



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**SILAS ROBERTO DE SOUZA**

**MEIOS DE DEFESA PARA MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DA  
LEI 12.403/2011**

Brasília  
2012

**SILAS ROBERTO DE SOUZA**

**MEIOS DE DEFESA PARA MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DA  
LEI 12.403/2011**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Controle Social.

Orientador: Prof. Dr. José Theodoro Corrêa de Carvalho

Brasília  
2012

**SILAS ROBERTO DE SOUZA**

**MEIOS DE DEFESA PARA MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DA  
LEI 12.403/2011**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)  
como pré-requisito para a obtenção de  
Certificado de Conclusão de Curso de  
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito  
Penal e Controle Social.

Orientador: Prof. Dr. José Theodoro  
Corrêa de Carvalho

Brasília, 22 de abril de 2013.

**Banca Examinadora**

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Tânia Cristina da Silva Cruz

---

Prof. Me. André Pires Gontijo

**Àqueles que, no Direito, buscam a justiça.**

## **AGRADECIMENTOS**

Meus agradecimentos aos que vieram antes de mim. A vastidão do Direito que nos legaram forma os degraus da escada sem fim do conhecimento humano. Graças a eles pude subir alguns poucos degraus, dos muitos que já encontrei prontos, mas já posso ver mais longe.

Conheci um químico que, quando no seu laboratório destilava venenos, acordava as noites em sobressalto, recordando com pavor que um miligrama daquela substância bastava para matar um homem. Como poderá dormir tranquilamente o juiz que sabe possuir, num alambique secreto, aquele tóxico subtil que se chama injustiça e do qual uma ligeira fuga pode bastar, não só para tirar a vida mas, o que é mais horrível, para dar a uma vida inteira indelével sabor amargo, que doçura alguma jamais poderá consolar?

Piero Calamandrei

A liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem: e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não teria mais liberdade porque os outros teriam idêntico poder.

Barão de Montesquieu

O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade.

John Locke

## RESUMO

Até o advento da Lei nº 12.403/2011, que modificou a parte do Código de Processo Penal que trata de medidas cautelares e da liberdade provisória, havia, no Brasil, uma supervalorização da privação de liberdade como medida cautelar penal. A nova lei instituiu diversas medidas alternativas à prisão, transformando-a em exceção; e instituiu, também, diversos outros benefícios aos pacientes de medidas cautelares, tais como obrigatoriedade de separação de presos provisórios dos definitivamente condenados; comunicação da prisão à defensoria pública, na ausência de advogado; revogação da hipótese de prisão de réu vadio, entre outros. Ao advogado de defesa compete fazer valer esses direitos e assegurar que as medidas cautelares sejam aplicadas segundo o devido processo legal, mobilizando os meios processuais que o ordenamento jurídico lhe oferece para buscar a restauração dos direitos de seu cliente eventualmente violados ou a minimização dos seus efeitos. Assim, este trabalho de pesquisa visou identificar, na lei, na doutrina e na jurisprudência, os meios processuais penais aplicáveis a situações que possam caracterizar inobservância ao Código de Processo Penal modificado pela Lei 12.403/2011, auxiliando, desse modo, o advogado criminalista no exercício da defesa de paciente de medidas cautelares pessoais. Para tanto, foram identificadas as medidas cautelares pessoais constantes da Lei 12.403/2011, estabelecido o conceito de medida cautelar, identificados seus requisitos, características e, sobretudo, os princípios constitucionais que as informam. Foram identificados, ademais, sem a pretensão de esgotar as possibilidades teóricas e práticas pertinentes, casos de inobservância dos preceitos legais que regem as medidas cautelares e, ao final, os meios processuais penais de defesa que pudessem corrigi-los: pedidos (de relaxamento de prisão, de revogação de medida cautelar, de substituição de medida cautelar, etc.), recurso em sentido estrito, agravo, correição parcial, mandado de segurança e *habeas corpus*. Conclui-se, ao final, que, na bibliografia pesquisada, prepondera o *habeas corpus* como meio processual aplicável às medidas cautelares pessoais da Lei nº 12.403/2011.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Defesa. Medidas Cautelares.

## ABSTRACT

Before the Law 12.403/2011, which changed the part of the Criminal Procedure Code that regulates the writ of prevention and release on own recognizance, imprisonment was overvalued as writ of prevention. The new Law has brought many alternatives to imprisonment, transforming it into an exception; and has also brought to those who are committed many other benefits such as the obligation of separating provisional prisoners from the definitely condemned ones; the obligation of communicating the imprisonment to the Public Defender Organization, when the accused has no defense attorney; the extinction of the possibility of imprisoning cadgers, and so forth. The defense attorney must work in order to assure that those rights will be respected and that the writs of prevention will be used according to the due process of Law. In order to do so, he must use all available legal measures to restore his clients violated rights or to minimize its effects. Thus, the goal of this final paper is identifying, in the Law, in the doctrine and in the case Law, the penal procedural measures that can be used in situations on which the Criminal Procedure Code, modified by the Law 12.403/2011, is not respected, helping, therefore, the defense attorney on his job of defending the interest of his client when he or she is committed. In order to get this, we have identified the writ of preventions established by the Law 12.403/2011, the concept of writ of prevention, its requirements, its characteristics and, mainly, the constitutional principles related to them. We have identified, moreover, without intention of finding all pertinent theoretical and practical possibilities, cases of a lack of compliance with the rules related to writs of prevention and, at the end, we have listed some defense criminal procedural measures that can repair that such as: motions (to discharge imprisonment; to revoke writ of prevention, to substitute writ of prevention, etc.), strict appeal, appeal against dilatory or abusive acts of the judge, suit for a writ of mandamus and *habeas corpus* action. This final paper concludes, by the end, that the *habeas corpus* action is the most common criminal procedural measure to avoid lacks of compliance with the rules pertinent to writs of prevention of the Law 12.403/2011.

