação fática legitimadora. A proibição de ausentar-se da comarca ou país era muito mais adequada para tutela da eficácia da lei penal, minorando o risco de fuga e podendo ser cumulada, por exemplo, com o dever de comparecimento periódico do inciso I. O erro de limitar-se, assumidamente, ao interesse probatório vai reduzir o campo de aplicação desta cautelar diversa. Também não andou bem o legislador em incluir a “conveniência” da investigação ou instrução, na medida em que abre um amplo espaço para exercício impróprio da discricionariedade judicial. Melhor seria manter a redação original, que exigia a “necessidade” e não mera conveniência. Incorre ainda no erro de se inserir na perspectiva de obrigar o réu a estar disponível para servir de “objeto de prova”. Vai na contramão do direito de não produzir prova contra si mesmo (*privilege against self-incrimination*) e da tendência em reconhecer-se o “direito de não ir”, inerente ao réu em processos penais democráticos, que não mais o veem como “objeto de prova”, mas sim sujeito processual. Não vislumbramos fundamento legal em obrigar o réu a permanecer na comarca ou país em nome da “conveniência ou necessidade para investigação ou instrução”, na medida em que pode usar o direito de silêncio em relação a qualquer ato probatório (inclusive o reconhecimento pessoal). Portanto, a medida seria melhor utilizada para minorar o risco de fuga e não para tutela da prova, cuja legitimidade é profundamente discutível, mas infelizmente não foi esse o texto final aprovado. Por fim, poderá ser conciliada com o disposto no art. 320 (...). Caberá ao juiz comunicar às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o imputado para entregar o passaporte no prazo de 24 horas. O descumprimento desta determinação será considerado como descumprimento da própria medida cautelar, cabendo, inclusive, a decretação da prisão preventiva”.



## 2.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR

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

Em primeiro lugar, não há se confundir o *recolhimento domiciliar* (medida cautelar) com a *prisão domiciliar* prevista nos arts. 317 e 318 do CPP. A *prisão domiciliar* funciona como substituta da prisão preventiva em casos excepcionais (avançada idade, doença grave, gestação etc.), só podendo o acusado ausentar-se de seu domicílio com prévia autorização judicial. Por sua vez, o *recolhimento domiciliar* não se restringe a hipóteses excepcionais e não necessariamente ‘substitui’ (ou, no máximo, ‘substitui antecipadamente’) a prisão preventiva, mas a evita (como medida cautelar que é), desde que ausentes os requisitos para a decretação da custódia preventiva.

Trata-se de medida menos gravosa que a prisão domiciliar, porquanto se admite que o acusado possa exercer sua atividade laborativa durante o dia. Esta medida baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do acusado, que, de modo a não perder seu emprego e poder manter sua rotina de vida praticamente inalterada, sujeita-se à obrigação de não se ausentar de sua casa no período noturno e nos dias de folga (Lima, 2017).

A respeito dos termos e ideias empregados no inciso (domicílio, período noturno), MARCÃO esclarece:

Genericamente, considera-se *período noturno* aquele compreendido entre as 20 horas de um dia e as 6 da manhã seguinte. É o tempo, em regra, destinado ao repouso noturno, quando então as pessoas se recolhem aos seus lares depois de longa jornada diária, segundo os costumes sociais. *Domicílio* é o lugar onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo (CC, art. 70). *Residência* é o local, espaço físico habitado pelo indivíduo (Marcão, 2017).

Como se vê da parte final do dispositivo, “para ser possível sua imposição, exige-se que o agente possua residência e trabalho fixos” (Távora, 2017). Contudo, para BRASILEIRO, “há de se admitir a aplicação da medida no caso em que o investigado ou acusado não tenha trabalho, mas esteja estudando. Em síntese, o fato de o acusado estar estudando deve receber igual tratamento à hipótese em que estiver trabalhando” (Lima, 2017).

Atentos à dificuldade de fiscalização do cumprimento dessa medida cautelar *per se*, PACELI & FISCHER e BRASILEIRO reputam ser recomendável a sua cumulação com a cautelar da monitoração eletrônica (inc. IX):

“Junto a ela, e segundo nos parece, com o objetivo de permitir uma melhor fiscalização de seu cumprimento, deveria ser também imposto o monitoramento eletrônico, sem o qual restaria muito difícil a constatação efetiva da eficácia da medida” (Pacelli, et al., 2018).

Apesar de o art. 319, V, do CPP, silenciar acerca do assunto, pensamos que, a fim de se conferir maior eficácia a essa medida, a prudência recomenda que sua aplicação seja feita em conjunto com o monitoramento eletrônico. Primeiro, porque o próprio art. 282, § 1º, do CPP, com redação



determinada pela Lei nº 12.403/11, permite que as medidas cautelares sejam aplicadas isolada ou cumulativamente. Segundo, porque a própria Lei de Execução Penal, ao tratar da prisão-albergue domiciliar, permite que o juiz defina a fiscalização por meio de monitoramento eletrônico quando conceder a prisão domiciliar (Lei nº 7.210/84, art. 146-B, IV, acrescentado pela Lei nº 12.258/10). De fato, se aplicada isoladamente, essa medida de recolhimento domiciliar no período noturno será de difícil, senão impossível fiscalização. Aplicada cumulativamente com a fiscalização eletrônica, a verificação de seu cumprimento será facilitada, conferindo-se maior eficácia à medida (Lima, 2017).

Ademais, PACELLI & FISCHER tecem interessantes considerações acerca da possibilidade de detração de pena nos casos de *recolhimento domiciliar*, ou seja, que o tempo de duração e cumprimento da medida seja considerado como tempo de pena cumprida por ocasião da fixação da pena em eventual sentença condenatória:

E, como se trata de medida de inegável gravidade, limitativa da liberdade de locomoção, ainda que somente em período noturno e nas folgas do trabalho, pensamos que o tempo de seu cumprimento deve ser levado à conta da detração da pena, como se tratasse de verdadeira prisão provisória, nos termos, portanto, do art. 42, do Código Penal. E nem se diga que o desconto do tempo na pena seria incabível em razão da liberdade para o trabalho. Ora, sabe-se ser esse um dos principais objetivos da execução da pena no Brasil, na perspectiva da ressocialização do condenado. O trabalho deve ser sempre incentivado, quando não oportunizado pelo Estado, instituindo-se, no ponto, como verdadeiro direito fundamental (art. 6º, da Constituição da República). É também nesse sentido a doutrina e a jurisprudência portuguesa sobre a matéria (Confira-se SILVA, Germano Marques da. Curso de processo penal. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1999, p. 276) (Pacelli, et al., 2018).

## Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “O recolhimento domiciliar está previsto no inc. V do art. 319 do CPP e pode revelar-se restrição de imensa valia na contenção de certos infratores. Consiste em determinar a permanência em domicílio no período noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tiver residência e trabalho fixos. [...] Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas (CC, art. 71). Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de mudar (CC, art. 74). E se o indiciado ou acusado tiver mais de uma residência? Pela letra do art. 71 do CC, considerar-se-á domicílio qualquer delas. Nessa hipótese, quando da imposição da medida, o juiz fará consignar no ato decisório em qual delas deverá permanecer. Em tais casos não poderá ocorrer deslocamento entre uma e outra dentre as residências, salvo se o agente contar com autorização judicial prévia e específica. Ficará sem sentido a imposição da restrição caso o agente não disponha de residência, tampouco emprego fixo. Se o agente estiver ativado em trabalho noturno, a restrição não poderá ser imposta, por representar medida desnecessária, inadequada e limitadora da subsistência do inculpa e de seus eventuais dependentes. É indispensável, ademais, que exista nexa entre o delito praticado e a restrição, sem o que não estarão evidenciadas a necessidade e a adequação da medida. O art. 317 do CPP trata da prisão cautelar domiciliar, modalidade distinta, que não se confunde com a medida cautelar de que ora se cuida. A prisão cautelar domiciliar criada com a Lei n. 12.403/ 2011 é medida substitutiva à prisão preventiva, cabível somente naquelas hipóteses taxativamente listadas no art. 318 do CPP. O ordenamento jurídico também contempla a limitação de fim de semana como pena restritiva de direitos (CP, art. 43, VI), que deve ser cumprida na forma dos arts. 151 a 153 da LEP. O art. 36, § 1º, parte final, do CP, quando disciplina regras para



o regime aberto, estabelece que o preso deverá permanecer recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. O Código Penal brasileiro também fala em repouso noturno quando trata de regras do regime fechado (art. 34, § 1º) e de modalidade de furto com aumento de pena (art. 155, § 1º). O art. 132, § 2º, b, da LEP, lista como condição facultativa do livramento condicional o recolhimento à habitação em hora fixada”.

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “Trata-se de medida inovadora, que não guarda correlação com nenhuma outra prevista no próprio CPP ou em leis extravagantes. De acordo com o art. 319, V, o juiz poderá impor ao acusado o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando tenha residência e trabalho fixos. Nota-se, aqui, que a medida pressupõe dois requisitos básicos: residência e trabalho fixos. Logo, pode-se afirmar que esta será a medida efetivamente menos aplicada nos casos concretos, porquanto faz dupla exigência de requisitos objetivos, que devem ser comprovados efetivamente no caso concreto para sua regular imposição”.

**NESTOR TÁVORA** (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016). “A medida cautelar em tela é a ideal para tornar a prisão preventiva realmente excepcional. Sendo suficiente o recolhimento domiciliar, desnecessária é a segregação cautelar. Para ser possível sua imposição, exige-se que o agente possua residência e trabalho fixos. Daí não caber o recolhimento domiciliar quando se constatar a necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, por já ter o acusado fugido do distrito de culpa, quando a cautelar indicada será a preventiva (art. 312, CPP). Por outro lado, para que não se fique refém do mero senso de disciplina do agente, pela nítida dificuldade de fiscalização do real cumprimento da medida, nada impede que seja cumulada com o monitoramento eletrônico”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS et al.** (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “A aplicação dessa medida pressupõe a existência de prova inequívoca de que o indiciado ou réu tem residência e trabalho fixos. A pessoa sujeita ao recolhimento domiciliar deverá permanecer nas dependências de sua residência todas as noites e nos dias em que não tiver de dedicar-se ao trabalho ou estudo em estabelecimento de ensino. Para que a medida em comento possa ter eficácia, deverá o juiz aplicá-la, em regra, cumulativamente com a medida de monitoração eletrônica, pois a mera obrigação de recolher-se, sem a correspondente fiscalização, desnatura a medida. É possível que a fiscalização seja cometida à Polícia Judiciária, hipótese em que o juiz deverá exigir relatório circunstanciado das diligências periodicamente realizadas”.

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “Trata-se de medida cautelar que pressupõe três requisitos básicos, sem os quais não pode ser deferida: 1) Residência fixa; 2) Atividade laboral fixa; 3) Ocorrência de noites sem ocupação laboral e de dias de folga. Tanto a residência como a atividade laboral fixas deverão ser devidamente comprovados. Não sendo possível a prova documental (v.g., pela ausência de vínculo trabalhista na ocupação exercida), essa comprovação pode ser realizada em audiência aprazada pelo juiz, na qual poderão ser ouvidos o indiciado/acusado e eventuais testemunhas. Ainda, é necessário que a atividade laboral seja integralmente ou, ao menos parcialmente, exercida no período diurno, existindo, ainda, dias de folga. Do contrário, revela-se impossível a aplicação da medida, tendo em vista os termos explícitos da lei que se refere a recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga. Quanto à possibilidade de conferir interpretação extensiva ao art. 319, V, do CPP e aplicá-lo, também, a quem exerce atividade à noite, permitindo, destarte, seu recolhimento domiciliar no período diurno, entendemos descabida, já que estamos diante de norma que impõe limite à garantia da liberdade e, assim, deve ser interpretada restritivamente. Em que pese tenhamos procurado abstrair o ceticismo no exame das reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011, buscando, dentro do possível, enxergar pontos positivos na disciplina introduzida, a verdade é que, na previsão do art. 319, V, do CPP, não logramos vislumbrar a mínima eficácia. Bom, se cumulada com a cautelar de monitoração eletrônica (art. 319, IX), pode, quem sabe, o provimento produzir resultados positivos no sentido de evitar a prática de infrações penais – única finalidade imaginável de sua imposição. Por derradeiro, sinala-se que esta cautelar não possui medida correspondente na legislação, muito embora possa guardar alguma semelhança com a pena restritiva de direitos de “limitação de final de semana” (arts. 43, VI, e 48 do CP)”.

**AURY LOPES JR.** (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018). “É uma medida cautelar que pode servir a diferentes fins, desde minorar o risco de fuga (ainda que com pouca eficácia), tutela da prova (já que o imputado ficará nos limites trabalho-domicílio) e até mesmo escopos metacautelares (e, por isso,



censuráveis), como prevenção especial e geral. Ainda que fundada no senso de responsabilidade e autodisciplina do imputado, a medida poderá vir cumulada com o monitoramento eletrônico, por exemplo, para assegurar-lhe a máxima eficácia. Da mesma forma, poderá ela ser chamada, como medida secundária, para reforçar os incisos I e II, por exemplo. Em caso de cumulação de medidas cautelares diversas, deverá o juiz atentar para a proporcionalidade, evitando a excessiva gravosidade para o réu das restrições, mantendo-se nos limites da necessidade e proporcionalidade. A medida é também diversa daquela prevista nos arts. 317 e 318. A prisão domiciliar decorre de motivos pessoais do agente, de natureza humanitária, diversa, portanto, da medida cautelar de recolhimento domiciliar previsto no art. 319, V. A primeira, explica SCHIETTI, aproxima-se mais de uma espécie de prisão preventiva atenuada, impondo ao imputado o dever de manter-se dentro de sua residência (salvo autorização judicial); enquanto a segunda, é uma modalidade menos gravosa de manter alguém em regime de liberdade parcial, permitindo-lhe que trabalhe durante o dia, recolhendo-se ao domicílio apenas à noite ou nos períodos de folga”.

## 2.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO OU ATIVIDADE

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;

Trata-se de medida cautelar prevista para casos específicos, nos quais se verifique a existência de crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração e/ou crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômica.

Não é algo completamente novo; já existiam medidas parecidas no nosso sistema: arts. 292 e 294 do CTB; art. 43 do CP; art. 56, § 1º, da Lei 11.343/06; art. 2º, II, do DL 201/67; art. 29 da LOMAN (LC 35/1979); art. 2º, § 5º, Lei 12.850/2013.

Por função pública compreende-se toda atividade desempenhada com o objetivo de consecução de finalidades próprias do Estado, por meio daquele que exerce cargo, emprego ou função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal. Exercem função pública todos aqueles que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta, aí incluídos os agentes políticos, os servidores públicos, assim como os particulares em colaboração com o Poder Público (Lima, 2017).

Já o conceito de atividades econômico-financeiras é bem mais amplo, devendo ser buscado, sobretudo, em relação ou em associação ao tipo de delito que se esteja investigando ou processando. De todo modo, a atividade empresarial, de maneira geral, implica o simples e geral desempenho de atividade de natureza econômica. A seu turno, a atuação junto aos bancos, comerciais ou não, e demais instituições financeiras, abrangidas pelo Sistema Nacional Financeiro, satisfazem o conceito de atividade financeira (Pacelli, et al., 2018).

O conceito de *função pública* é do Direito Administrativo – até mesmo particulares em colaboração com o Poder Público podem desempenhá-la. Ainda em relação à atividade de natureza econômica ou financeira, BRASILEIRO traz substancial rol de leis que abrigam crimes dessa espécie, o que dá uma ideia da abrangência do termo:

[...] o conceito de atividade de natureza econômica ou financeira guarda relação com o tipo de delito investigado, qual seja, crimes contra a ordem econômico-financeira, os quais estão



previstos nas seguintes leis: **a)** Lei nº 1.521/51 (crimes contra a economia popular); **b)** Lei nº 7.134/83 (crimes de aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais); **c)** Lei nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional); **d)** Lei nº 8.078/90 (crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor); **e)** Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); **f)** Lei nº 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica); **g)** Lei nº 9.279/96 (crimes em matéria de propriedade industrial); **h)** Lei nº 9.613/98 (crimes de lavagem de capitais) (Lima, 2017).

Note que o inciso VI do art. 319 do CPP apenas menciona o *justo receio de sua utilização* (leia-se: da função ou atividade) *para a prática de infrações penais*, muito embora o art. 282, I do CPP evidencie a possibilidade de imposição das medidas cautelares, para além da reiteração criminosa, quando necessárias para a aplicação da lei penal e para a investigação ou instrução penal.

Parece claro que a medida de suspensão poderá ser extremamente valiosa e até mesmo imprescindível para o êxito de determinada investigação ou instrução criminal, com vistas a preservar e garantir a fidelidade da prova. Mas nesse caso, estranhamente, o legislador preferiu restringir a aplicação da medida de suspensão apenas para as hipóteses em que houver justo receio da utilização da função pública, da atividade de natureza econômica ou financeira, *para a prática de infrações penais*. A propósito, deveria ter dito: justo receio de sua utilização para a prática de *nova infração penal*, porque a já verificação de infração penal é pressuposto para a aplicação da medida. Mas não é difícil arruinar essa tentativa de limitar o alcance da restrição, essa mazela da lei, de forma a permitir seja aplicada em busca da preservação da prova, já que o art. 347 do CP tipifica o crime de fraude processual, que consiste em inovar artificialmente, na pendência de investigação policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito. Por força desse raciocínio, portanto, e sob a perspectiva da prática do crime referido, é possível se imponha a restrição que, desse modo, em última análise servirá para a idoneidade da investigação ou da instrução criminal, sob o fundamento único de evitar a prática de nova infração penal. Contra a malícia, a inteligência. Não admitir a medida cautelar com vistas à preservação da idoneidade da prova, no mais das vezes, irá significar expor o agente à possibilidade de prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal, quando presentes os demais requisitos da lei (Marcão, 2017).

Assim, da mesma forma que a suspensão do exercício da função pode ser determinada para evitar novas práticas delituosas, a medida também pode ser imposta para que o acusado não se utilize de suas funções para destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qualquer forma ou prejudicar a busca da verdade. Portanto, apesar de o art. 319, VI, fazer menção à suspensão apenas para evitar a prática de novas infrações, é evidente que o agente também poderá ser suspenso para garantia da investigação ou instrução criminal (Lima, 2017).

NOSSA  
FUNDO!



Uma questão que merece relevo dentro desse tema é a **possibilidade ou não da suspensão da função pública de detentores de mandatos eletivos**. O tema desperta posições contrárias na doutrina.