**Key words:** Defense. Penal Procedural Law. Writ of Prevention.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Localização das Medidas Cautelares Pessoais _____	14
Fases do Processo Penal _____	21
Espécies de prisão _____	32

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

C. PR. PEN. – Código de Processo Penal

Des. - Desembargador

GPS – *Global Positioning System* (Sistema de Posicionamento Global)

HC – *Habeas Corpus*

MP – Ministério Público

NR – Nova redação

Rel. - Relator

RESE – Recurso em sentido estrito

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	09
<b>1 MEDIDAS CAUTELARES</b>	12
1.1 Conceito	12
1.2 Requisitos	14
1.3 Características	15
1.4 Princípios constitucionais aplicáveis às medidas cautelares	18
1.4.1 Devido processo legal	18
1.4.2 Presunção de inocência	22
1.4.3 Liberdade	23
1.4.4 Proporcionalidade	24
1.4.5 Judicialidade	25
1.4.6 Fundamentação da decisão	26
1.4.7 Provisoriedade	26
1.4.8 Legalidade	27
1.4.9 Contraditório	28
1.4.10 Dignidade da pessoa humana	28
<b>2 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DA LEI 12.403/2011</b>	30
2.1 Medidas cautelares de prisão	30
2.1.1 Prisão em flagrante	33
2.1.2 Prisão preventiva	36
2.2 Medidas cautelares diversas da prisão	38
2.2.1 Comparecimento periódico em juízo	38
2.2.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	39
2.2.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada	39
2.2.4 Proibição de ausentar-se da comarca	40
2.2.5 Recolhimento domiciliar	40
2.2.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira	41
2.2.7 Internação provisória do inimputável ou semi-imputável	42
2.2.8 Fiança	42
2.2.9 Monitoração eletrônica	45
2.2.10 Proibição de ausentar-se do país	46

2.2.11 Liberdade provisória _____	47
<b>2.3 Aplicabilidade _____</b>	<b>49</b>
<b>2.4 Momento para proposição e aplicação de medidas cautelares _____</b>	<b>49</b>
<b>2.5 Requerimento, representação e decretação _____</b>	<b>50</b>
<b>2.6 Direitos potencialmente lesionados ou ameaçados _____</b>	<b>51</b>
<b>3 MEIOS DE DEFESA PARA MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS</b>	
<b>DA LEI 12.403/2011 _____</b>	<b>62</b>
<b>3.1 Pedidos _____</b>	<b>63</b>
<b>3.2 Recurso em sentido estrito _____</b>	<b>64</b>
3.2.1 Hipóteses de cabimento _____	64
3.2.2 Legitimidade ativa _____	66
3.2.3 Efeitos _____	66
3.2.4 Prazo _____	66
<b>3.3 Correição parcial _____</b>	<b>67</b>
3.3.1 Hipóteses de cabimento _____	67
3.3.2 Legitimidade ativa _____	67
3.3.3 Efeitos _____	67
3.3.4 Prazo _____	68
<b>3.4 Mandado de segurança _____</b>	<b>68</b>
3.4.1 Hipóteses de cabimento _____	68
3.4.2 Legitimidade ativa _____	69
3.4.3 Efeitos _____	69
3.4.4 Prazo _____	69
<b>3.5 Habeas corpus _____</b>	<b>70</b>
3.5.1 Hipóteses de cabimento _____	70
3.5.2 Legitimidade ativa _____	74
3.5.3 Legitimidade passiva _____	74
3.5.4 Efeitos _____	74
3.5.5 Prazo _____	75
<b>CONCLUSÃO _____</b>	<b>76</b>
<b>REFERÊNCIAS _____</b>	<b>78</b>
<b>ANEXO A – Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 _____</b>	<b>82</b>

## INTRODUÇÃO

Até o advento da Lei 12.403 em 4 de maio de 2011, vigiam no Brasil as medidas processuais penais cautelares do Código de Processo Penal de 1941 (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941). A lei antiga supervalorizava a privação de liberdade como meio para garantir a ordem pública e econômica, a instrução criminal e o cumprimento da pena a que eventualmente fosse condenado o acusado. A lei nova, por outro lado, trouxe medidas alternativas à prisão, transformando-a em exceção.

Ademais disso, a lei nova trouxe diversos outros benefícios aos pacientes das medidas cautelares, tais como: obrigatoriedade de separação de presos provisórios dos definitivamente condenados; comunicação da prisão à defensoria pública, na ausência de advogado; revogação da hipótese de prisão de réu vadio; disciplinamento da prisão domiciliar; regulamentação da liberdade provisória, quando ausentes os requisitos da prisão preventiva; eliminação da possibilidade de prisão administrativa, ampliação das hipóteses de fiança, criação de banco nacional de mandados de prisão, entre outros.

Ao advogado de defesa compete fazer valer esses direitos e a aplicação das medidas cautelares segundo o devido processo legal. Ocorre que as medidas cautelares são aplicadas nos momentos mais inesperados, a qualquer hora do dia ou da noite, exigindo do advogado pronta capacidade de mobilizar os meios processuais que o ordenamento jurídico lhe oferece para buscar a restauração dos direitos de seu cliente eventualmente violados ou a minimização dos seus efeitos.

Este trabalho de pesquisa visa, portanto, identificar, na lei, na doutrina e na jurisprudência, os meios processuais penais aplicáveis a situações que possam caracterizar inobservância ao Código de Processo Penal modificado pela Lei 12.403/2011, auxiliando, desse modo, o advogado criminalista no exercício da defesa de paciente de medidas cautelares pessoais.

Não raramente, o advogado criminalista é chamado a socorrer cliente nos horários mais insólitos. Não tem, por isso, tempo para alongar-se no estudo dos casos, da complexa legislação, da doutrina e da jurisprudência, nem para demorar-se na redação de peças processuais detalhadas.

Portanto, esta pesquisa de cunho técnico-científico visa oferecer ao advogado criminalista alternativas de aplicação emergencial para resolver o seguinte problema: Quais os meios processuais penais oferecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro para os casos de medidas cautelares pessoais praticadas ao arrepio da legislação pertinente?