Veja o que argumentam PACELLI & FISCHER, contrários a essa possibilidade:



Fazemos, contudo, um reparo às edições anteriores: em caso de mandato eletivo, em que o exercício do cargo deriva de fundamentação constitucional, e, mais, vem lastreado na livre manifestação do voto popular, somente em caso de condenação criminal e nas hipóteses constantes da legislação complementar eleitoral e no Código Eleitoral – todos, porém, autorizados na Constituição da República (art. 14, §§ 9º e 10, e art. 15) – é que se poderá pretender o afastamento do cargo. O fato de ser possível a prisão de alguns ocupantes de mandato eletivo – respeitados os casos de imunidade processual e material do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional – não autoriza a compreensão de ser cabível o afastamento do mandato eletivo. Esse, o mandato, tem como legítimo titular a soberania do voto popular (Pacelli, et al., 2018).

De outro lado, favorável à extensão da medida cautelar a essas pessoas, BRASILEIRO sustenta:

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que a função pública a que se refere o art. 319, inciso VI, abrange toda e qualquer atividade exercida junto à Administração Pública, seja em cargo público, seja em mandatos eletivos. De mais a mais, se considerarmos que há precedentes do STJ e do Supremo admitindo inclusive a prisão preventiva de Governador de Estado, seria de se estranhar que uma medida de tal porte pudesse ser utilizada, negando-se, porém, a possibilidade de suspensão da função pública, a qual, a depender do caso concreto, pode revelar-se igualmente eficaz para assegurar a eficácia do processo, só que com grau de lesividade bem menor. Logo, se se admite a aplicação de medida mais gravosa (prisão cautelar), não há restrição para a aplicação de medidas menos gravosas. A única ressalva à suspensão da função pública nos casos de mandatos eletivos fica por conta daquelas pessoas que possuem imunidade absoluta à prisão preventiva. Logo, se o Presidente da República não pode ser preso em hipótese alguma, também não pode ser suspenso de suas atividades (Lima, 2017).

Recentemente, foi submetida ao Plenário do STF a Ação Cautelar nº 4.070/DF, da qual adveio a decisão de suspensão do mandato eletivo do Deputado Federal E.C., bem como de seu cargo como então Presidente da Câmara dos Deputados, com fundamento no art. 319, VI do CPP. Trata-se de interessante julgado para fins didáticos (e vale a sua leitura integral), porquanto aborda tanto a finalidade diversa da medida àquela estampada no inciso (como a própria efetividade da justiça penal), quanto a possibilidade de sua aplicação a detentor de mandato eletivo. A referida decisão de aplicação da medida, foi referendada por unanimidade dos Ministros:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 319, VI, DO CPP), A ABRANGER TANTO O CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANTO O MANDATO PARLAMENTAR. CABIMENTO DA PROVIDÊNCIA, NO CASO, EM FACE DA SITUAÇÃO DE FRANCA EXCEPCIONALIDADE. COMPROVAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PRESENÇA DE MÚLTIPLOS ELEMENTOS DE RISCOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CRIMINAL E PARA A DIGNIDADE DA PRÓPRIA CASA LEGISLATIVA. ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA, CONCORRE PARA A SUSPENSÃO A CIRCUNSTÂNCIA DE FIGURAR O REQUERIDO COMO RÉU EM AÇÃO PENAL POR CRIME COMUM, COM DENÚNCIA RECEBIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O QUE CONSTITUI CAUSA INIBITÓRIA O EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA SUSPENSIVA

REFERENDADO PELO PLENÁRIO. (Referendo AC 4070/DF – STF, Rel. Min. Teori Zavascki, Data de julgamento: 05/05/2016).

Resumindo o teor da (longa) decisão original, BRASILEIRO pontua:

Na visão do STF, a denúncia descrevera diversos fatos supostamente criminosos praticados com desvio de finalidade, sob a atuação direta do referido parlamentar que estaria a utilizar o cargo de deputado federal e a função de Presidente da Câmara dos Deputados para fins ilícitos e, em especial, para a obtenção de vantagens indevidas. *In casu*, a decretação da medida cautelar do art. 319, VI, do CPP, serviria a dois interesses públicos indivisíveis: **a)** a preservação da utilidade do processo (pela neutralização de uma posição de poder que possa tornar o trabalho de persecução mais acidentado); e **b)** a preservação da finalidade pública do cargo (pela eliminação da possibilidade de captura de suas competências em favor de conveniências particulares sob suspeita) (Lima, 2017).

Ademais, outra questão que merece atenção diz respeito à **possibilidade ou não de suspensão da remuneração** do funcionário público afastado.

MARCÃO, TÁVORA e BRASILEIRO sustentam no sentido de que não há se falar em alteração no recebimento dos subsídios da função quando do seu afastamento pela aplicação da medida cautelar em testilha:

“A suspensão cautelar não é inconstitucional, e quando determinada não poderá ensejar prejuízo no recebimento de vencimentos” (Marcão, 2017).

“Em face do status de inocência, e por ser mera suspensão, o subsídio continuará sendo provido” (Távora, 2017).

A nosso ver, tendo em conta o princípio da presunção de inocência, pensamos que esse afastamento coativo das funções não pode implicar em desconto ou suspensão do subsídio. Afinal, o afastamento do funcionário não é voluntário, mas sim resultado da aplicação de uma medida cautelar, valendo lembrar que, como efeito de uma possível condenação, poderá haver inclusive a perda do cargo, tal qual previsto no art. 92, I, do CP. Analogicamente, pode-se utilizar o quanto disposto no art. 147, caput, da Lei nº 8.112/90, que prevê o afastamento cautelar do funcionário público no processo administrativo disciplinar, porém sem prejuízo da remuneração. Nesse contexto, em Recurso extraordinário [RE. 482.006/MG] no qual se discutia a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º da Lei nº 2.364/61, que deu nova redação à Lei nº 869/52), o Plenário do Supremo afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação aos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 5º, LVII, e art. 37, XV, respectivamente). Isso porque, a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição (Lima, 2017).



Como parâmetro, vejamos o que a *Lei de Organização Criminosa* (nº 12.850/2013), relativamente recente, diz sobre isso:

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, **sem prejuízo da remuneração**, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.



O STJ tem precedente admitindo (RMS 21.778/MT, DJ 26.11.2007). O STF tem precedente em sentido contrário, dando prevalência à presunção de inocência (RE 482.006, DJ 14.12.2007). Ambas as decisões têm mais de 10 anos e são anteriores à concepção das medidas cautelares diversas.

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. REDUÇÃO EM UM TERÇO DE SEU SUBSÍDIO. ART. 64 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 04/90. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A previsão do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Mato Grosso segundo a qual, em havendo a prisão preventiva de um servidor, sua remuneração deve ser reduzida em um terço, não ofende os princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da não-culpabilidade. Com efeito, trata-se de redução temporária de vencimentos decorrente de sua ausência ao serviço e, em caso de absolvição, haverá o pagamento do um terço reduzido. 2. "Não há falar, em hipóteses tais, em força maior. Isso porque, em boa verdade, é o próprio agente público que, mediante sua conduta tida por criminosa, deflagra o óbice ao cumprimento de sua parte na relação que mantém com a Administração Pública." (REsp 413.398/RS, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 19.12.2002). 3. Recurso ordinário improvido. (RMS 21.778/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/10/2007, DJ 26/11/2007, p. 247)

EMENTA: ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I - A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II - Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. III - Impossibilidade de pronunciamento desta Corte sobre a retenção da Gratificação de Estímulo à Produção Individual - GEPI, cuja natureza não foi discutida pelo tribunal a quo, visto implicar vedado exame de normas infraconstitucionais em sede de RE. IV - Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido. (RE 482006, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402)

Na antiga *Lei de Segurança Nacional* havia dispositivo que suspendia automaticamente o exercício e o salário na atividade privada – foi declarado inconstitucional (CLT/DL 5452/1943 - art. 131, V).



## Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “O inc. VI do art. 319 do CPP estabelece virtuosa restrição, consistente na 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. A suspensão não se confunde com a perda da função pública, que constitui efeito da sentença penal condenatória (CP, art. 92, I, a e b), tampouco com a pena de interdição temporária de direitos prevista no art. 43, V, do CP, cuja execução está regulada nos arts. 154 e 155 da LEP. Nessa mesma linha, o art. 56, § 1º, da Lei de Drogas instituiu a possibilidade de afastamento cautelar do funcionário público de suas atividades, por ocasião do despacho de recebimento da denúncia que imputar contra ele a prática de qualquer das condutas tipificadas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37. Encontramos no art. 327 do CP o seguinte conceito de funcionário público: “Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Por atividades de natureza econômica ou financeira, tome-se a título de exemplo, dentre outras, aquelas ligadas ao Ministério da Fazenda; Secretarias Estaduais e Municipais da Fazenda Pública; bancos; bolsa de valores, mercado de capitais etc. Como nas demais situações, e aqui um pouco mais evidente, é imprescindível que exista nexo entre o delito praticado e a medida restritiva, mas não é necessário que o delito tenha sido praticado no exercício das funções, bastando que em razão delas. O inc. II do art. 282 do CPP estabelece como critério para fixação de medidas cautelares: 1º) a necessidade para aplicação da lei penal; 2º) a necessidade para a investigação ou a instrução criminal; 3º) e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Pois bem. Parece claro que a medida de suspensão poderá ser extremamente valiosa e até mesmo imprescindível para o êxito de determinada investigação ou instrução criminal, com vistas a preservar e garantir a fidelidade da prova. Mas nesse caso, estranhamente, o legislador preferiu restringir a aplicação da medida de suspensão apenas para as hipóteses em que houver justo receio da utilização da função pública, da atividade de natureza econômica ou financeira, para a prática de infrações penais. A propósito, deveria ter dito: justo receio de sua utilização para a prática de nova infração penal, porque a já verificação de infração penal é pressuposto para a aplicação da medida. Mas não é difícil arruinar essa tentativa de limitar o alcance da restrição, essa mazela da lei, de forma a permitir seja aplicada em busca da preservação da prova, já que o art. 347 do CP tipifica o crime de fraude processual, que consiste em inovar artificialmente, na pendência de investigação policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito. Por força desse raciocínio, portanto, e sob a perspectiva da prática do crime referido, é possível se imponha a restrição que, desse modo, em última análise servirá para a idoneidade da investigação ou da instrução criminal, sob o fundamento único de evitar a prática de nova infração penal. Contra a malícia, a inteligência. Não admitir a medida cautelar com vistas à preservação da idoneidade da prova, no mais das vezes, irá significar expor o agente à possibilidade de prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal, quando presentes os demais requisitos da lei. A suspensão cautelar não é inconstitucional, e quando determinada não poderá ensejar prejuízo no recebimento de vencimentos. Determinada a suspensão, sendo caso, a autoridade judiciária fará providenciar para que o órgão público a que o imputado esteja vinculado seja oficialmente comunicado quanto ao teor da decisão, inclusive para que não se ofenda o princípio da continuidade dos serviços, inerente às atividades da Administração Pública”.

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “De todas as medidas previstas pelo legislador, essa é uma daquelas que, se bem aplicadas, podem trazer os melhores resultados práticos. Prevê o art. 319, VI, do CPP a possibilidade de 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. De início, nota-se que a lei exige que a função pública e a atividade econômica/financeira devem ser utilizadas para a prática de infrações penais. Assim, não há que impor a referida medida quando, por exemplo, o acusado pratica um crime de lesão corporal ou de furto sem se valer das atividades em questão. Tal medida restringe-se, em verdade, aos crimes de natureza econômica, bem como àqueles contra a Administração Pública (v. g., peculato, concussão, corrupção etc.). A suspensão da medida, anteriormente providência de cunho meramente administrativo, pode ser aplicada pelo próprio juiz penal, evitando a continuidade delitiva e a utilização da atividade e da função para a prática de crimes”.



**NESTOR TÁVORA** (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016). “As ramificações da atividade criminosa dentro do funcionalismo público são por demais deletérias. A facilitação da atividade delitiva sob o manto da atuação pública é um obstáculo para estancar a reiteração de condutas, o que pode, inclusive, resvalar no comprometimento da ordem pública. Havendo pertinência funcional, com facilitação da atividade criminosa pela função desempenhada, admite-se que ela seja cautelarmente suspensa, notadamente em se tratando dos crimes contra a administração pública (não é suficiente mera conjectura, mas possibilidade concreta da prática de novas infrações caracterizada pelo histórico/circunstâncias dos fatos e/ou pelos antecedentes do infrator). Em face do status de inocência, e por ser mera suspensão, o subsídio continuará sendo provido. Por se tratar de medida cautelar, ela não se confunde com a perda da função pública, do cargo ou do mandato eletivo, prevista no art. 92, inc. I, alínea “a” do CP como efeito da condenação, pressupondo condenação a pena igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever funcional. Em tal caso, a efetivação pressupõe o trânsito em julgado da decisão. Importante reiterar que a presente medida tem cabimento antes mesmo do início do processo penal. Esta percepção tem relevância direta quando o investigado é prefeito ou vereador, já que estes detentores de cargo eletivo têm sua responsabilidade prevista em norma específica, o Decreto-Lei nº 201/67. Segundo este diploma, o juiz decidirá sobre o afastamento cautelar somente quando do recebimento da denúncia (art. 2º, II, do Decreto). Ocorre que, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 12.403/2011 possibilita a suspensão cautelar das atividades políticas mesmo antes do juízo de admissibilidade de acusação, desde que atenda ao critério da razoabilidade, não superando 180 (cento e oitenta dias), sob pena de se caracterizar cassação indireta do mandato. Por outro lado, a suspensão do exercício da atividade econômica ou financeira também estão a exigir pertinência temática, como ocorre no risco de perpetuação de delitos contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/90 e 8.176/91)”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS et al.** (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Havendo fundamento para concluir que o exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira favoreça a prática de nova infração penal, o juiz poderá interditar temporariamente seu exercício, comunicando, conforme o caso, ao respectivo órgão público ou entidade de classe”.

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “Conforme se infere do art. 319, VI, do CPP, a medida é cabível nas hipóteses em que fundadas razões produzam o convencimento de que, se permanecer no cargo ou no exercício da atividade de natureza econômica ou financeira, o agente poderá se prevalecer dessa condição para continuar praticando infrações penais. Trata-se de cautelar destinada, primordialmente, aos funcionários públicos, nos crimes contra a administração pública, tais como peculato, concussão, corrupção passiva, prevaricação, bem como aos agentes de crimes contra instituições econômicas ou financeiras, a exemplo dos delitos previstos nas Leis 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro), 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária) e 9.613/1998 (lavagem de capitais), entre outras. Independentemente dessa destinação precípua, não vemos óbice à imposição da medida também a quem não ostenta a condição de funcionário público. Afinal, o art. 319, VI, do CPP, além de contemplar a suspensão do exercício de função pública, insere também a suspensão de atividade de natureza econômica. E nesse âmbito parece-nos possível incluir também o particular no exercício de sua profissão. Imagine-se o caso do médico a quem se atribua a prática de atos de pedofilia. Nada impede, a nosso ver, seja determinada pelo juiz a medida cautelar em exame, determinando-se que se abstenha ele de atender crianças e adolescentes até o julgamento final do processo, medida esta menos gravosa do que eventual decretação da prisão preventiva”. Nesse sentido, o autor entende ser possível a aplicação do art. 319, VI, do CPP, aos parlamentares federais: “isto porque tanto a prisão preventiva quanto as demais previsões incorporadas ao art. 319 do CPP possuem natureza cautelar. E, dentre essas cautelares, a única restringida pela Constituição Federal é a prisão, que é cabível para os Congressistas apenas no caso de flagrante de crime inafiançável. Logo, em tese, os demais provimentos elencados no sobredito artigo não produzem qualquer imunidade, podendo ser requeridas e impostas. O mesmo raciocínio aplica-se aos deputados estaduais, por força do art. 27, § 1.º, da Constituição Federal. Mas, atenção: a aplicação da cautelar em exame requer a existência de relação entre a prática criminosa sob apuração e a função pública ou a atividade de natureza econômica ou financeira desenvolvida pelo agente, não se autorizando que seja imposta quando a infração penal objeto da persecução não apresentar esse vínculo. Em outras palavras, a prática do crime não basta. É necessário que haja indicativos de que o agente se utilizou das prerrogativas ou vantagens de sua função ou da atividade que exerce para a prática do delito ou, pelo menos, para realizá-lo com maior facilidade, com maior

lucratividade ou com a certeza de que, nessa condição, serão menores as chances de ser descoberto. A medida do art. 319, VI, do CPP, no que concerne à suspensão do exercício da função pública, assemelha-se à previsão do art. 56, § 1.º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), dispondo que o juiz, ao receber a denúncia pelos crimes dos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37, poderá determinar o afastamento cautelar do funcionário público de suas atividades, quando a este forem imputadas tais condutas. E assemelha-se também à disciplina do art. 2.º, § 5.º, da Lei 12.850/2013 (organizações criminosas) ao estabelecer que, “se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual”. Ainda em relação ao funcionário público, tratando-se o provimento do art. 319, VI, do CPP de uma suspensão do exercício da função pública, e não uma perda da função ou do cargo, não deverá ficar o agente, no período da suspensão, privado dos respectivos vencimentos – mesmo porque, ao final da ação penal, pode ocorrer de ser ele absolvido da imputação, caso em que o provimento liminar antes deferido deverá ser cassado, ex vi do art. 386, parágrafo único, II, do CPP. Veja-se, além disso, que a medida cautelar em comento é ditada pela cautela, não se podendo afirmar que, se permanecesse em atividade, realmente praticaria o agente as novas infrações penais que, com o seu afastamento, se buscou evitar”.

**AURY LOPES JR.** (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018). “É medida extremamente gravosa e que deverá ser utilizada com suma prudência, sendo inclusive de discutível constitucionalidade. Não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena. Pretende tutelar o risco de reiteração, não recepcionado expressamente na redação final do art. 312, mas constante no projeto originário (daí, talvez, a incongruência). Terá como campo de aplicação os crimes econômicos e aqueles praticados por servidores públicos no exercício da função, ou seja, *propter officium*, sempre com vistas a impedir crimes futuros (perigosa futurologia...). Não se descarta a utilização nos crimes ambientais, como interdito de caráter preventivo. Sempre deverá ser fundamentada a decisão que impõe tal medida, apontando especificamente no que consiste o receio de reiteração e não se admitindo decisões genéricas ou formulárias. Recordemos que o sistema cautelar brasileiro não consagra um prazo máximo de duração das medidas, conduzindo a resultados gravíssimos para o imputado, que se vê submetido, por prazo indeterminado, a severas restrições de direitos fundamentais. O inciso em tela bem evidencia o imenso problema desta indeterminação temporal, pois a suspensão do exercício de função pública e, mais grave ainda, da atividade de natureza econômica ou financeira, poderá representar uma antecipação de pena e, principalmente, a morte econômica de pessoas e empresas por um lento processo de asfixia. Por tudo isso, pensamos que a medida é das mais gravosas e deve ser utilizada com extrema parcimônia”.

## 2.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

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;

Essa medida cautelar também apresenta uma aplicabilidade específica, condicionada à existência dos seguintes requisitos: **a)** crime praticado com violência ou grave ameaça; **b)** constatação da imputabilidade ou semi-imputabilidade por perito; e **c)** risco de reiteração criminosa.