O direito de ação é um direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Esse dispositivo estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, para cada direito, deve haver uma ação que o materialize. Esta pesquisa se justifica pelo fato de que ela busca viabilizar o exercício de um direito fundamental, indicando os meios processuais penais para casos de transgressão de normas penais que versam sobre medidas cautelares pessoais. Acrescente-se a isso o fato de que, conforme dados<sup>1</sup> do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), do Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, havia, de um total de 471.254 presos custodiados no sistema penitenciário, em dezembro de 2011, no Brasil, 173.818 (37%) presos provisórios, muitos deles, por certo, presos preventivamente. Isso demonstra a dimensão da importância das medidas cautelares e da amplitude da sua clientela, o que justifica estudos como o que ora empreendemos.

O objetivo geral da pesquisa consistiu, portanto, em arrolar os meios processuais penais aplicáveis a casos hipotéticos ou reais de inobservância de normas processuais penais que regem as medidas cautelares pessoais. Os objetivos específicos da pesquisa foram, conseqüentemente, os seguintes: Identificar casos hipotéticos ou reais de inobservância dos dispositivos do Título IX, do Código de Processo Penal, modificado pela Lei 12.403/2011, no que diz respeito a medidas cautelares pessoais; e identificar, na lei, na jurisprudência e na doutrina

---

<sup>1</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos: Todas UFs. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em 01 nov. 2012.

os meios processuais penais emergenciais aplicáveis aos casos de que trata o primeiro objetivo mencionado.

De modo a que os resultados alcançados na busca da consecução desses objetivos fossem logicamente apresentados, o presente trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, apresentamos as medidas cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro até chegarmos, dedutivamente, às medidas cautelares pessoais da Lei 12.403/2011, objeto da pesquisa. Estabelecemos o conceito de medida cautelar, identificamos seus requisitos, características e, sobretudo, os princípios constitucionais que as informam. Esses elementos são especialmente importantes no contexto deste trabalho porque é a presença imperfeita deles ou mesmo a sua ausência que define os remédios processuais penais a eles aplicáveis.

No segundo capítulo, cuidamos das medidas cautelares individualmente, dividindo-as em medidas cautelares de prisão e medidas cautelares diversas da prisão, tudo de conformidade com a Lei nº 12.403/2011 e a doutrina. Identificamos a sua aplicabilidade, o momento de sua proposição, sua titularidade (requerimento, representação e decretação), assim como os casos potenciais de inobservância das regras e princípios pertinentes. Essas regras e princípios violados são os direitos feridos dos pacientes das medidas cautelares que reclamam remédios para curá-los ou aliviar-lhes a dor.

No terceiro e último capítulo, arrolamos os meios processuais penais (ações e recursos) aplicáveis aos casos de transgressão de regras e princípios identificados no segundo capítulo.

## 1 MEDIDAS CAUTELARES

### 1.1 Conceito

A prestação jurisdicional subdivide-se em três grupos, “conforme deva-se reconhecer (ações declaratórias, constitutivas e condenatórias), satisfazer (ação de execução) ou assegurar (no âmbito extrapenal, ação cautelar, e, na esfera penal, medidas cautelares) o direito material violado ou ameaçado” (TUCCI apud DELMANTO, 2008, p. 86).

Esclareça-se, contudo, que “não há falar-se, no âmbito processual penal, em ação ou processo penal cautelar, mas tão-somente (sic) em medidas cautelares aptas a assegurar a prestação jurisdicional, podendo essas medidas incidir tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução” (TUCCI apud DELMANTO, 2008, p. 86). Mais ainda, “[...] no processo penal há apenas medidas cautelares penais, pois não há ação específica que promova um processo cautelar autônomo em relação ao processo de conhecimento” (LOPES JR apud NICOLITT, 2012, p. 415).

A obtenção da prestação jurisdicional por meio do processo em geral e, no caso em estudo, do processo penal em particular, implica necessariamente a prática de atos e, enfim, a transposição de fases processuais que exigem tempo. Não é possível que a materialidade e a autoria de uma infração penal, com todas as circunstâncias que a envolvam, sejam esclarecidas no mesmo momento em que chegam ao conhecimento da autoridade que deva investigá-la ou da que deva julgá-la.

Se, por um lado, o transcurso do tempo decorre da exigência de que o processo siga rigorosamente o rito legal, ou seja, que o processo seja conduzido do modo devido (*due process of law*), por outro, o transcurso desse mesmo tempo traz consigo riscos ao próprio processo. Pode-se dizer que,

Existe, assim, um paradoxo muito interessante referente ao tempo no processo: da mesma forma que a *duração* do processo é algo essencial para a correta atuação (ou averiguação) do direito objetivo no caso

concreto, essa mesma duração permite ao demandado burlar total ou parcialmente aqueles direitos que ao autor poderiam corresponder. Surge, com isso, a necessidade de o legislador criar um remédio processual para evitar essas fraudes e, em definitivo, conseguir a afetividade da resolução judicial posta em perigo pela própria duração do processo (CUADRADO apud DELMANTO, 2008, p. 88).

“Se fosse possível a solução do litígio no mesmo instante em que a ação fosse ajuizada, não haveria necessidade de provimentos ou medidas cautelares” (DELMANTO, 2008, p. 87). Risco é um evento futuro incerto que pode afetar adversamente o processo. Cautela significa “Cuidado para evitar um mal; precaução, cuidado” (FERREIRA, 1986, p. 373). Significa também “Toda formalidade observada na prática de atos forenses, ou processuais, para assegurar-lhes validade jurídica” (NUNES, 1990, p. 166). “Note-se, assim, que a medida cautelar visa afastar risco para o processo, isto é, garantir a sua realização (cautela instrumental) ou mesmo sua efetivação (cautela final)” (DELMANTO, 2008, p. 98).

As medidas cautelares processuais penais podem ser conceituadas como “providências, determinadas por autoridade competente, destinadas a assegurar a definição de relação jurídica penal e, eventualmente, a sua satisfação” (TUCCI; DELMANTO JÚNIOR apud DELMANTO, 2008, p. 96). Acrescente-se a isso que “a cautelaridade no processo penal pode desenvolver-se em três eixos: (a) medidas cautelares pessoais; (b) medidas cautelares reais (de natureza civil); (c) medidas cautelares probatórias” (FERNANDES apud NICOLIT, 2011, p. 9). Pode-se dizer também que “[...] essas medidas cautelares realizam-se objetivando pessoas, bens ou provas” (TUCCI; DELMANTO JÚNIOR apud DELMANTO, 2008, p. 96). No que diz respeito às medidas cautelares dirigidas a pessoas, ou medidas cautelares pessoais, o art. 311 (prisão preventiva), 320 (proibição de ausentar-se do país), 321 (liberdade provisória) e 319 (demais medidas) da Lei 12.403/2011 as relacionam. A figura 1, a seguir, localiza, no contexto geral da prestação jurisdicional, as medidas cautelares pessoais, objeto mesmo deste estudo.

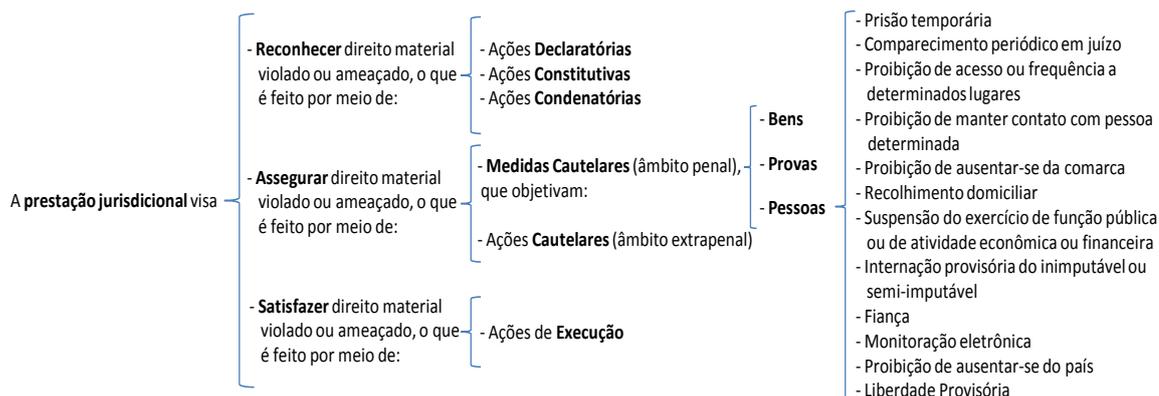


Figura 1 – Localização das Medidas Cautelares Pessoais

## 1.2 Requisitos

No risco fundam-se as medidas cautelares, de onde vem o seu primeiro requisito<sup>2</sup>: o *periculum libertatis*, que, “[...] 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” (BONFIM, 2011, p.28).

Também do risco vem o segundo requisito das medidas cautelares: o *fumus comissi delicti*, que “[...] equivale, no âmbito penal, ao *fumus boni iuris* (‘fumaça do bom direito’) exigido nas medidas cautelares de natureza civil” (BONFIM, 2011, p.26). Esse requisito é atendido quando são

[...] 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

<sup>2</sup> Como sinônimo de requisito, tem sido empregada pela doutrina a palavra pressuposto. Sobre isso, veja-se MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**: de acordo com a lei 12.403/2001. São Paulo: Método, 2011. p. 29. Há, contudo, divergências doutrinárias sobre isso. Há também doutrinadores que empregam as palavras condições e mérito para se referir ao que designamos de requisitos. A esse respeito, veja-se MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.61, que afirma “Seja como for, condições, pressupostos ou mérito, o fato é que os provimentos cautelares, como o próprio nome o revela, se destinam sempre ao acautelamento de determinadas situações jurídicas amparadas pelo direito (*fumus*) e que possam estar ameaçadas (*periculum*) pela demora do processo principal.” Por sua vez, BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do código de processo penal**: comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória, fiança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26, emprega a expressão requisitos genéricos, em contraposição aos requisitos específicos, de que tratamos no subitem 1.4.4 deste estudo.

a existência do crime e do elemento subjetivo dele (dolo ou culpa) (BONFIM, 2011, p. 26).

A observância a esses dois requisitos assegura equilíbrio às medidas cautelares, pois o *periculum libertatis* exige demonstração de que há risco ao processo com a liberdade do agente, mitigando-o com a medida cautelar. Por outro lado, o *fumus commissi delicti* exige que haja ao menos indícios de materialidade e autoria suficientes para que a cautelar se viabilize, mitigando, por sua vez, o risco de que a cautelar recaia sobre pessoa incorreta ou seja concedida com base em infração penal inexistente. Os dois requisitos devem ser atendidos simultaneamente. Um ou outro não basta.

### 1.3 Características

Segundo Bonfim (2011, p. 20-22), as medidas cautelares, quando aplicadas em qualquer fase da persecução penal, apresentam quatro características: provisoriedade, revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade. Mendonça (2011, p. 27-29), por outro lado, arrola seis características: caráter instrumental, acessoriedade, sumariedade, homogeneidade e variabilidade. Führer (2011, p. 15), por seu turno, registra quatro características, embora assim não as denomine explicitamente: fungibilidade, cumulatividade, latência e subsidiariedade da prisão preventiva. Nicolitt (2011, p. 49-50), reconhecendo não haver uniformidade dos autores a esse respeito, arrola, ao examinar as prisões cautelares, sete características: jurisdicionalidade, acessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética, provisionalidade, provisoriedade e excepcionalidade. Lima (2012, p. 43-5), por fim, relaciona nove características presentes nas medidas cautelares: acessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética e qualificada, provisoriedade, revogabilidade, não definitividade, referibilidade, jurisdicionalidade e sumariedade. Resumidamente, essas características podem ser assim definidas:

- a) Acessoriedade: a medida cautelar depende de um processo principal, pois não há um processo cautelar penal autônomo; ela está, portanto, sempre associada a um processo penal de conhecimento ou de execução, ou, pelo menos a uma investigação criminal em andamento;