O dispositivo menciona *crimes praticados com violência ou grave ameaça*, mas não delimita se deve ser compreendida, a esse respeito, a violência contra *pessoas* ou contra *objetos* também. Em visões contrastantes acerca do assunto, afirmam MARCÃO e TÁVORA:

“Embora a lei não diga expressamente, só tem pertinência em relação aos delitos praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, e não contra objetos e coisas” (Marcão, 2017). “Como não houve



restrição, alberga-se não só a violência contra a pessoa, como também contra objetos, como no crime de dano” (Távora, 2017).

Outrossim, conforme expressamente prevê o dispositivo, a imputabilidade e semi-imputabilidade aludidas referem-se às causas constantes do art. 26 do CP, *in verbis*:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por **doença mental** ou **desenvolvimento mental incompleto** ou **retardado**, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Concernente ao tempo/momento de manifestação dessa incapacidade gerada pela doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado em relação ao momento da prática criminosa, RENATO BRASILEIRO afirma:

O dispositivo não estabelece distinção entre quem já era inimputável ou semi-imputável à época do crime (CP, art. 26, caput, e parágrafo único) e aquele cuja doença mental sobreveio à infração. Logo, a medida pode ser aplicada em ambas as hipóteses, jamais como medida de segurança provisória, mas sim como instrumento de natureza cautelar destinado à tutela da garantia da ordem pública, para evitar a prática de novas infrações penais com violência ou grave ameaça.

Além disso, como o dispositivo menciona a constatação dessas circunstâncias por perito, afirma o autor sobre a questão do laudo pericial nesses casos, entendendo ser possível a decretação dessa medida mesmo sem a sua presença:

Há necessidade, portanto, de prévio incidente de insanidade mental, cuja realização só pode ser determinada pela autoridade judiciária, jamais pela autoridade policial (CPP, art. 149). No entanto, embora a regra seja a existência de prévio laudo de exame de insanidade mental, não se pode concluir que referido exame funcione como condição *sine qua non* para a imposição da medida. Como há excessiva demora para a elaboração desse laudo, e tendo em conta que essa medida também pode ser aplicada aos inimputáveis e semi-imputáveis cuja doença mental sobreveio à infração, podem ser utilizadas outras provas do estado mental do acusado, pelo menos enquanto não é concluído o exame de insanidade mental. Nessa linha, como destaca Nucci, apesar de se exigir a conclusão pericial de inimputabilidade ou semi-imputabilidade para a adoção da medida, conforme o caso, deve o juiz valer-se de seu poder geral de cautela, determinando a internação provisória, antes mesmo do laudo ficar pronto, pois é incabível manter-se em cárcere comum o doente mental, que exiba nítidos sinais de sua enfermidade (Lima, 2017).

MARCÃO entende ser o laudo pericial verdadeiro pressuposto da medida; contudo, considera que internação provisória deve ser limitada apenas aos casos de inimputabilidade:

Pressuposto, ainda, é a existência de laudo pericial que ateste ser o agente inimputável ou semi-imputável, na forma do art. 26 do CP. Mas não é só. Também se faz imprescindível que, no laudo, os peritos apontem claramente a possibilidade de reiteração na conduta, afirmação que, convenhamos, não é nada fácil se fazer com responsabilidade após uma única entrevista, quiçá com muitas, em verdadeiro e questionável exercício de futurologia. A regulamentação é falha. O legislador disse menos do que deveria. Com efeito, a internação provisória só se justifica em relação aos casos de inimputabilidade, pois, para os casos de semi-imputabilidade, basta, em regra, o tratamento ambulatorial. Se considerarmos, entretanto, que quem pode o mais pode o menos, é de admitir a imposição de tratamento ambulatorial, que, em última análise, traduzirá benefício ao agente, se comparada esta com a medida de internação, que é privativa da liberdade. Aplica-se aqui a interpretação in *bonam partem*, sem que disso decorra violação à taxatividade das medidas (Marcão, 2017).

Mas, enfim, em havendo a aplicação dessa medida cautelar, **qual o local em que será internado provisoriamente o acusado?** A doutrina sustenta que deverá ser observado o art. 96, I do Código Penal:

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; [...]

Permite-se, portanto, diante da omissão do Estado, internação em hospital particular especializado. [...] O tratamento ambulatorial é feito em meio livre, em clínica ou hospital especializado. A qualquer tempo poderá ser realizada nova avaliação pericial para verificação da necessidade de manutenção ou adequação da medida restritiva (Marcão, 2017).

Por derradeiro, em relação às finalidades dessa medida, BRASILEIRO registra:

Além da finalidade precípua inerente a essa medida, no sentido de se evitar a reiteração delituosa de crimes praticados com violência ou grave ameaça, a internação provisória também visa à recuperação do agente, já que este será colocado à disposição médica. Esse tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio e será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros – vide Lei nº 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental (Lima, 2017).

## Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “A internação provisória, conforme prevista no art. 319, VII, do CPP, é medida de aplicação restrita aos autores de ilícitos praticados mediante emprego de violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser ele inimputável ou semi-imputável (CP, art. 26) e houver risco de reiteração. Essa providência cautelar veio em boa hora, pois, como anotou **CABETTE**, “o que ocorria anteriormente é que o magistrado ficava de mãos atadas, sem uma medida adequada, sendo forçado a valer-se da prisão preventiva, mantendo um doente mental no cárcere juntamente com criminosos comuns, ocasionando transtornos à administração penitenciária, aos próprios demais detentos e principalmente ao doente mental que nesse ambiente tem sua enfermidade agravada, além de correr sérios riscos quanto à vida e integridade física”. Ao contrário das demais reguladas no art. 319, é medida cautelar *privativa da liberdade*. Não tem por objetivo preservar a idoneidade da prova, mas evitar a reiteração delitiva. Embora a lei não diga expressamente, só tem pertinência em relação aos delitos praticados mediante violência ou grave ameaça à *pessoa*, e não contra objetos e coisas”.

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “A lei retoma a possibilidade de internação provisória nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, desde que comprovada pericialmente a semi-imputabilidade ou a inimputabilidade, nos termos do art. 26 do CP. A referida internação tem caráter eminentemente cautelar e provisório, sendo que sua imposição não vincula o juiz na apreciação do fato criminoso, uma vez que poderá absolver o acusado, mesmo inimputável, se entender pela ocorrência de quaisquer das hipóteses do art. 386 do CPP”.

**NESTOR TÁVORA** (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016). “A previsão é salutar, evitando-se o decreto da prisão preventiva, com o recolhimento ao cárcere, de pessoas com incapacidade absoluta ou reduzida de entender o caráter ilícito do fato em virtude de doença mental. No entanto, a medida deve ser justificada pelo risco da reiteração delituosa, o que impede a internação compulsória em razão da simples prática delitiva, como se fosse um efeito automático da doença mental. A decisão deve estar apoiada no respectivo incidente de insanidade ou similar, não apenas para aferir a higidez mental do agente, como também para dosar a probabilidade da reiteração de condutas. A internação se dará no Hospital de Custódia e Tratamento, sendo adequada aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, leia-se, àqueles com conotação mais gravosa. Como não houve restrição, alberga-se não só a violência contra a pessoa, como também contra objetos, como no crime de dano”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS et al.** (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Cuida-se de medida aplicável somente em relação a infrações praticadas com violência ou grave ameaça e que pressupõe, além da constatação, em decorrência da instauração de incidente de insanidade, de que o indiciado ou réu é inimputável ou semi-imputável, a demonstração de que apresenta considerável potencial de reincidência. A internação deve ocorrer em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado”.

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “[...] em derradeiro, cumpre sinalar que a medida cautelar de internação provisória prevista no art. 319, VII, tem sua aplicação restrita aos acusados de crimes cometidos com violência ou grave ameaça que tiveram apurada sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade ao tempo da infração penal e que, no curso do processo criminal contra eles ajuizado (art. 151 do CPP), demonstraram o risco de reiteração provocado, muito especialmente, pela periculosidade decorrente da persistência da doença mental. Detecta-se tal limitação em face da alusão, no art. 319, VII, ao art. 26 do Código Penal, que se refere, especificamente, à doença mental, à perturbação da saúde mental e ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado ao tempo da ação ou omissão. Por conseguinte, o art. 319, VII, não se aplica às hipóteses de incapacidade superveniente (doença mental posterior à prática do crime), mesmo porque, para tal situação, que implica suspensão do processo até o restabelecimento do acusado ou a prescrição do crime, existe dispositivo legal aplicável consistente no art. 152, § 1.º, do CPP, prevendo a possibilidade de internação independentemente da natureza do crime perpetrado. Claro que essa internação exige justificativa (não é, portanto, automática), a qual, reputamos, sejam as mesmas que autorizam o decreto da prisão preventiva”.



**AURY LOPES JR.** (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018). “Mais uma inovação sem similar no modelo atual, busca estabelecer uma espécie de medida de segurança cautelar para os casos de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa por agente inimputável ou semi-imputável. Para tanto, exige-se: crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; inimputabilidade ou semi-imputabilidade demonstrada por perícia; risco de reiteração criminosa. Os requisitos são cumulativos e não alternativos. Os problemas desta medida são de diferentes ordens, a começar pela ausência de limitação de sua duração (mesmo erro existente na prisão preventiva), o que poderá gerar abusos. O segundo inconveniente decorre desta “perícia” para demonstrar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, pelos riscos inerentes às avaliações psicológicas e, o mais grave, ao caráter retroativo com que é feita. Ou seja, os peritos dirão, hoje, se ao tempo da ação ou omissão o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não é aferir isso no estado psíquico atual, mas no passado, quando da prática do crime, o que constitui um imenso espaço impróprio para subjetividade do avaliador e, portanto, um grave risco. Ademais, considerando a urgência inerente às cautelares, nem sempre haverá condições de se fazer um exame de insanidade como necessário e, com isso, acabaremos criando a situação do “inimputável provisório”, para não dizer, do “louco temporário”... correndo o risco de depois, no exame definitivo, o diagnóstico ser diferente. Pode-se pensar, por analogia, na perspectiva da Lei de Drogas (Lei n. 11.343), em que se faz o laudo de constatação provisório para aferir se uma substância é “aparentemente” entorpecente, com a finalidade de homologar a prisão em flagrante e até mesmo para o recebimento da denúncia, exigindo-se, no curso do processo, o laudo de constatação definitiva para permitir a condenação. Cria-se, no art. 319, VII, diante da urgência da medida cautelar, a possibilidade de um laudo de constatação provisória da inimputabilidade, apto a ensejar a internação provisória. Isso não está na lei, mas a situação de urgência poderá conduzir a esse cenário. [...] Em suma, é uma medida muito perigosa. Em terceiro lugar, o dispositivo recorre à perigosa futurologia do “risco de reiteração”, completamente subjetiva e impossível de ser aferida. Em última análise, a nosso juízo, pode representar um grave retrocesso essa internação provisória do inimputável ou semi-imputável, pois significa a aplicação de medida de segurança cautelar, fundada na “periculosidade” do agente (...)”.

## 2.8 FIANÇA

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;

Tratamos do instituto da fiança quando do estudo do tema “Liberdade Provisória”. Para evitar repetições desnecessárias, passemos à próxima medida.

### Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “O art. 319, VIII, do CPP, estabelece a fiança como medida cautelar diversa da prisão, a qual denominamos “fiança restritiva”, em contraste com a “fiança libertadora ou liberadora”, que se pode prestar como contracautela à prisão em flagrante. Na aferição da adequação, necessidade e suficiência, deverá o juiz pautar sua decisão com vistas a: 1º) assegurar o comparecimento a atos do processo; 2º) evitar a obstrução do seu andamento; ou 3º) em caso de resistência injustificada à ordem judicial. A fiança pode ser arbitrada e, portanto, prestada, em qualquer fase do inquérito ou do processo, mas essa afirmação reclama uma reflexão maior, já que o art. 310 do CPP determina que, no momento do controle jurisdicional que se segue à prisão em flagrante (CPP, art. 306, § 1º), o juiz deverá: relaxar a prisão, se ilegal; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com medidas cautelares; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, e não se revelarem suficientes ou adequadas as medidas cautelares diversas da prisão. Nesses termos, a fiança libertadora da prisão em flagrante, a rigor, só terá cabimento dentro do período que medeia a lavratura do auto de prisão e a materialização do art. 310 do CPP. Daí por diante só será possível pensar em fiança enquanto medida cautelar regulada no art.



319, VIII, do CPP, sendo possível, nesse caso, que, mesmo depois de decretada a prisão preventiva por ocasião do art. 310 ou durante o processo, reconsidere o juiz a respeito da necessidade e utilidade do encarceramento, ocasião em que poderá fazer cessar a privação cautelar da liberdade e aplicar a medida diversa denominada fiança. É preciso distinguir, portanto, a fiança que está vinculada ao instituto da liberdade provisória, que se segue à prisão em flagrante, da fiança regradada no art. 319, VIII, do CPP, pois, embora ambas estejam moldadas pelos arts. 322 e seguintes, na essência, a aplicação de cada uma tem fundamento de fato e de direito distinto. Enquanto uma pressupõe, sempre, a existência de prisão em flagrante, a outra não, e poderá ser aplicada na fase de investigação ou do processo, até mesmo em relação a quem não tenha sofrido qualquer privação de liberdade”.

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “A fiança está disciplinada nos arts. 322 a 350 do CPP, e também foi alvo de substancial reforma pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Conforme dispõe o art. 319, VIII, a medida deve ser aplicada visando assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, bem como evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. Saliente-se que as hipóteses previstas para a aplicação da fiança podem ensejar seu quebramento, nos termos do art. 341 do CPP, quando tais atos vierem a ser praticados após o deferimento da fiança e no gozo do seu benefício”.

**NESTOR TÁVORA** (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016). “Como estudado, a fiança é a medida reservada a impugnação do cárcere, impondo implementação financeira e submetendo o agente a uma série de obrigações. De regra, funciona como contracautela, ou até mesmo como cautelar autônoma, assegurando o comparecimento do agente aos atos processuais, evitando a obstrução da persecução, ou sendo imposta quando o agente resiste injustificadamente à ordem judicial, evitando o encarceramento”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS et al.** (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Trata-se, em verdade, de medida de contracautela, que tem lugar para evitar que o indiciado ou acusado permaneça preso provisoriamente (ou seja, sujeito a prisão cautelar) na eventualidade de poder oferecer garantia ao juízo, de modo a reduzir a probabilidade de lançar-se a terras distantes. O dispositivo faz menção à fiança como forma de assegurar o comparecimento do réu aos atos do processo ou para evitar a obstrução do seu andamento, na medida em que, caso descumpra tais obrigações, o juiz poderá declarar quebrada a fiança, o que importará a perda de metade de seu valor, além da possibilidade de decretação de novas medidas cautelares ou da prisão preventiva. Já a parte final do texto legal menciona a decretação da fiança como forma de vencer resistência injustificada do réu a algum tipo de ordem judicial. Nesse particular, o dispositivo, sinceramente, não faz sentido. O instituto da fiança, em razão de sua importância, será posteriormente analisado de forma detalhada”.

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “(...) nas hipóteses em que não houver vedação legal à fiança, estabelece o art. 319, VIII, do CPP que esta poderá ser concedida para atender uma das seguintes finalidades: • Assegurar que o agente compareça a todos os atos do processo: Harmoniza-se esta finalidade com o disposto no art. 327 do CPP, dispondo sobre a obrigação do afiado de comparecer a todos os atos do inquérito e da instrução criminal sempre que intimado pela autoridade. • Evitar que obstrua o seu andamento: trata-se de qualquer ato praticado pelo agente em prejuízo do regular andamento do processo, por exemplo, retardando providências a seu cargo, requerendo diligências infundadas, esquivando-se da intimação para atos processuais etc. • No caso de resistência injustificada à ordem judicial: neste caso, o objetivo da fiança é evitar que o agente resista, injustificadamente, a determinações judiciais, as quais, inclusive, poderão ser aquelas que tiverem aplicado outras medidas cautelares. Cabe ressaltar que o legislador conferiu autonomia à fiança. Assim, desde que se trate de crimes afixáveis, poderá ela ser aplicada de forma isolada ou cumulada com outras cautelares (art. 282, § 1.º e 319, § 4.º), podendo, ainda, ser aplicada a crimes que admitam ou não a prisão preventiva (art. 313). Tratando-se, porém, de infração que admita a decretação da prisão preventiva, é claro que a aplicação da cautelar de fiança, a exemplo dos demais provimentos cautelares alternativos, terá preferência em relação à decretação da custódia, nos termos exatos do art. 282, § 6.º, do CPP. Também, a prestação de fiança, assim como as demais cautelares alternativas, poderá ser uma das condições para a concessão de liberdade provisória, ex vi do art. 321 do CPP (esta, aliás, a hipótese atual de sua aplicação que se identifica com a previsão de cabimento existente antes da Lei 12.403/2011). Esta natureza autônoma atribuída à fiança ganha relevância, se comparado o modelo atual com a disciplina incorporada ao Código de Processo Penal antes da vigência da Lei 12.403/2011. Isto porque, naquela época,



ao contrário do que agora ocorre, a fiança encontrava-se diretamente relacionada à prisão em flagrante. Em verdade, agregava-se ela a uma das formas de liberdade provisória previstas em lei – a chamada liberdade provisória permitida com fiança. De resto, encaminhamos o leitor ao item 11.11.3.1 deste Capítulo, em que abordamos a fiança de modo específico”.

## 2.9 MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

IX - monitoração eletrônica.

Renato Brasileiro conceitua:

Consiste no uso de dispositivo não ostensivo de monitoramento eletrônico, geralmente afixado ao corpo da pessoa, a fim de que se saiba, permanentemente, à distância, e com respeito à dignidade da pessoa humana, a localização geográfica do agente, de modo a permitir o controle judicial de seus atos fora do cárcere (Lima, 2017)

O instituto do monitoramento eletrônico chegou ao Brasil com o advento da Lei nº 12.258/2010, que promoveu alterações na Lei nº 7.210/1984 (*Lei de Execução Penal*), limitando a medida, contudo, ao âmbito da execução das penas, mais especificamente em relação à concessão de saída temporária no regime semiaberto e prisão domiciliar, conforme art. 146-B, II e IV da LEP:

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da **monitoração eletrônica** quando: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010) [...]

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; [...]

IV - determinar a **prisão domiciliar**.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, o instituto passa a permear toda a persecução penal, desde a fase investigativa, contemplando inclusive a evolução processual, funcionando como verdadeiro substitutivo do cárcere cautelar, para aferir a ida, vinda ou permanência do indivíduo em determinados lugares, por meio de aparato tecnológico não ostensivo, com impacto mínimo na sua rotina, em consonância com o estipulado em decisão judicial motivada (Távora, 2017).

Desta forma, desde o acréscimo do inciso IX ao art. 319 do CPP pela referida lei, passou a ser plenamente possível a aplicação do monitoramento eletrônico como medida cautelar diversa da prisão durante a fase investigatória e processual. Referida medida pode ser estabelecida isolada ou cumulativamente com as outras cautelares já abordadas (como o recolhimento domiciliar, proibição de acesso a determinados lugares ou de ausentar-se da Comarca, por exemplo).