- b) Cumulatividade: as medidas cautelares podem ser cumuladas com outra ou outras;
- c) Excepcionalidade: a regra geral é a de presunção de inocência. Portanto, qualquer restrição à garantias e liberdades constitucionais, que acabam sendo impostas por medidas cautelares, devem ser consideradas excepcionais;
- d) Fungibilidade: as medidas cautelares podem ser substituídas umas pelas outras ou, em último caso, transformadas em prisão preventiva;
- e) Homogeneidade<sup>3</sup>: as medidas cautelares não podem ser mais gravosas que a pena a ser aplicada ao final do processo, ou seja, deve haver uma certa homogeneidade, ou correspondência, entre as medidas cautelares e o provimento final. Deve haver uma ponderação entre o peso das medidas e os fins com elas pretendidos, analisando-se os seus sentidos de justiça (BECHARA apud MENDONÇA, 2011, p. 52);
- f) Instrumentalidade (ou instrumentalidade hipotética, ou hipotética e qualificada): as medidas cautelares não são um fim em si mesmas; elas visam assegurar a efetividade de providências definitivas que se constituem no propósito do processo penal; elas são instrumento do instrumento; são, nos dizeres de Lima (2012, p. 44), qualificadas porque tutelam a função jurisdicional, que, por sua vez, é meio e modo para a realização do Direito;
- g) Jurisdicionalidade: as medidas cautelares somente podem ser decretadas por autoridade judiciária; há controle jurisdicional sobre as medidas cautelares, ou seja, há reserva de jurisdição;
- h) Latência: as medidas cautelares permanecem em estado latente até que uma situação de perigo possa justificar sua concessão;
- i) Não definitividade: as decisões relativas às medidas cautelares não fazem coisa julgada material;
- j) Preventividade: as medidas cautelares têm por finalidade prevenir dano de difícil reparação que possa ocorrer durante a persecução penal;

---

<sup>3</sup> Também denominada de subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre isso, veja-se MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**: de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Método, 2011. p. 52.

- k) Provisionalidade: as medidas cautelares são sempre dependentes dos motivos que as autorizaram; são sempre *rebus sic stantibus*;
- l) Provisoriedade<sup>4</sup>: as medidas cautelares não podem ser definitivas; elas devem durar enquanto for conveniente ou necessária para a investigação ou instrução ou, no máximo, até o trânsito em julgado da sentença condenatória;
- m) Referibilidade: as medidas cautelares devem se referir a uma situação de perigo a que se destinam suplantar;
- n) Revogabilidade: juntamente com a provisoriedade, as medidas cautelares são revogáveis, aplicando-se-lhes a cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas permanecerem como estão). As medidas cautelares podem ser revogadas sempre que não forem mais convenientes nem necessárias;
- o) Subsidiariedade<sup>5</sup> da prisão preventiva: a subsidiariedade da prisão preventiva decorre do fato de ser ela exceção que admite decretação apenas se estiverem presentes as condições do art. 313 do CPP. Por isso ela é subsidiária entre as cautelares;
- p) Substitutividade: conforme art. 282, §§ 5º e 6º, do CPP, o juiz poderá, *ex officio* ou a requerimento das partes, substituir uma medida cautelar por outra, quando verificar a falta de motivo para que subsista;
- q) Sumariedade: dada a urgência das medidas cautelares, sua cognição é sumária, não sendo possível ao juiz aprofundar-se além dos indícios de autoria e materialidade que lhe são oferecidos;
- r) Variabilidade: as medidas cautelares podem ser alteradas diante de modificações nos fatos que as tenham dado causa.

---

<sup>4</sup> Esta característica é também considerada um princípio que rege a aplicação de medidas cautelares. Sobre isso, veja-se MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**: de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Método, 2011. p. 74.

<sup>5</sup> Esta característica é também considerada um princípio. Trata-se de expressão emprestada dos Portugueses. Na Itália, esse princípio é denominado de gradualidade. Sobre isso, veja-se CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais**: prisão e liberdade provisória: de acordo com a reforma do código de processo penal lei 12.403, de 04.05.2011. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011. p.115.

## 1.4 Princípios constitucionais aplicáveis às medidas cautelares

No Direito Constitucional encontram-se fincadas as raízes de todos os demais ramos do Direito. É lá que se encontram os seus fundamentos, os seus princípios. Em matéria processual penal, em geral, e em matéria cautelar, em particular, não é diferente.

Erigem-se dúvidas acerca da existência de outro ramo do direito que materialize tantos reflexos da Constituição quanto o Processo Penal, quando trata das medidas cautelares. Tal premissa é explicitada pela situação de estar o acusado à mercê do Estado, e, em desproporção de forças (CÂMARA apud BARICHELLO, 2010, p. 126).

Visando dirimir tamanha desigualdade, exsurtem princípios constitucionais específicos a ostentar garantias, que permitem atenuar a vulnerabilidade do acusado, quando no exercício do *jus libertatis*, bem como, na segregação provisória em ergástulos públicos (BARICHELLO, 2010, p. 126)

Ainda nessa mesma vertente, vale registrar que “existem determinados princípios que irão reger todas as medidas cautelares, especialmente com o intuito de estabelecer os limites fundamentais em relação às medidas de coerção pessoais” (MAIER apud MENDONÇA, 2011, p. 34).

As medidas cautelares, que necessariamente ocorrem no âmbito do processo penal, são informadas por princípios, em especial por princípios constitucionais, dentre os quais se destacam os seguintes, vez que “é essencial o estudo deles, pois é a partir de tais princípios que se verificará a legitimidade ou não de qualquer medida cautelar” (MENDONÇA, 2011, p. 34):

### 1.4.1 *Devido processo legal*

Com a ocorrência de um crime, surge uma relação jurídica entre o seu autor e o Estado. Trata-se de uma relação em que se contrapõem interesses antagônicos. De um lado, o autor do crime resiste à aplicação da lei penal e, do outro, o Estado insiste em aplicá-la. Surge, portanto, uma lide, que se caracteriza por um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Em um Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), apenas o Estado detém, diante da ocorrência de um crime, o direito de punir aquele que o cometeu. Somente ao Estado cabe fazer justiça, aplicando a lei penal. Ao particular isso é vedado, conforme CP, art. 345, que tipifica como crime:

Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa de quatrocentos cruzeiros a dez mil cruzeiros, além da pena correspondente à violência.

A jurisdição é função do Estado e o processo, instrumento de sua atuação (CAPEZ, 2004, p. 13). O processo penal, ou persecução penal, no Direito Brasileiro, é executado em duas fases: uma preparatória da ação penal, denominada de *persecutio criminis* apenas, de caráter preliminar e informativo, conduzida pela polícia judiciária, ou civil, ou por outro órgão da estrutura do Estado; e outra denominada de *persecutio criminis in iudicio*, correspondente à ação penal (processo), de caráter judicial (MUCCIO, 2011, p. 106). A persecução criminal é, portanto, “todo o caminho trilhado pelo Estado de Direito para se apurar a autoria e materialidade de um crime, envolvendo o respeito às garantias constitucionais numa busca ideal de uma decisão final penal justa (BELLO, 2012, p. 15).

A investigação da infração penal e da sua autoria compete, conforme CPP, art. 4º, à polícia judiciária, também denominada de polícia civil, órgão da estrutura do Estado-Administração, mas, conforme outros diplomas legais, pode ser realizada também pelo Ministério Público, por Comissão Parlamentar de Inquérito e por Tribunal de Justiça. “A autoridade policial, embora sem exclusividade, colherá os elementos necessários ao exercício da ação penal. É nos elementos coligidos pela autoridade policial que, de regra, se lastreiam a denúncia e a queixa-crime” (MUCCIO, 2011, p. 106), que, uma vez oferecidas ao juiz, dão início à ação, que, por seu turno, ao final, resulta na almejada aplicação da lei penal objetiva. Assim, o inquérito policial não constitui o processo propriamente dito, pois o processo *stricto sensu* surge apenas com o oferecimento da denúncia ou da queixa-crime (MUCCIO, 2011, p. 30).

Proferida a sentença, não havendo absolvição, resta ao acusado cumprir a pena que lhe foi atribuída, o que ocorre na fase de execução penal que,

[...] embora não se possa falar em uma ação de execução penal em sentido estrito, não deixa a execução de ser uma fase do processo penal. Deve-se utilizar, portanto, a expressão processo de execução para designar o conjunto de atos jurisdicionais necessários à execução das penas e medidas de segurança como derradeira etapa do processo penal (MIRABETE, 1992, p. 45).

Portanto, o exercício da jurisdição penal pelo Estado

[...] pressupõe o trâmite de um procedimento destinado a apurar as circunstâncias do fato criminoso, a processar o agente e, uma vez comprovada a autoria delitiva, a sujeitá-lo à pena. Este procedimento se denomina persecução penal, fragmentada em três fases: a) investigação preliminar; b) ação penal; c) execução penal (MARQUES, 2012, p. 18).

Uma vez levada ao Poder Judiciário, a lide penal deve ser regularmente processada, pois, conforme a CF, art. 5º, LIV, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Portanto, a lide que se forma entre o autor de um crime e o Estado deve ser solucionada pelo Poder Judiciário, por meio de processo conduzido segundo a lei. “[...] além da prévia cominação da pena e da descrição típica do delito, há necessidade de que seja a pessoa submetida ao devido processo legal” (GRECO FILHO, 2012, p. 62).

No Brasil, o princípio do devido processo legal surge, explicitamente, pela primeira vez, na CF de 1988 (art. 5º, LIV), não obstante algumas de suas dimensões estivessem presentes em outras constituições (NICOLITT, 2012, p.31).

As restrições do devido processo legal não visam facilitar a vida do criminoso, criando empecilhos para que o Estado aplique a lei penal. Elas visam, sobretudo, proteger o cidadão honesto de arbitrariedades que possam ser eventualmente praticadas por esse mesmo Estado. Por isso que “essa limitação do poder judicial é ainda mais nítida no processo penal, já que a função da Justiça Penal não é apenas a punição dos culpados, mas também a tutela dos inocentes” (MARMELSTEIN, 2009, p. 151). Quando aplicada ao processo penal, a garantia do *devido processo legal* costuma ser chamada de garantia do *devido processo penal* (TUCCI apud DELMANTO, 2008, p. 21).

Dentro da ótica iluminista-liberal, a correta aplicação do devido processo legal penal possibilitaria a realização de uma investigação razoavelmente segura, com mínimas chances de erro na obtenção da verdade real, assegurando que o acusado não será julgado conforme a personalidade, o estado de ânimo ou o humor do juiz (SANTOS, 2008, p. 73).

À vista do que foi exposto até aqui, esse processo pode ser representado, esquematicamente, da seguinte forma:

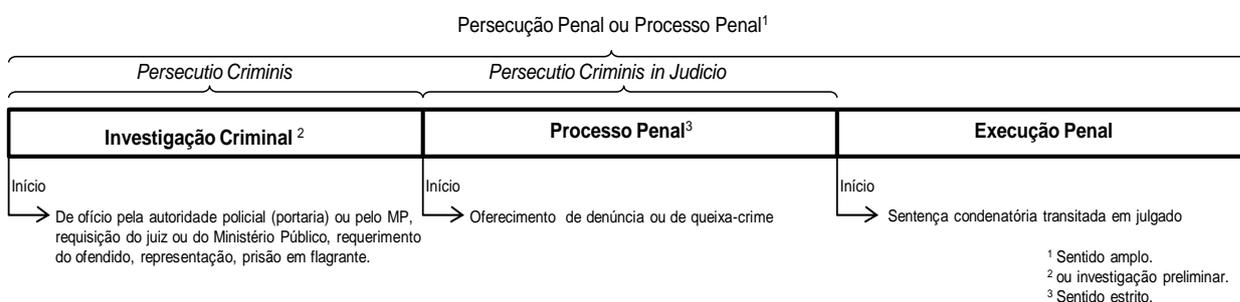


Figura 2 – Fases do Processo Penal

É de se notar, nessa ilustração, que dela não constam as medidas cautelares penais, pois elas não existem autonomamente, já que não existe um processo penal cautelar independente como há no processo civil. “O que existem são medidas cautelares preparatórias ou incidentais à ação penal condenatória, bem como incidentais ao processo de execução [...]” (SANTOS, 2011, p. 13). Portanto, elas podem ser aplicadas tanto na fase de investigação criminal quanto na instrução criminal<sup>6</sup> (processo penal propriamente dito) e na execução penal, desde que observados princípios e normas que lhes assegurem aderência ao devido processo legal. Esclareça-se, por oportuno, que não há medidas cautelares pessoais no processo de execução, pois elas coincidiriam com a própria execução. Todavia, vale lembrar que o tempo correspondente ao cumprimento de medidas cautelares

<sup>6</sup> Segundo FERNANDES, Og (Coord.). et al. **Medidas cautelares no processo penal**: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2011. p. 128; “a instrução criminal consiste em uma das etapas do processo penal, que se inicia pelo oferecimento da denúncia ou queixa e se encerra, em um primeiro momento, com a prolação da sentença”.

repercute, por meio da detração<sup>7</sup>, na execução penal. Isso, contudo, está fora do escopo deste estudo.