De todo modo, PACCELI & FISCHER consideram mais acertada a sua fixação apenas em conjunto com outras medidas, a fim de lhes garantir efetividade:



Pensamos que o monitoramento eletrônico não deverá ser aplicado isoladamente, mas como garantia de cumprimento de outras cautelares que, pela natureza, demandem um grau mais sofisticado de fiscalização. É o caso do recolhimento domiciliar (art. 319, V) e da proibição de acesso a determinados lugares (art. 319, II) (Pacelli, et al., 2018).

RENATO BRASILEIRO elenca três finalidades do monitoramento eletrônico:

- a) Detenção:** o monitoramento tem como objetivo manter o indivíduo em lugar predeterminado, normalmente em sua própria residência;
- b) Restrição:** o monitoramento é usado para garantir que o indivíduo não frequente certos lugares, ou para que não se aproxime de determinadas pessoas, em regra testemunhas, vítimas e coautores;
- c) Vigilância:** o monitoramento é usado para que se mantenha vigilância contínua sobre o agente, sem restrição de sua movimentação.

A respeito das tecnologias possíveis de serem utilizadas para que essas finalidades sejam alcançadas, o autor dispõe:

- a) Sistemas passivos:** o monitorado é periodicamente acionado pela central de monitoramento por meio de telefone ou pager, para garantir que ele se encontra onde deveria estar, sendo sua identificação feita por meio de senhas ou biometria, como impressão digital, mapeamento da íris ou reconhecimento de voz. Esse sistema não permite que o acusado tenha grande mobilidade, mas pode ser aplicado para verificar o cumprimento do recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga ou prisão domiciliar;
- b) Sistemas ativos:** o dispositivo instalado em local determinado (v.g., casa) transmite o sinal para uma central de monitoramento. Nesse caso, se o monitorado se afastar do local determinado acima da distância determinada, a central é imediatamente acionada;
- c) Sistema de Posicionamento Global (GPS):** por conta de seus três componentes – satélites, estações de terra conectadas em rede e dispositivos móveis (braceletes ou tornozeleiras eletrônicas) –, essa tecnologia elimina a necessidade de dispositivos instalados em locais predeterminados, sendo utilizada como instrumento de detenção, restrição ou vigilância. Pode ser usado de forma ativa, permitindo a localização do usuário em tempo real, ou na forma passiva, hipótese em que o dispositivo é capaz de registrar toda a movimentação do monitorado ao longo do dia, sendo tais dados transmitidos a uma central, que gera um relatório diário. Sua utilização também permite que se saiba se o acusado se distanciou de local onde deveria permanecer (zona de inclusão) ou se adentrou em local que não devia frequentar (zona de exclusão) (Lima, 2017).

Ao contrário da *Lei de Execução Penal*, que recebeu várias e pontuais alterações como forma de melhor acomodar esse novo instituto de monitoramento (v.g. estabelecimento de deveres ao monitorado e suas consequências, hipóteses de revogação), o acréscimo do inciso IX ao art. 319 do CPP se deu de forma isolada, apenas se prestando a prever a nova medida cautelar.



Por essa razão, “em face da absoluta ausência de disciplina procedimental e dos regramentos da medida cautelar, que devem ser apontados no mandado judicial, utilizaremos, por analogia, o art. 146-C da Lei nº 7.210/84” (Távora, 2017).

O referido artigo prevê os seguintes deveres ao monitorado:

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes **deveres**: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - **receber visitas** do servidor responsável pela monitoração eletrônica, **responder** aos seus contatos e **cumprir** suas orientações;

II - **abster-se de remover**, de **violar**, de **modificar**, de **danificar** de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica **ou de permitir que outrem o faça**.

Descumprir esses deveres significa descumprir a própria medida cautelar, o que sujeitará o acusado às consequências previstas no art. 282, § 4º do CPP, *in verbis*:

§ 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).

Finalmente, cumpre dizer que existem outras medidas cautelares pessoais fora do Código de Processo Penal: suspensão da posse ou restrição do porte de armas (art. 22, I, Lei 11.340/2006), restrição ou suspensão de visitas a menores (IV), suspensão da habilitação (art. 294, Lei 9.503/1997) etc. Ou seja: não é exclusividade do art. 319 e nem do CPP prever medidas de natureza cautelar.

## Doutrina complementar

**RENATO MARCÃO** (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Isolada ou cumulativamente, uma das medidas mais eficientes, se bem aplicada e executada, é a cautelar de monitoramento eletrônico, autorizada no inc. IX do art. 319 do CPP, e são muitas as vantagens que decorrem da utilização adequada das tecnologias relacionadas, conforme aponta Barros Leal. Segundo Edmundo Oliveira, o monitoramento eletrônico “evita os efeitos nefastos da dessocialização do encarceramento – principalmente para os delinquentes primários – e facilita a manutenção dos elos familiares e o exercício de uma atividade profissional. Esse sistema permite, também, diminuir a taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários, acolhendo réus e condenados, a pequenas ou médias penas, a um custo bem menor. A prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico afasta de seus beneficiários a promiscuidade e as más condições de higiene, a ociosidade e a irresponsabilidade, encontradas em tantas prisões. Trata-se de um tipo de punição que não acarreta o estigma associado ao encarceramento, assegurando a continuação de uma vida ‘normal’ aos olhos do empregador e junto da família”. 121 Existem várias tecnologias disponíveis no mercado, prontas para esse tipo de monitoramento, em regra feito por GPS (*Global Positioning System*, ou Sistema de Posicionamento Global), e que pode ocorrer pelo uso de pulseira; tornozeleira, implante de chip no corpo humano etc. No Brasil, a Lei n. 12.258/ 2010 instituiu a possibilidade de monitoramento eletrônico em relação a condenados, durante a execução da pena. Em razão dos vetos a que fora submetido o Projeto que deu origem à Lei n. 12.258/ 2010, no processo executório o monitoramento eletrônico somente poderá ser aplicado nas duas hipóteses taxativamente previstas. São elas: 1ª) em relação àqueles beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto



(LEP, arts. 122 a 125 c.c. o art. 146-B, II); 2ª) aos que se encontrarem em prisão domiciliar (LEP, art. 117 c.c. o art. 146-B, IV)”.  
131

**EDILSON MOUGENOT BONFIM** (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). “Essa medida cautelar já encontrava previsão na Lei n. 12.258/2010, porém, restrita à execução penal. Com a previsão no art. 319 do CPP, estendeu-se também à fase de inquérito policial e durante a instrução do processo. Trata-se de, como regra, uma tornozeleira que o acusado ou indiciado deverá utilizar e que enviará informações automaticamente a uma central acerca do local onde se encontra. Se eventualmente vier a romper ou danificar o aparelho, entendemos que a medida cautelar restará descumprida, sendo possível a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único, do CPP. Desde a implementação da medida no Brasil, no âmbito das execuções penais, tem-se discutido a constitucionalidade da medida. Segundo alguns autores contrários à medida, estaríamos diante de violação contumaz ao princípio da dignidade da pessoa humana, por ser a medida vexatória e invasora da intimidade do acusado. *Data maxima venia*, assim não entendemos. Vale salientar, de início, que os direitos fundamentais não são absolutos, cedendo quando em conflito com outros direitos, no caso concreto. Outrossim, o simples uso de uma tornozeleira ou outro dispositivo *de per se* não é vexatório e insignificante, pois visa justamente estabelecer um controle acerca da localização do réu sem que se faça necessário ser destacado um policial ou agente para o acompanhar durante o prazo da medida. Dependerá, ademais, da fundamentação explicitadora do porquê de seu uso, que, como todos os princípios, demandará argumentação jurídica, esta que, em última análise, permitirá um controle sobre o acerto ou não da decisão. Vale dizer, havendo conflito de princípios ou colisão de valores fundamentais, no caso concreto, o Judiciário dirá o porquê da prevalência a um desses princípios ou valores em detrimento do outro, ou, em outras palavras, porque um desses princípios ou valores se restringe (mediante o método da proporcionalidade, por exemplo), favorecendo no caso sub judice outro princípio ou valor de modo maximizado. Ademais, a medida visa justamente evitar a prisão preventiva do acusado, providência sem dúvida mais lesiva ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por tais razões, não meramente legítima a proposta, como potencializadora do próprio princípio da dignidade humana, na medida em que possibilita substituir a prisão preventiva, redutora *in extremis*, ela sim, do espaço de liberdade do cidadão. Sendo a prisão preventiva, pois, constritora em maior medida do direito fundamental da liberdade, decorrência ou desdobramento da dignidade humana, esta é tão ou mais bem preservada quando se opta (monitoramento eletrônico) por medida menos invasiva do *jus libertatis* do cidadão. Por conseguinte, forçosa a conclusão de que o caso concreto e a fundamentação pela qual se adotou uma ou outra medida, na ordem verdadeiramente escalonada da lei, dirá de seu acerto ou incorreção, controle este tão mais eficaz quanto o seja a clareza ou o primor que dimane da referida fundamentação”.

**NESTOR TÁVORA** (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016). “A tecnologia também deve ser utilizada em favor da persecução penal. O monitoramento eletrônico tem seus contornos na década de 60, ganhando efetividade nos idos da década de 80, notadamente em território americano e europeu. No Brasil, em que pese leis estaduais de duvidosa constitucionalidade tratando do tema, como ocorreu no Estado de São Paulo (Lei nº 12.906/08), fato é que a matéria foi devidamente regulamentada por força da Lei nº 12.258/10, alterando a LEP (Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84), e inserindo o instituto para o seguinte tratamento: a) Saída temporária aos beneficiários do regime semiaberto; b) Disciplina da prisão domiciliar. Com o advento da Lei nº 12.403/011, o instituto passa a permear toda a persecução penal, desde a fase investigativa, contemplando inclusive a evolução processual, funcionando como verdadeiro substitutivo do cárcere cautelar, para aferir a ida, vinda ou permanência do indivíduo em determinados lugares, por meio de aparato tecnológico não ostensivo, com impacto mínimo na sua rotina, em consonância com o estipulado em decisão judicial motivada”.

**ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS et al.** (*Direito processual penal esquematizado*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017). “Consiste na sujeição do destinatário a fiscalização por meio de sistemas eletrônicos, de modo a permitir sua imediata localização. Para execução dessa medida, o indiciado ou réu deverá utilizar, junto ao corpo, dispositivo tecnológico próprio, em geral tornozeleira, vedada a utilização de equipamentos que exponham a risco sua saúde. A medida em questão, assim como as demais cautelares, tem caráter coercitivo, daí por que é desnecessária a anuência do indiciado ou acusado para sua decretação. É bem verdade que não se pode constranger o destinatário da medida, física ou moralmente, a utilizar o equipamento eletrônico, mas sua recusa, que importa em descumprimento da obrigação imposta, é motivo para decretação da prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). Haverá descumprimento da



medida, ainda, se o indiciado ou acusado danificar o aparelho ou tentar ludibriar, por qualquer meio, o sistema de vigilância, assim também quando se recusar a atender ao chamado do juiz ou do órgão ou instituição responsável pelo monitoramento. O Decreto n. 7.627, de 24 de novembro de 2011, regulamenta o procedimento da monitoração eletrônica”.

**NORBERTO AVENA** (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017). “Trata-se de forma de controle judicial dos movimentos do indivíduo, realizada no curso das investigações policiais ou durante o processo criminal, podendo ser feita, por exemplo, por meio de pulseiras ou tornozeleiras. [...] Este sistema poderá ser bastante útil, não apenas às autoridades a que incumbe a persecução penal, como também aos próprios indiciados ou acusados, já que pode substituir a fiscalização direta (pessoal), muitas vezes realizada por agentes da polícia e, principalmente, a própria prisão preventiva. Em que pese a existência de opiniões contrárias, a medida não implica, a nosso ver, qualquer atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, desde que o agente se submeta corretamente às condições do monitoramento, não sofrerá ele restrições maiores do que as decorrentes do uso de um aparelho eletrônico que pode ficar oculto sob suas roupas. Além do mais, ainda que se possa cogitar da ocorrência de alguma forma de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana com tal monitoramento, é óbvio que o grau de lesividade daí decorrente é bem inferior àquele que advém, por exemplo, de uma prisão preventiva, ainda mais se levarmos em conta a realidade de nosso sistema prisional. A monitoração eletrônica é medida cautelar que, se devidamente implantada, poderá contribuir para a eficácia de outros provimentos alternativos à prisão. Assim, como exemplo pode ser imposta com as medidas de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II), de proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV) e com a obrigação de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V), auxiliando na respectiva fiscalização. Ainda, sua aplicação é recomendada nas hipóteses de crimes de trânsito, quando, no curso do inquérito ou processo, tem o agente suspensa a habilitação para dirigir veículo automotor. Uma vez aplicada a monitoração, deverá ser advertido o indiciado ou acusado acerca das consequências da violação dos fins pelos quais imposto o controle de seus movimentos, bem como de eventuais procedimentos de retirada desautorizada do equipamento. No primeiro caso, frustrando o agente os objetivos da monitoração (v.g., frequentando lugares a que estava proibido), poderá o juiz, dependendo das circunstâncias do caso, aplicar outra medida em substituição ou cumulação antes de decretar a preventiva (art. 282, § 4.º). Na hipótese de retirada do aparelho de monitoração pelo próprio agente, pensamos que a medida correta a ser adotada pelo juízo é a imediata decretação da sua prisão preventiva, já que a atitude revela a firme intenção em não se submeter à fiscalização imposta por determinação judicial”.

**AURY LOPES JR.** (*Direito processual penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018). “Neste novo dispositivo legal, consagra-se o monitoramento como medida cautelar, em que a possibilidade de vigilância ininterrupta serve como tutela para o risco de fuga e a prática de novas infrações. Ao permitir o permanente controle sob a circulação do acusado, também serve de útil instrumento para dar eficácia às demais medidas cautelares diversas, tais como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca ou país e o recolhimento domiciliar. Cumpre assim, diferentes dimensões de tutela cautelar. A cada dia a tecnologia aperfeiçoa o sistema de monitoramento por GPS, diminuindo o tamanho dos aparelhos e o incômodo por eles gerado ao estarem fixados no corpo do réu. Em que pese isso, é uma medida de controle extremo, que gera um grande controle sobre a intimidade do agente e que deve ser usada com seletividade por parte dos juízes. A diminuição do tamanho dos aparelhos melhorou a portabilidade, mas ainda assim, por ser levado preso ao corpo (seja como pulseira, tornozeleira etc.), além do desconforto, dá uma visibilidade do estigma do processo penal e do controle social exercido. O monitoramento eletrônico é uma medida cautelar alternativa, subordinada também ao *fumus commissi delicti* e, principalmente, à necessidade de controle que vem representada pelo *periculum libertatis*. Seu uso, por ser dos mais gravosos, deve ser reservado para situações em que efetivamente se faça necessário tal nível de controle e, em geral, vem associado ao emprego de outra medida cautelar diversa (como a proibição de ausentar-se da comarca, art. 319, IV). Em geral é utilizado para tutela do risco de fuga, mas também poderá contribuir para a efetivação de outras medidas cautelares de tutela da prova, tais como a proibição de manter contato com pessoa determinada (exemplo típico da ameaça a testemunhas, vítima etc.), ou mesmo de tutela da ordem pública, quando concebida no viés de risco de reiteração. Em suma, é um instrumento bastante útil de controle, mas que deve ser reservado para casos graves, como último passo antes da decretação da prisão preventiva, sob pena de sua banalização gerar



um expansionismo ilegítimo de controle penal, com sérios riscos à liberdade individual e à própria dignidade da pessoa humana”.

## 2.10 PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

O *poder geral de cautela* é um instituto que tem origem no Direito Processual Civil, com atual previsão no artigo 297 do CPC, que dispõe:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

De acordo com a definição de ALEXANDRE CÂMARA, é um “poder atribuído ao Estado-juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Trata-se de poder que deve ser exercido de forma subsidiária, pois que se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção aquelas situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica”.

Tem por escopo possibilitar a devida tutela do bem jurídico quando as medidas cautelares nominadas (ou expressamente previstas) não se mostrarem suficientemente adequadas às peculiaridades do caso concreto. Na sua construção, parte-se da premissa de que (‘por melhores que sejam’) os nossos legisladores não conseguem antever todas as possíveis situações onde a tutela cautelar é necessária, com todas as nuances dos mais variados casos concretos. Dentro disso é que viria o poder supletivo do juiz para determinar medidas cautelares diferenciadas, sem previsão expressa.

Contudo, a aplicação desse *poder geral de cautela* no âmbito do processo penal é objeto de discussão e dissenso doutrinário.

De um lado, parte da doutrina entende que, no processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. Assim, se tais medidas cautelares não estão previstas em lei, não se pode permitir sua adoção a título de poder geral de cautela, sob pena de evidente afronta ao princípio da legalidade, em sua dimensão da taxatividade. [...] Em outras palavras, segundo essa primeira corrente, o Estado só pode agir consoante o ordenamento jurídico impetrante, isto é, *per legem terrae*. Daí concluir GOMES FILHO que, no caso de limitação de liberdade, é obrigatório expresso permissivo legal, porquanto o princípio da legalidade dos delitos e das penas não cuida apenas do momento da cominação, mas da legalidade de toda a repressão, que coloca em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta. Para tais doutrinadores, admitir o emprego do poder geral de cautela do juiz, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil (art. 297 do novo CPC), também não é possível. Funcionando o processo penal como instrumento limitador do poder punitivo estatal, não se pode admitir a utilização de medidas cautelares atípicas, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal. Qualquer restrição que se queira estabelecer à liberdade de locomoção deve obrigatoriamente constar de texto expresso de lei,



não sendo admitida, pois, indevida interpretação extensiva, ou aplicação analógica de dispositivo legal previsto no Código de Processo Civil (Lima, 2017).

É nesse sentido que sustenta AURY LOPES JR., crítico ferrenho à incorporação desse instituto ao direito processual penal:

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais “poderes gerais de cautela”. Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto (Júnior, 2018).

E também Gustavo Badaró:

O princípio da legalidade também se aplica às medidas cautelares. No processo penal, mormente em tema de prisão processual, não existem medidas cautelares atípicas. Não há, como no processo civil, a previsão de um poder geral de cautela do juiz que o autorize a decretar medidas cautelares não previstas em lei. [...] As prisões cautelares são apenas aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei autoriza. Há, pois, um princípio de **taxatividade das medidas cautelares pessoais**, que implica admitir somente aquelas medidas previstas no ordenamento jurídico. A vedação das medidas cautelares atípicas no processo penal sempre esteve ligada à ideia de legalidade da persecução penal. Ou seja, as medidas cautelares processuais penais são somente aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei as autoriza. Somente assim será possível evitar a arbitrariedade e o casuísmo, dando-se total transparência às “regras do jogo” (Badaró, 2017).