Prosseguindo, não se pode olvidar dos corolários constitucionais do devido processo legal. Tucci (2011, p.71-3) arrola uma dúzia deles. Todavia, interessam-nos apenas três, que dizem respeito mais diretamente às medidas cautelares. Eles são atinentes à:

- a) Inadmissibilidade de prisão, que, nos termos do art. 5º, inciso LXI, da CF, significa que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”;
- b) Imediata comunicação de prisão, que, nos termos do art. 5º, inciso LXII, da CF, significa que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”;
- c) Liberdade provisória, que, nos termos do art. 5º, inciso LXVI, significa que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

#### 1.4.2 *Presunção de inocência*

O princípio da presunção de inocência<sup>8</sup> encontra-se arrolado entre os direitos e garantias fundamentais insculpidos no art. 5º da CF. O inciso LVII desse artigo assim estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Como submeter alguém presumivelmente

---

<sup>7</sup> A detração está prevista no art. 42 do CP nos seguintes termos: “Computam-se, na pena privativa de liberdade na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil e ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

<sup>8</sup> Esse princípio tem sido denominado também de princípio da não consideração prévia de culpabilidade, princípio do estado de inocência e princípio da não culpabilidade. Sobre isso, veja-se CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais**: prisão e liberdade provisória, de acordo com a reforma do código de processo penal lei 12.403/2011, de 05.04.2011. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011. p. 47.

inocente a medida cautelar pessoal de prisão, por exemplo, sem transgredir esse princípio?

É possível porque “o próprio texto constitucional, no art. 5º, LXI, confere constitucionalidade às prisões provisórias, autorizando-as quando ocorre flagrante e quando decorrem de decisão escrita e fundamentada emitida por autoridade judicial” (CÂMARA, 2011, p. 49). Referido inciso tem a seguinte redação: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” A fim de melhor esclarecer o sentido desse dispositivo, acrescentamos o seguinte posicionamento a respeito:

Embora na decretação da prisão processual não se parta do pressuposto de culpa do réu, é bem verdade que ele será encarcerado ou terá sua liberdade restringida parcialmente pela verossimilhança da prática de um crime. Porém, nisto não há qualquer inconstitucionalidade, pois se busca a proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados. [...] Há outros bens jurídicos que merecem tutela, também de igual estatura e importância como a garantia da segurança da sociedade (que poderia ser ameaçada ou violada caso o réu ficasse em liberdade cometendo crimes), a busca da verdade real (que poderia ser atingida com a ameaça às testemunhas ou destruição da prova), a eficácia e eficiência da própria persecução penal (que poderia ser prejudicada com a fuga do réu), todos decorrentes, direta e indiretamente, do texto constitucional (MENDONÇA, 2011, p.35).

Não há transgressão ao princípio da presunção de inocência também porque não se pode confundir medida cautelar com pena. Enquanto a segunda visa prevenir (prevenção geral e especial) e reprimir o delito, a primeira visa proteger e tutelar os fins do processo penal; sua distinção está, portanto, em sua finalidade (MENDONÇA, 2011, p. 36).

#### 1.4.3 *Liberdade*

Do ponto de vista constitucional, há diversas liberdades, doutrinariamente denominadas de liberdades públicas, inscritas em cláusulas pétreas como fundamento do Estado Democrático de Direito (MACHADO, 2005, p. 205). Segundo Silva apud Machado (2005, p. 204), há cinco categorias de liberdades públicas: a liberdade da pessoa física (circulação e locomoção), a liberdade de pensamento, a

liberdade de expressão coletiva, a liberdade de ação profissional e a liberdade de conteúdo econômico e social. Dessas, dado o escopo deste estudo, interessa-nos a liberdade da pessoal física.

Se, por um lado, há diversos dispositivos constitucionais<sup>9</sup> que consagram a liberdade como um princípio insculpido em cláusula pétrea, há outros dispositivos também constitucionais que permitem restrições à liberdade, embora nesse último caso apenas excepcionalmente. Nesse sentido, vale destacar o seguinte:

Em nosso regime jurídico constitucional, é verdadeira cláusula pétrea ser a liberdade a regra, e a sua restrição, total ou parcial, a exceção. Por isso, qualquer restrição à liberdade deve ser devidamente justificada no caso concreto, de maneira excepcional, por ordem escrita e fundamentada do magistrado, salvo a prisão em flagrante e as outras exceções constitucionais. Isto agora foi claramente indicado no art. 282, § 6º, do CPP, cuja nova redação assevera que 'A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)'" (MENDONÇA, 2011, p. 37-8).

A relevância desse princípio fica evidente diante do fato de que ele vale diretamente contra a lei (a lei é que deve circunscrever-se aos direitos fundamentais e não o contrário), quando esta restringe direitos fundamentais fora dos casos expressamente previstos na Constituição, quando a restrição for manifestamente excessiva e quando diminui a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (CÂMARA, 2011, p. 58-9).

#### 1.4.4 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade<sup>10</sup> é princípio geral de Direito que vale, portanto, para qualquer dos seus ramos (GOMES, 2011, p. 42). Ele não está explicitamente inscrito na CF, mas, a propósito disso, destacamos o seguinte entendimento:

---

<sup>9</sup> CF, art. 5º, incisos LXI: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei"; LXV: "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária"; e LXVI: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

<sup>10</sup> Também chamado de princípio da razoabilidade e de princípio da proibição de excesso. Segundo GOMES, Luiz Flávio (coord.). et al. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2.ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42., as três denominações, para a maior parte da doutrina, têm o mesmo significado.