Não obstante, BRASILEIRO apresenta a outra visão sobre o tema, da qual é partidário:

Em que pese tal entendimento, parece-nos que a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não tenha previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal função, a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa. Ou seja, ao fazer uso do poder geral de cautela no processo penal, o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado. [...] Nessa linha, segundo NICOLAS GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, afigura-se possível a adoção do poder geral de cautela, desde que sejam observadas três condições, a saber: **1)** idoneidade e menor lesividade da medida alternativa; **2)** cobertura legal suficiente da limitação dos direitos que a medida restrinja; **3)** exigência da infraestrutura necessária para sua aplicação. [...] Portanto, em virtude do princípio da proporcionalidade, notadamente por força do subprincípio da necessidade,

quando cabível uma medida cautelar mais gravosa, poderá o juiz impor medida cautelar alternativa mais branda não prevista no CPP, caso tal medida também seja idônea a assegurar a eficácia do processo (Lima, 2017).

Há precedentes de ambas as visões nos tribunais superiores. O STJ, em 2010 (ou seja, anteriormente ao advento da Lei 12.403/2011, que alterou substancialmente o art. 319 do CPP), assim já decidiu:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA COM DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DO CARGO. ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA. [...] 2. **Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência.** [...] (HC 128.599/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07.12.2010, DJe 17.12.2010).

O STF, também em decisão anterior à referida Lei, assim definiu:

PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC. 1. A questão jurídica debatida neste *habeas corpus* consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. 3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acatrelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no **poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I).** 7. Ordem denegada. (HC 94147, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-05 PP-00921 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 451-459)

Algumas ponderações sobre essa questão:

- ✓ na legislação italiana e portuguesa há dispositivos penais indicando a tipicidade ou legalidade das medidas cautelares – o que não ocorreu expressamente com a Lei 12.403/2011;
- ✓ a lei processual penal admite interpretação extensiva e aplicação analógica (art. 3º do CPP), o que, em tese, permitiria a adoção do poder previsto no Código de Processo Civil;



- ✓ o CNJ já admitiu alienação antecipada de bens (Recomendação 30, de 10/2/2010), com base no *poder geral de cautela*;
- ✓ o campo de atuação do *poder geral de cautela*, com a Lei 12.403, ficou mais restrito: não deve ser usado (se aceito) quando houver cautelares típicas perfeitamente adequadas à situação concreta; não se pode decretar prisão não concebida pela lei, nem desvirtuar medidas cautelares típicas;
- ✓ desde que subsidiariamente e com respeito à proporcionalidade não vemos óbice na sua utilização<sup>7</sup>, até mesmo em observância aos interesses que envolvem o processo penal, e, considerando que a lei nunca consegue dar conta da variedade e complexidade das situações concretas (exemplo: suspensão do uso de internet e/ou de telefone).

## 2.11 MANUAL PRÁTICO DE DECISÕES PENAIS

Para finalizar, com o objeto de consolidar o aprendizado, trazemos agora a seção referente às medidas cautelares alternativas do *Manual Prático de Decisões Penais*, com o conteúdo atualizado em 20/06/2018, elaborado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, sob a coordenação do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ – Superior Tribunal de Justiça:

Uma premissa importante para o exame das cautelares pessoais deve estar clara: a diferença entre uma prisão preventiva e qualquer outra medida cautelar de natureza pessoal é apenas de grau: significa que tanto para decretar uma prisão preventiva quanto para outra cautela (p.ex.: fiança, monitoramento eletrônico, recolhimento domiciliar etc.) é preciso que exista um risco na manutenção da liberdade do réu (*periculum libertatis*). Deve-se observar que o art. 282 do CPP trata das medidas cautelares em geral e é explícito ao afirmar que somente pode ser imposta uma das cautelares previstas em lei se estiver demonstrada a necessidade para a “aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”. É um erro, portanto, afirmar que outra medida cautelar pode ser imposta apenas se não estiver presente um motivo para a prisão preventiva. Os motivos são os mesmos (compare-se o art. 282 com o 312 – só há diferença redacional na alusão à garantia da “ordem pública” que, na essência, nada mais é do que a necessidade de evitar a prática de novas infrações penais) e a ideia principal do sistema cautelar é a de que somente se medidas alternativas à prisão se mostrarem insuficientes para impedir a turbação da prova, a fuga do réu ou a prática de novos crimes, o juiz poderá decretar a medida mais extrema: a prisão preventiva.

↳ Ao examinar, portanto, a possibilidade de imposição de medida cautelar pessoal, o juiz observará se:

1. O crime é punido com pena privativa de liberdade;
2. Existem nos autos prova do crime e indícios suficientes de autoria;

<sup>7</sup> Nosso posicionamento pessoal.

3. A liberdade do réu representa risco **concreto** – que deve ser indicado e **não presumido** – para a preservação da instrução criminal ou para a aplicação da lei penal ou de prática de novas infrações penais;
4. Esse risco concreto pode ser evitado por **medida(s) cautelar(es) menos gravosa(s)** que a preventiva.
  - ↳ Além disso, ao fundamentar a necessidade da prisão, **o juiz deverá:**
5. Resumir, ainda que em poucas linhas, os  **fatos** atribuídos ao réu;
6. Esclarecer o **risco** (*periculum libertatis*) que representa manter o réu sem nenhuma providência cautelar;
7. Explicar por que considera que, embora exista o referido risco, **não é necessário o uso da medida mais gravosa** – a prisão preventiva – e que a imposição de outras medidas alternativas à prisão é adequada e suficiente **para proteger** os referidos interesses cautelares (garantir a instrução criminal, a aplicação da lei penal ou evitar infrações penais – art. 282, I);
8. Lembrar de **individualizar** a(s) cautela(s) imposta(s) ao réu, seguindo os critérios legais (art. 282, II), de modo a adequar a medida à **gravidade e às circunstâncias do fato**, e às **condições pessoais do indiciado ou acusado**;
9. Tentar, assim, identificar, entre as **possíveis medidas alternativas à prisão** (art. 319 e art. 320), qual(is) é(são) a(s) mais adequada(s) à situação concreta, e **justificar** essa escolha à luz dos **dados concretos** de que dispõe. Dessa forma, para impor uma fiança, por exemplo, é preciso, após assinalar qual dos objetivos visa alcançar com tal medida, realizar uma análise sobre a gravidade do fato e as circunstâncias pessoais do afofado para poder fixar um valor adequado e proporcional;
10. Lembrar que, como qualquer medida cautelar, ela representa um ônus ao réu e, portanto, deve ser imposta em **caráter excepcional e provisório**, ou seja, sujeita a reavaliação permanente quanto à necessidade de sua manutenção.

Se esse manual serve para orientar os juízes, de forma simples e objetiva, serve também para aqueles que estão no caminho do aprendizado.

## Jurisprudência pertinente

### Supremo Tribunal Federal - STF

[...] **Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais** (HC 106446, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 20/9/2011; HC 114098 Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 12/12/2012). 6. Ordem parcialmente concedida, para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares específicas. (HC 132233, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 17-05-2016 PUBLIC 18-05-2016).

[...] **MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 319, VI, DO CPP), A ABRANGER TANTO O CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANTO O MANDATO PARLAMENTAR. CABIMENTO DA PROVIDÊNCIA, NO CASO, EM FACE DA SITUAÇÃO DE FRANCA EXCEPCIONALIDADE.** COMPROVAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PRESENÇA DE MÚLTIPLOS ELEMENTOS DE RISCOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CRIMINAL E PARA A DIGNIDADE DA PRÓPRIA CASA



LEGISLATIVA. ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA, CONCORRE PARA A SUSPENSÃO A CIRCUNSTÂNCIA DE FIGURAR O REQUERIDO COMO RÉU EM AÇÃO PENAL POR CRIME COMUM, COM DENÚNCIA RECEBIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O QUE CONSTITUI CAUSA INIBITÓRIA AO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA SUSPENSIVA REFERENDADO PELO PLENÁRIO. (AC 4070 Ref, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016)<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Posteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos [6 a 5], mudou de posicionamento sobre o tema: 'O Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente ação direta de inconstitucionalidade na qual se pedia interpretação conforme à Constituição para que a aplicação das medidas cautelares, quando impostas a parlamentares, fossem submetidas à deliberação da respectiva Casa Legislativa em 24 horas. Primeiramente, a Corte assentou que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o artigo 319 (1) do Código de Processo Penal (CPP). Vencido, nesse ponto, o ministro Marco Aurélio que julgou ser inaplicável a referida norma legal. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou encaminhar, para os fins a que se refere art. 53, §2º (2), da Constituição Federal (CF), a decisão que houver aplicado medida cautelar sempre que a execução desta impossibilitar direta ou indiretamente o exercício regular do mandato legislativo. Salientou que, na independência harmônica que rege o princípio da separação dos Poderes, as imunidades parlamentares, assim como a vitaliciedade na magistratura, a irredutibilidade de vencimentos e a inamovibilidade, na independência harmoniosa que rege o princípio da separação de Poderes, são instrumentos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares no exercício de suas funções, contra os abusos e pressões dos demais Poderes. Constitui-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários. O Plenário asseverou que essas imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar em si, mas à função por ele exercida, ao Poder que ele representa, no intuito de resguardar a atuação do Legislativo perante o Executivo e perante o Judiciário, consagrando-se como garantia de independência perante os outros dois Poderes constitucionais. Afirmou que, no tocante à imunidade parlamentar processual em relação à prisão, a "ratio" da norma constitucional é somente permitir o afastamento do parlamentar do exercício de seu mandato conferido pelo povo em uma única hipótese: prisão em flagrante delito por crime inafiançável. O art. 53, §2º, da CF protege o integral exercício do mandato parlamentar, ao referir, expressamente, que a restrição à liberdade de ir e vir do parlamentar somente poderá ocorrer na referida hipótese. Dessa forma, a norma constitucional estabeleceu, implicitamente, a impossibilidade de qualquer outro tipo de prisão cautelar. Nesse contexto, a Corte ponderou que, sendo a finalidade da imunidade formal proteger o livre exercício do mandato parlamentar contra interferências externas, a "ratio" da norma constitucional não pode ser contornada pela via das medidas cautelares diversas da prisão. Assim, ato emanado do Poder Judiciário que houver aplicado medida cautelar que impossibilite direta ou indiretamente o exercício regular do mandato legislativo, deve ser submetido ao controle político da Casa Legislativa respectiva, nos termos do art. 53, § 2º, da CF. Vencidos os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber e Celso de Mello, que julgaram improcedente o pedido. Entenderam que os poderes conferidos ao Congresso para sustar processos penais em curso são estritos, circunscritos às hipóteses especificamente limitadas na CF, pois as medidas cautelares penais não são instrumentais apenas ao processo penal, mas também meios de tutela da fase pré-processual investigativa e da ordem pública. Nesse sentido, a outorga constitucional de poder para sustar um processo penal não compreende a concessão de poderes para impedir a adoção de providências cautelares necessárias à tutela da ordem pública (visando a impedir reiteração delitiva), bem como, à tutela da investigação e completa elucidação dos fatos. (1) CPP: "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



**Medida aconselhável de resguardo ao prestígio do cargo e à própria respeitabilidade do juiz. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Não ocorrência. Não viola a garantia constitucional da chamada presunção de inocência, o afastamento do cargo de magistrado contra o qual é recebida denúncia ou queixa.** (Inq 2424, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00341)

PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC. 1. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. 3. **Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto.** 4. **A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º).** 5. **As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais).** 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). 7. Ordem denegada. (HC 94147, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-05 PP-00921 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 451-459)

[...] **Violação ao princípio da proporcionalidade: a custódia cautelar se apresenta como medida mais gravosa do que a própria sanção a ser aplicada no caso de eventual condenação.** Precedentes. (HC 126704, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 17-05-2016 PUBLIC 18-05-2016).

### Superior Tribunal de Justiça – STJ

[...] **Com a inovação legislativa introduzida pela Lei n. 12.403/2011, o Código de Processo Penal passou a capitular diversas providências substitutivas à prisão, sendo essa aplicada apenas quando aquelas não se mostrarem suficientes a repressão e a reprovabilidade do delito.** [...] (HC 219.101/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 08/05/2012).

[...] **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

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". (2) CF: "Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (...) § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão". ADI 5526/DF, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 11.10.2017. (ADI-5526)'. Informativo 881.



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. (HC 231.817/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 25/04/2013)

[...] 1. **A paciente que tem sua atuação em organização criminosa de tráfico de drogas limitada à lavagem de dinheiro podem ser aplicadas medidas cautelares diversas da prisão, considerando que ela se encontra desmantelada em face da prisão dos seus membros que atuam diretamente no tráfico.** 2. Concessão da ordem para substituir a prisão pelas cautelares previstas no art. 319, I e III, do Código de Processo Penal, com extensão a corréus em idêntica situação. (HC 376.169/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016)

[...] 1. **Para a decretação das medidas cautelares pessoais é necessário que estejam presentes a plausibilidade e a urgência, de modo a justificar concretamente a imprescindibilidade da constrição.** 2. In casu, o Tribunal de origem substituiu a prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal, **cumulando com medida cautelar prevista no artigo 319 do mesmo regramento, qual seja, a incomunicabilidade com os demais acusados, à exceção de suas irmãs/corrés.** 3. **A fixação da medida restritiva substitutiva não deve se sobrepor a um bem tão caro, protegido pela Carta Magna, como a família, sendo que, na toada das considerações basilares da Corte Federal no tocante às irmãs/corrés, evidencia-se que a incomunicabilidade da paciente com o seu genitor/corréu, pretense líder da organização criminosa, também atinge, de modo fulminante, a esfera privada e familiar da paciente, sem se descurar que mesmo aos segregados lhes é facultada a visita de familiares.** 4. Ordem concedida a fim de que afastar a medida cautelar outrora imposta, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, consistente na incomunicabilidade da paciente com o seu genitor/corréu. (HC 380.734/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017)

[...] **O comparecimento do réu aos atos processuais, em princípio, é um direito e não um dever, sem embargo da possibilidade de sua condução coercitiva, caso necessário, por exemplo, para audiência de reconhecimento.** Nem mesmo ao interrogatório estará obrigado a comparecer, mesmo porque as respostas às perguntas formuladas fica ao seu alvedrio. [...] (REsp 346.677/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 297)

[...] 1. Porque não oferecida representação nem contra o paciente nem contra a sua irmã e porque não são ambos parte em processo criminal instaurado contra outro irmão – por sinal, arquivado na origem –, inadmissível, portanto, a aplicação de medida protetiva. 2. **Não há como impor, sem a devida fundamentação, o afastamento do lar àqueles que não figuraram na relação litigiosa, implicando tal, no caso, restrição ao direito de locomoção e, por conseguinte, constrangimento ilegal.** [...] (HC 108.437/DF, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 16/02/2009)

[...] **Conforme anotado no parecer ministerial, nos termos da do art. 22, III da Lei 11.340/06, conhecida por Lei Maria da Penha, poderá o Magistrado fixar, em metros, a distância a ser mantida pelo agressor da vítima - tal como efetivamente fez o Juiz processante da causa -, sendo, pois, desnecessário nominar quais os lugares a serem evitados, uma vez que, se assim fosse, lhe resultaria burlar essa proibição e assediar a vítima em locais que não constam da lista de lugares previamente identificados.** [...] (RHC 23.654/AP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 02/03/2009)

[...] 1. Decisão unipessoal que indefere, ad referendum do órgão colegiado, requerimento de revogação de afastamento cautelar determinado pela Corte Especial do STJ. 2. **As razões que levaram ao afastamento do investigado são relevantes e denotam a gravidade dos fatos investigados, os quais tem intrínseca relação com a autoridade cautelarmente afastada de suas funções.** 3. É razoável a duração por pouco mais de um ano de uma investigação que, como na espécie, envolve fatos complexos, exigindo, v.g., a análise de diversas operações bancárias, contratos administrativos e relatório de contas, tornando o



trabalho de descortinação da trama engendradora um verdadeiro "quebra-cabeças". 4. Não há previsão legal específica regulando e estabelecendo prazo certo para o afastamento cautelar, sendo relevante tão somente as peculiaridades de cada hipótese para aferição casuística de razoabilidade na duração da medida. 5. A simples existência de uma investigação criminal, tão robusta como se verifica in concreto, torna no mínimo temerária a recondução do investigado ao seu cargo, na medida em que o seu principal mister, como integrante de uma Corte de Contas, consiste exatamente na salvaguarda e prestígio à moralidade administrativa e boa gestão do dinheiro público. 6. Decisão unipessoal referendada. (Inq 780/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/02/2014, DJe 05/03/2014)

[...]. **Aplica-se aos detentores de mandato eletivo a possibilidade de fixação das medidas alternativas à prisão preventiva previstas no art. 319 do CPP, por tratar-se de norma posterior que afasta, tacitamente, a incidência da lei anterior.** 2. A decisão de afastamento do mandatário municipal está devidamente fundamentada com a demonstração de suas necessidade e utilidade a partir dos elementos concretos colhidos dos autos. 3. A Constituição Federal garante aos litigantes a duração razoável do processo conjugado com o princípio da presunção de não culpabilidade. 4. Configura excesso de prazo a investigação criminal que dura mais de 1 (um) ano sem que se tenha concluído o inquérito policial, muito menos oferecida a Denúncia em desfavor do paciente. 5. In casu, o paciente já está afastado do cargo há cerca de um ano, o que corresponde a 1/4 (um quarto) do mandato, podendo caracterizar verdadeira cassação indireta, papel para o qual o Poder Judiciário não foi investido na jurisdição que ora se exercita. 6. Habeas corpus parcialmente concedido. (HC 228.023/SC, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 01/08/2012)

[...] 3. **O artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, que instituiu a denominada incoercibilidade pessoal relativa, refere-se a deputados federais e senadores, disposição estendida a deputados estaduais por determinação do artigo 27, § 1º, do texto constitucional e por incidência do princípio da simetria, não estando os vereadores incluídos em tais disposições.** Precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADI 371/SE e HC n. 94.059/RJ). 4. **Possível, pois, juridicamente, que o Juiz de primeiro grau, fundamentadamente, imponha aos parlamentares municipais as medidas cautelares de afastamento de suas funções legislativas sem necessidade de remessa à Casa respectiva para deliberação.** 5. As medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal exigem, tal qual a prisão preventiva, a demonstração concreta do fumus comissi delicti e a presença de uma das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP, não constituindo efeito automático da infração penal. [...] 7. **A medida cautelar de afastamento das funções públicas prevista no artigo 319, VI, do CPP, exige a demonstração cumulativa do nexo funcional entre o delito praticado e a atividade funcional desenvolvida pelo agente e sua imprescindibilidade para evitar a continuidade da utilização indevida do cargo/emprego/mandato pelo autor para a consecução de seus objetivos espúrios em usurpação aos interesses públicos inerentes à função.** [...] (RHC 88.804/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017)

[...] 1. **É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, previsto para casos de improbidade administrativa.** 2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência. 3. Ordem concedida para revogar a providência do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, determinada pelo Tribunal a quo, no seio da ação penal n. 2007.70.09.001531-6, da 1.ª Vara Federal de de Ponta Grossa/PR. (HC 128.599/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010)

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. **Embora possível a aplicação de medidas cautelares como condicionantes à revogação de custódia antecipada, com fundamento no poder geral de cautela do magistrado, arts. 798 do CPC c.c. art. 3º do CPP, estas devem observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade.** 2. Impostas as medidas de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor e restritiva de direitos consistente em deixar de residir e/ou transitar no local dos fatos, revela-se evidenciado o constrangimento se estas perduram por quase dois anos, além do que já se encerrou a instrução processual. 3. Habeas corpus concedido. (HC 114.734/ES, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009)



[...] MEDIDA CAUTELAR PENAL DIVERSA DE PRISÃO. CRIME PRATICADO POR INTEGRANTE DA DIPLOMACIA ESPANHOLA. IMUNIDADE À JURISDIÇÃO EXECUTIVA. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO BRASIL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO. ILEGALIDADE PRESENTE. RECURSO PROVIDO. 1. Embora permaneça a jurisdição brasileira competente para o processo de conhecimento do homicídio imputadamente praticado por agente diplomático da República Federativa da Espanha, tendo esse país renunciado à imunidade de jurisdição cognitiva, mas reservando-se a imunidade de execução, não será o cumprimento de eventual pena da competência brasileira. 2. **A cautelar fixada de proibição de ausentar-se do país sem autorização judicial não é adequada ao temor de fuga do acusado, com indicados riscos à instrução e à aplicação da lei penal.** 3. Não há sequer menção de ter o paciente buscado destruir provas ou ameaçado testemunhas, e seu eventual intento de não comparecer a atos do processo é reserva de autodefesa a ele plenamente possível - sequer o júri restaria no caso impedido (nova redação do art. 475 CPP da Lei nº 11.689/08). 4. **Tampouco é justificável a proteção por magistrado brasileiro à aplicação da lei penal se por reserva jurisdicional da execução é da Espanha a competência para o cumprimento de eventual pena criminal imposta.** 5. Dado provimento ao recurso em habeas corpus para tornar sem efeito a cautelar fixada de proibição de ausentar-se do país sem autorização judicial, sem prejuízo de nova e fundamentada decisão de necessárias medidas cautelares penais. (RHC 87.825/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 14/12/2017)

### 3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida, Joaquim Canuto Mendes de. 1973.** *Princípios fundamentais do processo penal.* São Paulo : RT, 1973.
- Alves, Leonardo Barreto Moreira. 2017.** *Processo penal.* 7ª. Salvador : JusPodivm, 2017.
- As condições da ação penal e o julgamento de mérito abusivo.* **Belo, Warley.** Porto Alegre : Lex Editora, Lex Magister.
- Avena, Norberto. 2015.** *Manual de processo penal.* 3ª. Rio de Janeiro : Forense, 2015.
- . **2017.** *Processo penal.* 9ª. São Paulo : Método, 2017.
- Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 2000.** *Correlação entre acusação e sentença.* São Paulo : RT, 2000.
- . **2003.** *Ônus da prova no processo penal.* São Paulo : RT, 2003.
- Badaró, Gustavo. 2017.** *Processo penal.* 5ª. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017.
- Bonfim, Edilson Mougenot. 2015.** *Código de processo penal anotado.* 5ª. São Paulo : Saraiva, 2015.
- . **2013.** *Curso de processo penal.* 8ª. São Paulo : Saraiva, 2013.
- . **2011.** *Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.* São Paulo : Saraiva, 2011.
- Branco, Emerson Castelo. 2014.** *Processo penal: questões comentadas, CESPE.* 3ª. Rio de Janeiro : Forense, 2014.
- Campos, Walfredo Cunha. 2018.** *Curso completo de processo penal.* Salvador : JusPodivm, 2018.
- Capez, Fernando. 2018.** *Curso de processo penal.* 24. São Paulo : Saraiva, 2018.
- . **2012.** *Curso de Processo Penal.* 2012.
- Capez, Fernando e Colnago, Rodrigo Henrique. 2015.** *Código de processo penal comentado.* São Paulo : Saraiva, 2015.
- Carnelutti, Francesco. 2005.** *Das provas no processo penal.* [trad.] Vera Lúcia Bison. 1ª. Campinas : Impactus, 2005.
- Cruz, Rogério Schietti. 2018.** *Prisão cautelar, dramas princípios e alternativas.* 4ª. Salvador : JusPodivm, 2018.
- Cunha, Rogério Sanches e Pinto, Ronaldo Batista. 2018.** *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos.* 2ª. Salvador : JusPodivm, 2018.



- Cunha, Rogério Sanches. 2016.** *Manual de direito penal: parte geral*. Salvador : JusPodivm, 2016.
- Cunha, Rogério Sanches, Taques, Pedro e Gomes, Luiz Flávio. 2009.** *Limites constitucionais da investigação*. 1. São Paulo : RT, 2009.
- Demercian, Pedro Henrique e Maluly, Jorge Assaf. 2014.** *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro : Forense, 2014.
- Dezem, Guilherme Madeira. 2018.** *Curso de processo penal*. 4ª. São Paulo : RT, 2018.
- Dias, Jorge de Figueiredo. 1974.** *Direito processual penal - Clássicos Jurídicos*. 1. São Paulo : Coimbra, 1974.
- Feitoza, Denilson. 2008.** *Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica*. Niterói : Impetus, 2008.
- Filho, Eduardo Espínola. 1980.** *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6ª. Rio de Janeiro : Rio - Sociedade Cultural Ltda, 1980.
- Filho, Fernando da Costa Tourinho. 2010.** *Código de Processo Penal comentado*. 13ª. São Paulo : Saraiva, 2010.
- **2017.** *Manual de processo penal*. 17. São Paulo : Saraiva, 2017.
- **2011.** *Processo penal*. 33. São Paulo : Saraiva, 2011. Vol. I.
- Filho, José dos Santos Carvalho. 2007.** *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.
- Filho, Vicente Greco. 2012.** *Manual de processo penal*. 9. São Paulo : Saraiva, 2012.
- Fragoso, Heleno Cláudio. 1993.** *Lições de Direito Penal*. 14ª. Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- Franco, Alberto Silva e Stoco, Rui. 2001.** *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 1ª. São Paulo : RT, 2001.
- Gomes, Luiz Flávio e Mazzuoli, Valerio de Oliveira. 2009.** *Comentário à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ª. São Paulo : RT, 2009.
- Gonçalves, Víctor Eduardo Rios, Reis, Alexandre Cebrian Araújo e Lenza, Pedro. 2017.** *Direito processual penal esquematizado*. São Paulo : Saraiva, 2017.
- Jardim, Afrânio Silva. 2003.** *Direito processual penal*. 11ª. Rio de Janeiro : Forense, 2003.
- Jesus, Damázio E. de. 1994.** *Código de Processo Penal anotado*. 11ª. São Paulo : Saraiva, 1994.
- Júnior, Américo Bedê e Senna, Gustavo. 2009.** *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. 1. São Paulo : RT, 2009.
- Júnior, Aury Lopes. 2018.** *Direito processual penal*. 15ª. São Paulo : Saraiva, 2018.
- Júnior, Fredie Didier, et al. 2016.** *Processo penal*. Salvador : JusPodivm, 2016.
- Júnior, Roberto Delmanto. 2001.** *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.
- Lima, Renato Brasileiro de. 2018.** *Código de Processo Penal comentado*. 3ª. Salvador : JusPodivm, 2018.
- **2018.** *Legislação criminal especial comentada*. 6ª. Salvador : JusPodivm, 2018.
- **2018.** *Manual de processo penal*. 6ª. Salvador : JusPodivm, 2018.
- **2017.** *Manual de processo penal*. 5ª. Salvador : JusPodivm, 2017.
- Malatesta, Nicola Framarino Dei. 2004.** *A lógica das provas em matéria criminal*. [trad.] Paolo Capitanio. 3ª. Campinas : Bookseller, 2004.
- Marcão, Renato. 2016.** *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo : Saraiva, 2016.
- Marcão, Renato Flavio. 2017.** *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 2017.
- Marinoni, Luiz Guilherme. 2006.** *Curso de processo civil : teoria geral do processo*. São Paulo : RT, 2006. Vol. 1.
- Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz. 2015.** *Prova e convicção*. 3. São Paulo : RT, 2015.
- Marinoni, Luiz Guilherme, Arenhart, Sérgio Cruz e Mitidiero, Daniel. 2016.** *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª. São Paulo : RT, 2016.

- Marques, José Frederico. 1997.** *Elementos de direito processual penal*. Reedição 1ª. Campinas : Bookseller, 1997.
- . 1980. *Tratado de direito processual penal*. 1. São Paulo : Saraiva, 1980.
- Masson, Cleber. 2014.** *Código Penal comentado*. 2ª. Rio de Janeiro : Forense, 2014.
- Mendonça, Andrey Borges de. 2011.** *Prisão e outras medidas cautelares*. 1. Rio de Janeiro : Forense, 2011.
- . 2017. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011*. 2ª. Salvador : JusPodivm, 2017.
- Mirabete, Julio Fabbrini. 2005.** *Processo penal*. 17. São Paulo : Atlas, 2005.
- Mirabete, Julio Fabbrini. 2002.** *Código de Processo Penal interpretado*. 9ª. São Paulo : Atlas, 2002.
- Moraes, Alexandre de. 2005.** *Constituição Federal do Brasil interpretada*. 5. São Paulo : Atlas, 2005.
- Moura, Maria Thereza Rocha de Assis. 2008.** *As reformas no processo penal*. São Paulo : RT, 2008.
- Muccio, Hidejalma. 2000.** *Curso de processo penal*. 1. São Paulo : Edipro, 2000. Vol. I.
- Nalini, José Renato e Aquino, José Carlos Gonçalves Xavier de. 2009.** *Manual de processo penal*. São Paulo : RT, 2009.
- Netto, José Laurindo de Souza. 2009.** *Processo penal: sistemas e princípios*. 1. Curitiba : Juruá, 2009.
- Nicolitt, André Luiz. 2016.** *Manual de processo penal*. 6ª. São Paulo : RT, 2016.
- Noronha, E. Magalhães. 1995.** *Curso de direito processual penal*. 23. São Paulo : Saraiva, 1995.
- Nucci, Guilherme de Souza. 2013.** *Código de Processo Penal comentado*. 12ª. São Paulo : RT, 2013.
- . 2018. *Curso de direito processual penal*. 15. Rio de Janeiro : Forense, 2018.
- . 2014. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8ª. Rio de Janeiro : Forense, 2014.
- . 2015. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. RJ : Forense, 2015.
- Pacelli, Eugênio. 2018.** *Curso de processo penal*. 21. São Paulo : Atlas, 2018.
- . 2017. *Curso de processo penal*. 21. São Paulo : Atlas, 2017.
- Pacelli, Eugênio e Fischer, Douglas. 2018.** *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10ª. São Paulo : Atlas, 2018.
- Pedroso, Fernando de Almeida. 2005.** *Prova penal*. 2ª. São Paulo : RT, 2005.
- Pinheiro, Rui. 1976.** *A constituição e o processo penal*. 1. São Paulo : Coimbra, 1976.
- Prado, Luiz Regis. 2009.** *Direito Processual Penal*. São Paulo : RT, 2009.
- Rangel, Paulo. 2018.** *Direito processual penal*. 26ª. São Paulo : Atlas, 2018.
- . 2017. *Direito processual penal*. 25. São Paulo : Atlas, 2017.
- Reis, Alexandre Cebrian Araújo. 2017.** *Direito processual penal esquematizado*. 6ª. São Paulo : Saraiva, 2017.
- Rosa, Antonio José Miguel Feu. 1992.** *Processo penal*. Rio de Janeiro : EDC - Editora Didática e Científica, 1992.
- Silva, De Plácido e. 2005.** *Vocabulário jurídico*. 26ª. Rio de Janeiro : Forense, 2005.
- Távora, Nestor. 2017.** *Curso de direito processual penal*. 12. Salvador : JusPodivm, 2017.
- Távora, Nestor e Araújo, Fábio Roque. 2017.** *Código de processo penal comentado*. 8ª. Salvador : JusPodivm, 2017.
- Tornaghi, Hélio. 1987.** *A relação processual penal*. 2ª. São Paulo : Saraiva, 1987.
- Tornaghi, Hélio Bastos. 1977.** *Instituições de processo penal*. 2ª. São Paulo : Saraiva, 1977.
- Tornaghi, Hélio. 1967.** *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1967.
- . 1997. *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1997. 10.
- . 1995. *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- Tucci, Rogério Lauria. 2004.** *Direitos e garantias individuais no processo penal Brasileiro*. 2. São Paulo : Saraiva, 2004.
- Vieira, Ana Lúcia Menezes. 2003.** *Processo penal e mídia*. São Paulo : RT, 2003.
- Wambier, Luiz Rodrigues. 2010.** *Curso avançado de processo civil*. 11. São Paulo : RT, 2010.



## 4. QUESTÕES

### 4.1 QUESTÕES COM COMENTÁRIOS

1. **NUCEPE – Delegado de Polícia – PC/PI – 2018. Como alternativa à prisão, o legislador contemplou outras medidas cautelares. Dentre esse rol, qual não corresponde a uma medida cautelar diversa da prisão?**

- a) comparecimento periódico em juízo, até o dia 10 (dez) de cada mês e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- b) monitoração eletrônica;
- c) 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;
- d) proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante;
- e) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

#### ► Comentários

**Assertiva A** é a única correta. A lei não estabelece o prazo do comparecimento periódico em juízo; fixá-lo é dever do juiz. Perceba-se o teor dos incisos do art. 319 do Código de Processo Penal:

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.

2. **CESPE – Delegado de Polícia – PC/MA – 2018 – ADAPTADA. Aplicada medida cautelar diversa da prisão, será vedado ao juiz substituí-la por outra ou impor nova medida cumulativamente. (C/E)**

#### ► Comentários



**Assertiva incorreta.** Exatamente o contrário do que se estabelece. As medidas cautelares, todas elas, se submetem à cláusula *rebus sic stantibus*, a recomendar a sua revisão periódica e a impor que em caso de desaparecimento ou alteração dos fatores que outrora a fizeram necessária, seja ela revogada ou substituída por uma mais adequada à situação atual, observada sua excepcionalidade e provisoriedade. O art. 282, § 5º do Código de Processo Penal autoriza.

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. [...] § 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

**3. CESPE – Delegado – PC/MT – 2017 – ADAPTADA. As medidas cautelares pessoais são decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, no curso da ação penal, ou no curso da investigação criminal, somente por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** Na época em que elaborada a questão estava correta. O erro, agora com o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), está na locução *de ofício*. Atualmente, mesmo em fase de ação penal, o juiz não pode decretar medidas cautelares sem requerimento. Perceba-se:

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. § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

**4. FCC – Delegado de Polícia – PC/AP – 2017 – ADAPTADA. A prisão domiciliar no processo penal é medida cautelar diversa da prisão que pode beneficiar mulheres de qualquer idade, mas o homem apenas se for idoso. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** De acordo com BRASILEIRO, *é considerada pelo legislador como uma forma de prisão preventiva domiciliar e não como medida cautelar alternativa à prisão* (Lima, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume Único. 5ª ed. JusPodivm. Salvador. 2017. P. 1021). E mais. Segundo o art. 318 do Código de Processo Penal, o homem pode ser beneficiado pela prisão domiciliar se for maior de 80 anos ou, ainda, se for o único responsável pelos cuidados de filho de até 12 anos de idade incompletos.

Art. 318, CPP. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; [...] VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.



**5. FUNIVERSA – Delegado de Polícia – PC/DF – 2015 – ADAPTADA. Suponha-se que o juiz decreta a prisão preventiva do investigado, em virtude do descumprimento de outras medidas cautelares pessoais. Nesse caso, prescinde-se de que o crime seja punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva correta.** No caso de descumprimento das cautelares alternativas fixadas, o juiz poderá (desde que haja requerimento) decretar a prisão preventiva ainda que não esteja presente nenhum dos casos previstos nos incisos do art. 313 do Código de Processo Penal. As hipóteses de admissibilidade não estão somente nesse artigo e são autônomas, como explicamos. Pensar diferente culminaria em retirar a força coercitiva dessas medidas. Confira-se o que diz a doutrina:

Por mais que se deva respeitar a homogeneidade das medidas cautelares, não se pode negar ao juiz a possibilidade de decretar a prisão preventiva no caso de descumprimento das cautelares diversas da prisão, ainda que ausente qualquer hipótese do art. 313 do CPP, sob pena de se negar qualquer coercibilidade a tais medidas. Realmente, se dissermos que, na hipótese de não preenchimento do art. 313 do CPP, jamais será possível a decretação da prisão preventiva diante do descumprimento das cautelares diversas da prisão, o art. 319 do CPP tomar-se-á letra morta em relação a tais delitos. Afinal, se o acusado sabe, antecipadamente, que a inobservância das cautelares jamais poderá dar ensejo à conversão em preventiva, isso implica em retirar qualquer força coercitiva das medidas cautelares recém-criadas pela Lei nº 12.403/11. De nada terá adiantado, assim, a criação de um amplo e variado leque de medidas cautelares diversas da prisão se, uma vez aplicadas e descumpridas, nada puder ser feito para neutralizar as situações de perigo do art. 282, I, do CPP. Portanto, tendo em conta que a própria eficácia das medidas cautelares diversas da prisão está condicionada, essencialmente, ao seu caráter coercitivo, de onde se extrai a importância da possibilidade de decretação da preventiva como ameaça constante que deve pairar sobre o acusado para a eventualidade de descumprimento injustificado das medidas do art. 319 do CPP concluímos que, na hipótese do art. 282, § 4º, c/c art. 312, parágrafo único [§ 1º], a preventiva pode ser decretada independentemente da observância do art. 313 do CPP. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume Único. 5ªed. Salvador. JusPodivm. 2017. P. 853/4)

**6. CESPE – Defensor Público – DPU – 2015. Júlio foi preso em flagrante pela prática de furto de um caixa eletrônico da CEF. Júlio responde a outros processos por crime contra o patrimônio. A respeito dessa situação hipotética, julgue o seguinte item. Ao ser comunicado da prisão e verificando a necessidade de evitar a prática de infrações penais, ao juiz será vedado aplicar qualquer medida cautelar alternativa à prisão, mesmo que sejam preenchidos os requisitos da necessidade e da adequação previstos no CPP. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** Ao interpretar as orientações do art. 282, incisos I e II e § 6º em conjunto com as diretrizes do art. 310 do Código de Processo Penal, resta claro que o juiz pode optar por, ao invés da prisão, fixar medida cautelar alternativa em desfavor do flagrado, desde que essa opção seja mais adequada ao caso, lembrando sempre que a prisão é a última *ratio*.



**7. CESPE – Defensor Público – DPE/DF – 2013. Mesmo que presente mais de um dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, o juiz somente poderá converter a prisão em flagrante em preventiva quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva correta.** A prisão é a última *ratio*. Somente terá espaço quando medidas cautelares alternativas não forem adequadas ou suficientes ao caso concreto. Aliás, o juiz terá de justificar de forma fundamentada e individualizada o não cabimento de cautelares alternativas (§ 6º do art. 282 do CPP).

Art. 282, CPP. 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. [...] § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, 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, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. [...] § 6º 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.

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

**8. CESPE – Juiz Federal – TRF5 – 2017. Antônio foi preso em flagrante pelo crime de descaminho, cuja pena é de um a quatro anos de reclusão. Ele possui diversas passagens na Vara da Infância e Juventude, sem, contudo, ter qualquer condenação criminal por ato praticado depois de alcançada a maioridade penal. Considerando essa situação hipotética, na audiência de custódia o juiz poderá conceder a Antônio liberdade provisória com medida cautelar diversa da prisão, haja vista o não cabimento da prisão preventiva. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva correta.** A situação descrita no enunciado não se enquadra em nenhum dos incisos do art. 313 do Código de Processo Penal. Antônio não é reincidente, a pena máxima cominada ao delito não supera quatro (4) anos, a infração não envolve violência doméstica e não há nada que sugira a existência de dúvida quanto à identidade civil de Antônio. Incabível, portanto, a prisão preventiva. Por outro lado, considerando as diversas passagens de Antônio pela Vara da Infância e Juventude, possível a fixação de medida cautelar diversa da prisão para evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, c/c art. 321, CPP).



Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

**9. CESPE – Juiz Substituto – TJ/AM – 2016. As medidas cautelares, como o recolhimento domiciliar no período noturno e a prisão preventiva, poderão ser decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, no curso do inquérito policial ou durante o processo penal, quando houver necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** O juiz não pode decretar medidas cautelares de ofício na fase investigativa. Atualmente não pode mais, por decorrência do Pacote Anticrime, nem mesmo em fase de processo. Inteligência do art. 282, § 2º e art. 311 do Código de Processo Penal, com as novas redações da Lei 13.964/2019.

**10. CESPE – Titular de Serviços de Notas e de Registros – TJ/SE – 2014. Não é necessária fundamentação concreta para a imposição das medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no CPP. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** Para a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão é imprescindível que haja decisão concreta e individualizada nesse sentido. Inteligência do art. 93, IX da Constituição Federal e imposição expressa do § 6º do art. 282 do CPP. Nesse sentido:

[...] 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. [...] (HC 231.817/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 25/04/2013)

**11. CESPE – Titular de Serviços de Notas e de Registros – TJ/RR – 2013. O juiz não poderá substituir a prisão preventiva pela suspensão de atividade de natureza econômica por força do princípio constitucional da livre iniciativa e do trabalho, mas poderá decretar outra medida cautelar, diversa da prisão, caso preenchidos os requisitos legais. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** Segundo o art. 319 do Código de Processo Penal, a *suspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais* é medida cautelar alternativa que pode substituir a prisão (art. 282, §§ 4º e 5º, CPP).

**12. CESPE – Analista Processual – MPU – 2010. Qualquer pessoa sob a jurisdição brasileira está sujeita à constrição cautelar da liberdade, desde que mediante decisão judicial fundamentada em dados**



concretos existentes nos autos do processo e demonstração da necessidade imperiosa da medida extrema (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*), incluindo-se, entre os sujeitos passíveis da custódia cautelar, nas infrações comuns, o presidente da República. (C/E)

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** O Presidente de República não está sujeito à prisão cautelar por força do art. 86, § 3º da Constituição Federal.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. [...] § 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

**13. CESPE – Procurador – TCE/BA – 2010. De acordo com enunciado de súmula vinculante do STF, é lícito, excepcionalmente, o uso de algemas em três casos básicos: resistência do preso, fundado receio de fuga e perigo à integridade física própria ou alheia por parte do preso ou de terceiros. Ainda de acordo com tal enunciado, a excepcionalidade do uso de algemas precisa ser justificada, por escrito ou oralmente, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo de responsabilidade civil do Estado. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** A excepcionalidade do uso de algemas precisa ser justificada por escrito. Não basta que seja feita de forma oral. Perceba-se:

**Súmula Vinculante 11 - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.**

**14. CESPE – Agente de Polícia– DPF – 2004. Considera-se coação ilegal, passível de *habeas corpus*, a manutenção do acusado em cárcere quando houver cessado o motivo que autorizou a coação. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva correta,** porque compatível com o teor do art. 648, inciso IV do Código de Processo Penal.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade.

**15. CESPE – Promotor de Justiça – MPE/RR – 2012 – ADAPTADA. A prisão preventiva, dada a sua condição de restrição de direitos individuais, tem por exigência legal expressa, além da ordem escrita e fundamentada do juiz, a observância da necessidade e adequação da custódia, podendo ser substituída, de ofício, por medida cautelar menos gravosa, bem como ser restabelecida, tanto na fase de investigação quanto na etapa processual. (C/E)**

► **Comentários**



**Assertiva correta.** A prisão preventiva restringe direitos individuais (liberdade, por exemplo), depende de ordem escrita e fundamentada (art. 93, IX, CF e art. 315 do CPP) e só pode ser decretada se a medida for adequada e necessária ao caso. A prisão, espécie de cautelar, pode ser substituída de ofício por outra medida menos gravosa. Nada impede, também, que o juízo restabeleça a prisão preventiva, desde que haja justificativa para isso. O que a lei veda é que o juiz decrete de ofício cautelares pessoais.

Art. 93. [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

**16. CESPE – Juiz Federal – TRF2 – 2011 – ADAPTADA. Tratando-se da aplicação das medidas cautelares no curso do processo, assegura-se, de forma expressa, no atual disciplinamento normativo detração penal, qualquer que seja a natureza da medida. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** A detração está prevista no art. 42 do Código Penal e fala apenas em *tempo de prisão provisória*. O Código de Processo Penal, a seu turno, embora preveja as medidas cautelares diversas (art. 319), em nenhum momento fala sobre eventual incidência da detração. Diante da omissão, parte da doutrina tem admitido o cômputo do tempo, desde que haja semelhança, paridade entre a medida cautelar aplicada e a penal final que se consolidou. Note: não se assegura de forma expressa e, mesmo para a doutrina, não serve para qualquer medida cautelar. Totalmente errada a assertiva.

Situação um pouco diferente, apenas para ilustração, é aquela para fixação do regime inicial de cumprimento de pena:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

**17. CESPE – Promotor de Justiça – MPE/RR – 2012 – ADAPTADA. A concessão de liberdade provisória está condicionada à imposição de medidas cautelares diversas da prisão, vedada a cumulação com fiança. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** A liberdade provisória não está condicionada à imposição de medidas cautelares diversas da prisão – pode ser incondicionada. Essas medidas somente poderão ser fixadas desde que observadas as exigências do art. 282 do Código de Processo Penal. Vige o *princípio da necessidade*. Ademais, ao contrário do que indica a proposição, é permitida a cumulação de liberdade provisória com a fiança (art. 319, § 4º, CPP). Aliás, isso é muito comum.



Art. 319 [...] § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

**18. CESPE – Promotor de Justiça – MPE/RR – 2012 – ADAPTADA. De acordo com a atual norma processual penal, é vedada a decretação da prisão preventiva de forma independente de anterior imposição de medida cautelar. (C/E)**

► **Comentários**

**Assertiva incorreta.** O descumprimento de medida cautelar alternativa é mais uma hipótese em que será possível a decretação da prisão preventiva. Ao contrário do que a proposição indica, não se trata de condição para sua decretação. A prisão, desde que preencha todas as condições, pode ser implementada de imediato, independente de anterior fixação de medida cautelar.

**19. CESPE – Juiz Substituto – TJ/SE – 2008. No que se refere à liberdade provisória, assinale a opção correta.**

- a) é inafiançável o crime doloso punido com pena privativa de liberdade, independentemente de o réu ser ou não reincidente;
- b) a liberdade provisória com fiança pode ser concedida independentemente de oitiva do Ministério Público;
- c) da decisão que concede ou nega o pedido de liberdade provisória cabe o recurso de agravo;
- d) o réu que quebrar a fiança no processo não poderá mais ser solto;
- e) a autoridade policial somente pode conceder fiança nos casos de infração penal punida com prisão simples.

► **Comentários**

**Assertiva A** incorreta. Possível a fixação de fiança para primários ou reincidentes que tenham praticado crime doloso punido com pena privativa de liberdade. A lei não faz restrição alguma a esse respeito. Perceba-se que a prática de crime doloso não está listada como hipótese de inafiançabilidade (*vide* arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal).

Art. 323, CPP. Não será concedida fiança: I - nos crimes de racismo; II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Art. 324, CPP. Não será, igualmente, concedida fiança: I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II - em caso de prisão civil ou militar; IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

**Assertiva B** correta, porque compatível com as orientações dos arts. 310 e 333 do Código de Processo Penal.

Art. 333. Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.



**Assertiva C** incorreta. Da decisão que concede pedido de liberdade provisória cabe recurso em sentido estrito (art. 581, V, CPP). Da decisão que nega liberdade provisória, não cabe recurso, mas admite-se *habeas corpus*.

**Assertiva D** incorreta. Segundo o art. 343 do Código de Processo Penal, o quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva. O quebramento, portanto, não implica, necessariamente, na fixação/manutenção de prisão.

**Assertiva E** incorreta. Fiança pode ser concedida pela autoridade policial nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade não supere quatro (4) anos.

Art. 322, CPP. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

**20. CESPE – Juiz Substituto – TJ/BA – 2012. No que diz respeito a prisão e a liberdade provisória, assinale a opção correta.**

- a) o juiz poderá determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar caso o agente tenha mais de sessenta e cinco anos de idade;
- b) de acordo com o que dispõe o CPP, ocorrendo o quebramento injustificado da fiança, entende-se perdido, na integralidade, o seu valor;
- c) a despeito da relevância da atuação do MP na persecução penal, a concessão de fiança independe de manifestação ministerial;
- d) nos termos da lei, a prisão temporária do agente que adultera produto destinado a fins terapêuticos será de cinco dias, prorrogável por igual período;
- e) presentes os requisitos legais, o juiz decretará, de ofício, a prisão preventiva na fase investigativa ou no curso do processo.

► **Comentários**

**Assertiva A** incorreta. A prisão preventiva pode ser substituída pela domiciliar caso o agente tenha mais de oitenta anos de idade (e não sessenta e cinco).

Art. 318, CPP. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos;

**Assertiva B** incorreta. De acordo com o art. 343 do Código de Processo Penal, o quebramento injustificado da fiança culmina na perda de metade de seu valor.

Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.

**Assertiva C** correta. A concessão de fiança independe de manifestação do Ministério Público, nos termos do art. 333 do Código de Processo Penal.



Art. 333. Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.

**Assertiva D** incorreta. Embora o crime indicado na alternativa (art. 273, CP) não esteja expressamente previsto no rol do inciso III do art. 1º da Lei 7960/89, é possível a decretação da prisão temporária, porque a infração é considerada crime hediondo e em função do § 4º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Note-se:

[...] após a vigência da Lei nº 7.960/89, entrou em vigor a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), que, em seu art. 2º, § 3º (posterior § 4º renumerado pela Lei nº 11.464/07), passou a dispor que a prisão temporária, *nos crimes previstos neste artigo*, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Portanto, a partir da Lei nº 8.072/90, a prisão temporária passou a ser cabível não só em relação aos crimes previstos no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89, como também em relação aos crimes previstos no *caput* do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quais sejam, os crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico de drogas e terrorismo). (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume Único. 5ªed. Salvador. JusPodivm. 2017. P. 1009).

O que está errado na alternativa é o prazo. Para crimes hediondos o prazo da prisão temporária é de trinta dias (prorrogáveis por outros trinta).

Art. 2º, Lei 8072/90. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. [...] § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

**Assertiva E** incorreta. O juiz não pode decretar a prisão preventiva de ofício.

## 4.2 QUESTÕES SEM COMENTÁRIOS

**1. NUCEPE – Delegado de Polícia – PC/PI – 2018. Como alternativa à prisão, o legislador contemplou outras medidas cautelares. Dentre esse rol, qual não corresponde a uma medida cautelar diversa da prisão?**

- a) comparecimento periódico em juízo, até o dia 10 (dez) de cada mês e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- b) monitoração eletrônica;
- c) 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;
- d) proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante;
- e) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.



2. CESPE – Delegado de Polícia – PC/MA – 2018 – ADAPTADA. Aplicada medida cautelar diversa da prisão, será vedado ao juiz substituí-la por outra ou impor nova medida cumulativamente. (C/E)
3. CESPE – Delegado – PC/MT – 2017 – ADAPTADA. As medidas cautelares pessoais são decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, no curso da ação penal, ou no curso da investigação criminal, somente por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. (C/E)
4. FCC – Delegado de Polícia – PC/AP – 2017 – ADAPTADA. A prisão domiciliar no processo penal é medida cautelar diversa da prisão que pode beneficiar mulheres de qualquer idade, mas o homem apenas se for idoso. (C/E)
5. FUNIVERSA – Delegado de Polícia – PC/DF – 2015 – ADAPTADA. Suponha-se que o juiz decrete a prisão preventiva do investigado, em virtude do descumprimento de outras medidas cautelares pessoais. Nesse caso, prescinde-se de que o crime seja punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. (C/E)
6. CESPE – Defensor Público – DPU – 2015. Júlio foi preso em flagrante pela prática de furto de um caixa eletrônico da CEF. Júlio responde a outros processos por crime contra o patrimônio. A respeito dessa situação hipotética, julgue o seguinte item. Ao ser comunicado da prisão e verificando a necessidade de evitar a prática de infrações penais, ao juiz será vedado aplicar qualquer medida cautelar alternativa à prisão, mesmo que sejam preenchidos os requisitos da necessidade e da adequação previstos no CPP. (C/E)
7. CESPE – Defensor Público – DPE/DF – 2013. Mesmo que presente mais de um dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, o juiz somente poderá converter a prisão em flagrante em preventiva quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. (C/E)
8. CESPE – Juiz Federal – TRF5 – 2017. Antônio foi preso em flagrante pelo crime de descaminho, cuja pena é de um a quatro anos de reclusão. Ele possui diversas passagens na Vara da Infância e Juventude, sem, contudo, ter qualquer condenação criminal por ato praticado depois de alcançada a maioridade penal. Considerando essa situação hipotética, na audiência de custódia o juiz poderá conceder a Antônio liberdade provisória com medida cautelar diversa da prisão, haja vista o não cabimento da prisão preventiva. (C/E)
9. CESPE – Juiz Substituto – TJ/AM – 2016. As medidas cautelares, como o recolhimento domiciliar no período noturno e a prisão preventiva, poderão ser decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, no curso do inquérito policial ou durante o processo penal, quando houver necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal. (C/E)
10. CESPE – Titular de Serviços de Notas e de Registros – TJ/SE – 2014. Não é necessária fundamentação concreta para a imposição das medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no CPP. (C/E)
11. CESPE – Titular de Serviços de Notas e de Registros – TJ/RR – 2013. O juiz não poderá substituir a prisão preventiva pela suspensão de atividade de natureza econômica por força do princípio constitucional da livre iniciativa e do trabalho, mas poderá decretar outra medida cautelar, diversa da prisão, caso preenchidos os requisitos legais. (C/E)
12. CESPE – Analista Processual – MPU – 2010. Qualquer pessoa sob a jurisdição brasileira está sujeita à constrição cautelar da liberdade, desde que mediante decisão judicial fundamentada em dados concretos existentes nos autos do processo e demonstração da necessidade imperiosa da medida extrema (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), incluindo-se, entre os sujeitos passíveis da custódia cautelar, nas infrações comuns, o presidente da República. (C/E)



13. CESPE – Procurador – TCE/BA – 2010. De acordo com enunciado de súmula vinculante do STF, é lícito, excepcionalmente, o uso de algemas em três casos básicos: resistência do preso, fundado receio de fuga e perigo à integridade física própria ou alheia por parte do preso ou de terceiros. Ainda de acordo com tal enunciado, a excepcionalidade do uso de algemas precisa ser justificada, por escrito ou oralmente, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo de responsabilidade civil do Estado. (C/E)

14. CESPE – Agente de Polícia– DPF – 2004. Considera-se coação ilegal, passível de *habeas corpus*, a manutenção do acusado em cárcere quando houver cessado o motivo que autorizou a coação. (C/E)

15. CESPE – Promotor de Justiça – MPE/RR – 2012 – ADAPTADA. A prisão preventiva, dada a sua condição de restrição de direitos individuais, tem por exigência legal expressa, além da ordem escrita e fundamentada do juiz, a observância da necessidade e adequação da custódia, podendo ser substituída, de ofício, por medida cautelar menos gravosa, bem como ser restabelecida, tanto na fase de investigação quanto na etapa processual. (C/E)

16. CESPE – Juiz Federal – TRF2 – 2011 – ADAPTADA. Tratando-se da aplicação das medidas cautelares no curso do processo, assegura-se, de forma expressa, no atual disciplinamento normativo detração penal, qualquer que seja a natureza da medida. (C/E)

17. CESPE – Promotor de Justiça – MPE/RR – 2012 – ADAPTADA. A concessão de liberdade provisória está condicionada à imposição de medidas cautelares diversas da prisão, vedada a cumulação com fiança. (C/E)

18. CESPE – Promotor de Justiça – MPE/RR – 2012 – ADAPTADA. De acordo com a atual norma processual penal, é vedada a decretação da prisão preventiva de forma independente de anterior imposição de medida cautelar. (C/E)

19. CESPE – Juiz Substituto – TJ/SE – 2008. No que se refere à liberdade provisória, assinale a opção correta.

- a) é inafiançável o crime doloso punido com pena privativa de liberdade, independentemente de o réu ser ou não reincidente;
- b) a liberdade provisória com fiança pode ser concedida independentemente de oitiva do Ministério Público;
- c) da decisão que concede ou nega o pedido de liberdade provisória cabe o recurso de agravo;
- d) o réu que quebrar a fiança no processo não poderá mais ser solto;
- e) a autoridade policial somente pode conceder fiança nos casos de infração penal punida com prisão simples.

20. CESPE – Juiz Substituto – TJ/BA – 2012. No que diz respeito a prisão e a liberdade provisória, assinale a opção correta.

- a) o juiz poderá determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar caso o agente tenha mais de sessenta e cinco anos de idade;
- b) de acordo com o que dispõe o CPP, ocorrendo o quebramento injustificado da fiança, entende-se perdido, na integralidade, o seu valor;
- c) a despeito da relevância da atuação do MP na persecução penal, a concessão de fiança independe de manifestação ministerial;



d) nos termos da lei, a prisão temporária do agente que adultera produto destinado a fins terapêuticos será de cinco dias, prorrogável por igual período;

e) presentes os requisitos legais, o juiz decretará, de ofício, a prisão preventiva na fase investigativa ou no curso do processo.

## 4.3 GABARITO

- |            |            |
|------------|------------|
| 1. A       | 11. Errada |
| 2. Errada  | 12. Errada |
| 3. Errada  | 13. Errada |
| 4. Errada  | 14. Certa  |
| 5. Certa   | 15. Certa  |
| 6. Errada  | 16. Errada |
| 7. Certa   | 17. Errada |
| 8. Certa   | 18. Errada |
| 9. Errada  | 19. B      |
| 10. Errada | 20. C      |



## 5. RESUMO

### 5.1 Tutelas e medidas cautelares

Teremos tutela cautelar jurisdicional quando, diante da urgência de um caso concreto, não se podendo esperar até o provimento final (o desenrolar do procedimento), o juiz antecipa, concede ou determina alguma medida de proteção, em caráter preventivo, para evitar o perecimento de direitos ou a ineficácia/inutilidade/inefetividade da resolução que se espera com a sentença.

A tutela ou a medida cautelar, mais sistematizadas no processo civil, sempre estão relacionados com tempo de duração dos processos.

A tutela cautelar está dentro da ampla atividade que o Estado exerce (e dela não se pode eximir) na proteção de direitos e garantias, bens e interesses sociais ou individuais; é “expressão da própria coerção estatal”.

#### Modalidades:

↪ Reais – atingem bens, visam à reparação do dano e também assegurar o futuro perdimento, “recaindo sobre o patrimônio lícito do réu ou sobre o produto ou proveito do crime”.

↪ Probatórias - são relativas a provas, evitando a destruição ou o perecimento delas; visam acautelar elementos probatórios, para que não se percam e possam ser utilizados e valorados no momento oportuno.

↪ Pessoais - atingem a liberdade ou a pessoa do réu ou investigado, de algum modo impondo limitações ou restrições a seus direitos.

#### Lei 12.403 – superação da bipolaridade:

A Lei 12.403/2011 modificou o sistema até então predominante, onde a prisão era o único meio de coerção, trazendo diversas medidas alternativas, cautelares. A prisão passou a constituir a medida mais residual, a chamada última *ratio*, absolutamente subsidiária (numa escala de gravidade) e excepcional, só aplicável quando nenhuma outra medida fosse suficiente e adequada.

As medidas cautelares podem ser aplicadas de duas formas: i) como instrumento de contracautela; ii) como instrumento cautelar.



#### Princípios relacionados com as medidas cautelares:

↪ Princípio da necessidade - as medidas cautelares (não só a prisão) só podem ser aplicadas quando houver necessidade, quando a tutela e a interferência do Estado for, na situação concreta, imprescindível para resguardar bem ou interesses de relevância. Mais que isso, a

medida aplicada deve ser a menos gravosa, tanto que seja suficiente para tutelar o caso concreto. Retrata a ideia da subsidiariedade da prisão frente às demais medidas cautelares. A razão de ser, a justificativa das medidas cautelares essencialmente é a mesma, o que varia é a dose de sacrifício que se exige do sujeito passivo; assim, a prisão só pode ser aplicada quando 'necessária'.

↪ Princípio da duração razoável do processo – a CF assegura a duração razoável do processo, além de meios que garantam a celeridade na tramitação (art. 5º, LXXVIII). As cautelares estão relacionadas a essa garantia. Não existem prazos globais, fixados em lei, para o encerramento dos procedimentos. Diante disso, a análise do prazo é baseada na razoabilidade, de acordo com alguns critérios: complexidade da causa e atuação da defesa e dos agentes do Estado. O referido princípio impõe a revisão periódica das medidas cautelares que, em caso de excesso na duração, podem configurar constrangimento ilegal.

↪ Princípio da jurisdicionalidade - a decretação de toda e qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário. Outros Poderes, autoridades ou instituições, regra geral, não poderão decretar medidas cautelares, que também não poderão ser impostas automaticamente pela lei.

↪ Proporcionalidade – vedação da proteção deficiente – o princípio da proporcionalidade não se limita à proteção contra os excessos, numa visão meramente negativa. Ele também deve militar como um instrumento contrário à omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais, numa perspectiva positiva e ativa, dentro de um contexto de proteção objetiva dos direitos fundamentais. Uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente da melhor maneira possível. Garante 'proteção horizontal' diante de agressões de terceiros e não do Estado.

### **Características das medidas cautelares:**

↪ instrumentalidade – não são um fim em si mesmas;

↪ acessoriedade – dependem de um procedimento principal;

↪ provisoriedade – têm vigência limitada no tempo; não são perenes;

↪ sumariedade – sua análise não envolve uma cognição profunda/exauriente;

↪ variabilidade/substituibilidade/revogabilidade – possibilidade de variação, mudança ou substituição, conforme a necessidade das alterações fáticas.

↪ homogeneidade – devem ter simetria com o provimento final (pena em perspectiva), não podendo ser mais gravosas;

↪ excepcionalidade - as medidas cautelares devem ser aplicadas em hipóteses emergenciais, com o objetivo de superar situações de perigo à sociedade, ao resultado prático do processo ou à execução da pena;

↪ cumulatividade – podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente;

↪ referibilidade - a medida cautelar deve estar ligada concretamente a uma situação de direito material;

↪ não definitividade – não implica preclusão nem coisa julgada;

↪ gradualidade – são estruturadas de forma progressiva;

↪ preventividade – finalidade de prevenir danos;



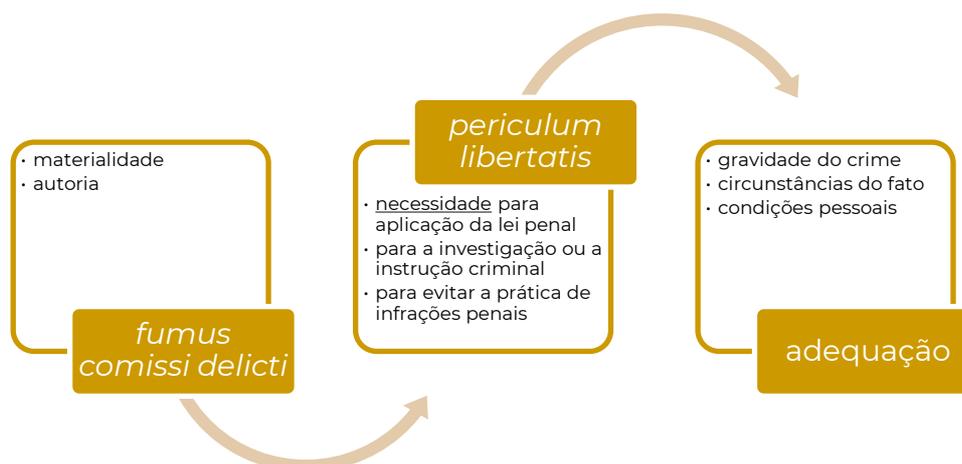
*fumus boni iuris*

· *fumus comissi delicti*

*periculum in mora*

· *periculum libertatis*

**Pressupostos genéricos:** *Fumus comissi delicti* - seria a 'fumaça do cometimento de um delito', a análise sobre a plausibilidade da imputação, exigindo, nos mais variados casos concretos, o convencimento sobre a existência de um crime praticado por um provável e determinado agente. *Periculum Libertatis* - representa a urgência e a necessidade para evitar perigo a algum bem jurídico relevante. Traduz-se pelo risco de ineficácia, risco de dano irreparável com a liberdade do imputado.



Com base nos dois pressupostos genéricos e no art. 282 do CPP, elaboramos o esquema acima. Suponha que num determinado caso concreto, alguém represente/requeira a aplicação de uma medida cautelar. A análise sequencial que o juiz faz é a seguinte:

1º) verifica se, para aquele crime, é cabível medida cautelar (arts. 283, § 1º, 312, parágrafo único, 313 do CPP, dentre outros);

2º) faz um diagnóstico da materialidade e da autoria, um juízo de probabilidade da imputação – *fumus comissi delicti*;

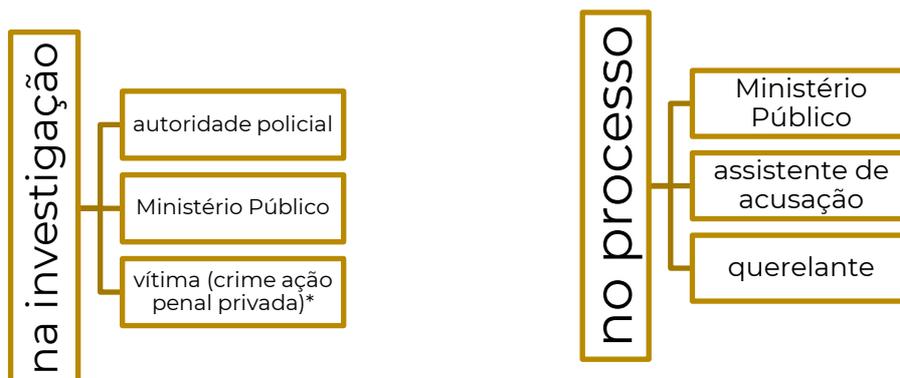
3º) examina se a medida é necessária, urgente, se existe perigo na liberdade plena que imponha a intervenção judicial imediata no caso para efeito de restringi-la – *periculum libertatis*; se até aqui as análises foram positivas, a medida cautelar deve ser deferida, restando apenas definir qual delas;

4º) dentre as várias medidas cautelares (arts. 319, 312), avalia, pelos critérios do inc. II do art. 282 do CPP, qual (ou quais porque elas podem ser cumuladas, art. 282, § 1º) é a mais adequada, lembrando que prisão só em último caso (subsidiariedade) – adequação.

**Procedimento** - art. 282:

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.



§ 3º 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, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, 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, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, 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.

§ 6º 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.

**Art. 283.** § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

**Recursos cabíveis:**

Por parte da acusação - RESE. Delegado não tem legitimidade para interpor recurso.

Por parte da defesa – não cabe recurso, talvez HC (com indefinição/divergência).

**Detração:** parte da doutrina admite, desde que haja semelhança, paridade, homogeneidade entre a medida cautelar aplicada e a penal final que se consolidou.

**5.2 Medidas cautelares em espécie**

✎ Comparecimento periódico em juízo (art. 319, I do CPP): o acusado deverá comparecer à Secretaria do respectivo Juízo, em periodicidade a ser fixada pelo magistrado, para prestar informações e justificar suas atividades lícitas, comprovando-as. A medida tem duas finalidades: a) cientificar o juízo de que o acusado se encontra à sua disposição para os atos processuais; e b) manter o juízo informado das atividades profissionais e sociais exercidas pelo

réu entre esses comparecimentos. O comparecimento é pessoal e obrigatório, não podendo ser outorgado a outra pessoa. No caso de residir o acusado em comarca diversa daquela em que fora decretada a medida, compreende-se ser possível que o comparecimento seja realizado perante o juízo onde reside, fiscalizando-o por meio de carta precatória ou mesmo mediante registro em livro próprio para posterior análise do juízo de origem.

↳ Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (inc. II): tem por objetivo evitar que o acusado acesse ou frequente determinados lugares que possam vir a apresentar circunstâncias e estímulos que propiciem nova prática delitiva, considerando as condições do crime anterior. Os lugares devem ser especificados a partir de um nexos entre o delito e a localidade, não sendo admissível a mera proibição genérica. Embora o inciso II do art. 319 do CPP apenas mencione a questão de evitar novas práticas delitivas, a medida também se presta a outros fins, como evitar acirramento de ânimos entre as pessoas desses locais ou preservar e proteger fontes de prova, como testemunhas e vítimas.

↳ Proibição de manter contato com pessoa determinada (inc. III): tem duas grandes finalidades: a) proteção de pessoas em situação de risco decorrente do comportamento do acusado; e b) impedir que o réu exerça influência sobre o depoimento de vítima ou testemunha. Como visto, a medida não se restringe apenas à figura do ofendido, mas também de testemunhas e até mesmo de corréus. O dispositivo é silente em relação à forma de contato proibida entre o acusado e a 'pessoa determinada', entendendo a doutrina que, como forma de conferir eficácia à medida, deve abranger tanto o contato direto (físico, pessoal) quanto o indireto (telefonemas, cartas, mensagens etc.). Para a fiscalização da medida, a doutrina reputa recomendável a cientificação do beneficiado sobre o seu teor, a fim de que possa alimentar o juízo com informações de eventual descumprimento.

↳ Proibição de ausentar-se da comarca e do país (inc. IV e art. 320 do CPP): conforme se depreende da dicção do dispositivo, essa proibição deve ser justificada pela necessidade de produção indiciária e probatória. Não obstante, há entendimento no sentido de que a decretação dessa medida cautelar também se faz possível para o cumprimento das demais finalidades cautelares elencadas no art. 282 do CPP. Cabe registrar, também, que o dispositivo menciona comarca, e não município; é dizer, considerando que são comuns as comarcas que abrangem mais de um município, não há óbice ao trânsito do acusado entre eles, desde que permaneça dentro dos limites territoriais daquela. Parte da doutrina também entende que esse inciso IV do art. 319 do CPP alberga a proibição de saída do país. Acaso determinada a proibição nesse sentido (ausentar-se do país), deverão ser observadas as disposições do art. 320 do CPP, i.e. deverá o acusado ser intimado para entregar o seu passaporte no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

↳ Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (inc. V): por meio dessa medida, permite-se que o acusado desempenhe sua atividade laborativa durante o dia, devendo recolher-se ao seu domicílio às noites e dias de folga. Embora o inciso mencione a necessidade de trabalho fixo, parte da doutrina sustenta ser possível a decretação da medida também nos casos em que, malgrado não esteja trabalhando, o acusado estude. Considerando as dificuldades na fiscalização do cumprimento dessa cautelar, a doutrina recomenda a sua aplicação em conjunto com a medida de monitoramento eletrônico (inc. IX). Ao demais, também há entendimento no sentido de que o tempo de duração e cumprimento dessa medida cautelar deve ser considerado para fins de detração da pena.

↳ Suspensão do exercício da função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira (inc. VI): limita-se aos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração e/ou crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômica. Por função pública compreende-se toda atividade desempenhada com o objetivo de consecução de finalidades próprias do Estado,

por meio daquele que exerce cargo, emprego ou função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal. Em relação às atividades econômico-financeiras, o conceito é mais amplo. Atividades de natureza econômica podem referir-se a qualquer atividade empresarial. Por sua vez, as atividades de natureza financeira estão vinculadas à atuação junto a bancos e demais instituições abrangidas pelo Sistema Nacional Financeiro. O dispositivo limita-se a tratar da medida quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; todavia, entende a doutrina ser possível a sua decretação para a garantia da investigação ou instrução penal. A questão da suspensão de função pública de detentores de mandato eletivo desperta discussão, havendo entendimento no sentido de sua possibilidade e impossibilidade. Fato é que o STF já reconheceu, por unanimidade, ser possível a suspensão do mandato eletivo via aplicação dessa medida cautelar, conforme Ação Cautelar nº 4.070/DF, ocasião em que se suspendeu a função pública do Deputado Federal E.C., bem como o seu então cargo de Presidente da Câmara dos Deputados. Ao demais, entende a doutrina que, mesmo quando suspensa a função pública, não deverá haver alteração no recebimento dos vencimentos pelo funcionário público afastado.

↳ Internação provisória (inc. VII): conforme o aludido inciso, poderá haver a decretação da internação provisória do acusado, em sede de medida cautelar, quando presentes os seguintes requisitos: a) crime praticado com violência ou grave ameaça; b) constatação da imputabilidade ou semi-imputabilidade por perito; e c) risco de reiteração criminosa. O dispositivo não menciona contra que ou quem pode ser a violência empregada, havendo posições na doutrina tanto no sentido de que abrangeria, também, coisas quanto no sentido negativo. A imputabilidade e semi-imputabilidade dizem respeito às causas constantes do art. 26 do CP (incapacidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado). A doutrina sustenta, ante o silêncio do inciso da lei processual, ser possível a decretação da medida tanto para o inimputável à época do crime quanto àquele cuja doença mental sobreveio à infração. O dispositivo expressamente prevê a constatação da imputabilidade ou semi-imputabilidade por perito, ou seja, mediante laudo pericial provindo de exame de insanidade mental (arts. 149 e seguintes do CPP). Parte da doutrina sustenta, todavia, ser possível a decretação da medida quando o estado mental do acusado puder ser comprovado por outros meios, enquanto não se conclui o exame de insanidade mental. A lei processual penal queda-se silente também em relação ao local em que deverá ser realizada a internação, de modo que vêm sendo aplicadas, analogicamente, as disposições do art. 96, I do CP, o qual prevê que a internação seja em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou em sua falta, em outro estabelecimento adequado.

↳ Fiança (inc. VIII): estudada junto ao tema da Liberdade Provisória.

↳ Monitoramento eletrônico (inc. IX): em um primeiro momento (Lei 12.258/2010), era apenas aplicável em sede de execução penal, mormente em relação à saída temporária no regime semiaberto e prisão domiciliar (art. 146-B da LEP). Entretanto, com o advento da Lei 12.403/2011, e a consequente inserção do inciso IX ao art. 319 do CPP, que passou a prever o monitoramento eletrônico como uma medida cautelar diversa da prisão, a abrangência do instituto se expandiu para toda a persecução penal, desde a fase investigativa à fase processual. O Código de Processo Penal, todavia, não contou com qualquer disposição que minudencie as condições desse monitoramento, de modo que a doutrina entende pela aplicação do art. 146-C da LEP, que estabelece deveres ao monitorado, quais sejam: a) receber visitas, responder contatos e cumprir orientações do responsável pela monitoração eletrônica; e b) abster-se de remover, violar, modificar, danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça. Descumprir esses deveres sujeitará o acusado às consequências do art. 282, § 4º do CPP, como a substituição da medida, cumulação com outra cautelar, e, eventualmente, até mesmo a decretação da prisão preventiva.



↳ Poder geral de cautela: instituto originado no Direito Processual Civil, atualmente previsto no art. 297 do CPC. “Poder atribuído ao Estado-juíz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal”. Trata-se de poder que deve ser exercido de forma subsidiária, pois que se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção aquelas situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica. A aplicação desse poder no processo penal é objeto de discussões. Parte da doutrina entende que o poder geral de cautela não tem vez no âmbito processual penal, porquanto há o denominado princípio da taxatividade das medidas cautelares pessoais, a serem analisadas em um contexto da mais estrita legalidade. Outra parcela sustenta que seria possível a adoção do poder geral de cautela para se impor uma medida cautelar inominada mais branda, desde que seja idônea a assegurar a eficácia do processo. Há precedentes em ambos os sentidos nos Tribunais Superiores, embora anteriores ao advento da Lei 12.403/2011.



# ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE: PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.



1

Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.



2

Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).



3

Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).



4

Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).



5

Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).



6

Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).



7

Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.



8

O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.



Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.