Não há dúvida de que o princípio da proporcionalidade possui fundamento constitucional – seja como decorrência do Estado de Direito, do princípio do devido processo legal em sentido substancial (art. 5º, inc. LIV) – como entende o STF –, seja em razão ‘da própria estrutura dos direitos fundamentais’ [...]

Como toda medida restritiva de direitos fundamentais, as medidas cautelares deverão se (sic) submeter ao princípio da proporcionalidade (MENDONÇA, 2011, p. 39-40).

Em matéria cautelar penal, o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios, também chamados de requisitos intrínsecos<sup>11</sup> ou elementos da proporcionalidade. São eles: os subprincípios da adequação (ou idoneidade, ou conformidade), da necessidade (ou da exigibilidade, da intervenção mínima, da menor ingerência possível, da alternativa menos gravosa, da subsidiariedade, da escolha mais suave, ou da proibição de excesso) e da proporcionalidade em sentido estrito. A medida cautelar será adequada se for apta à consecução do fim a que se propõe; será necessária se, entre as opções legais existentes, apenas ela for adequada ao fim que se busca, com o menor prejuízo possível ao direito de liberdade do paciente; e será proporcional em sentido estrito se o gravame imposto ao titular do direito fundamental guarda proporcionalidade com a importância do bem jurídico que se quer proteger (LIMA, 2012, p. 31-4). Ou, de outro modo, conforme Bonfim (2011, p. 33), a adequação diz respeito a saber se o meio promove o fim; a necessidade, se entre os meios disponíveis e igualmente aptos para a promoção do fim não há outro menos restritivo do direito – ou direitos – fundamental afetado; e a proporcionalidade em sentido estrito, se as vantagens trazidas pela realização do fim almejado correspondem às desvantagens trazidas pelo emprego do meio.

#### 1.4.5 Judicialidade

Como regra geral, conforme CF, art. 5º, inciso LXI, a prisão só pode ser decretada pela autoridade judiciária. Daí o princípio da judicialidade<sup>12</sup> ou cláusula de

---

<sup>11</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do código de processo penal**: comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória, fiança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29-30, emprega também as expressões requisitos específicos, pressupostos específicos e sub-requisitos.

<sup>12</sup> Também denominado de princípio da jurisdicionalidade. Sobre isso, veja-se CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 2.ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a lei 12.403/11, lei das medidas cautelares pessoais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 79.

reserva jurisdicional, que comporta, todavia, exceções, pois se admite medida cautelar sem ordem judicial nos casos de flagrante e de concessão de liberdade provisória com fiança, concedida pelo Delegado, ainda que posteriormente haja, inevitavelmente, o controle jurisdicional para verificação da legalidade do ato (MENDONÇA, 2011, p. 60).

Quanto à prisão em flagrante, é de duração efêmera a excepcionalidade que a caracteriza à vista do princípio da judicialidade. Essa cautelar dura apenas até que o juiz receba o auto de prisão em flagrante (art. 310 do CPP) e decida relaxar a prisão, convertê-la em preventiva ou conceder liberdade provisória.

#### 1.4.6 *Fundamentação*<sup>13</sup> da decisão

O art. 93, inciso IX, da CF, estabelece que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Portanto, “para a prisão e para as demais medidas cautelares urge que haja fundamentação por parte do magistrado. [...] Mesmo que sucinta, a fundamentação deve indicar concretamente o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*” (MENDONÇA, 2011, p. 70-1).

Assim, a fundamentação deve ser concreta, com suporte fático e indicação das razões de convencimento, sendo que a concisão não significa desfundamentação (sic) (MESSA, 2012, p. 112).

#### 1.4.7 *Provisoriedade*

Segundo o inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Decorre desse dispositivo o direito à razoável duração do processo e, conseqüentemente, o princípio da provisoriedade das medidas cautelares, que, nos dizeres de Mendonça (2011, p. 74) “não devem

---

<sup>13</sup> Não se pode confundir motivação com fundamentação. Conforme CONSTANTINO, Lúcio Santoro. **Recursos criminais, sucedâneos recursais e ações impugnáveis autônomas criminais**. 4.ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85-6; motivação consiste na indicação dos motivos de fato e de direito em que se funda a decisão; é a causa escolhida sem estar justificada. A fundamentação, por outro lado, é a justificação da causa. Não basta o juiz absolver o réu por legítima defesa; é preciso justificar essa excludente de ilicitude.

durar eternamente, mas apenas enquanto forem necessárias e, ainda assim, dentro de um prazo razoável. As medidas, portanto, devem ser provisórias”.

#### 1.4.8 *Legalidade*<sup>14</sup>

O inciso II, do art. 5º, da CF, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Portanto, a questão envolta por este princípio diz respeito a saber se o juiz deve limitar-se a conceder apenas as medidas expressamente previstas em lei ou se pode exercer um poder geral de cautela, adotando medidas não expressamente previstas em lei.

Sobre isso, deve-se registrar que o STF, antes do advento da Lei nº 12.403/2011, ao julgar o HC 94.174, em que se debateu a possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva, aceitou expressamente o poder geral de cautela no processo penal, permitindo que o magistrado fixasse outras restrições, não previstas em lei, ao conceder a liberdade provisória (MENDONÇA, 2011, p. 82).

Por outro lado, há o entendimento de que “A norma processual penal não dá vazão ao denominado ‘poder geral de cautela’, posição esta defendida por abalizada doutrina” (LOPES JR apud CHOUKR, 2011, p. 44). Segundo Bonfim (2011, p. 145), “considerando que as referidas medidas restringem o grau de liberdade do indiciado/acusado, o rol disposto no art. 319 [da Lei 12.403/2011] deve ser considerado taxativo (*numerus clausus*)”.

Não é matéria, como se vê, pacífica. “De qualquer sorte, para aqueles que admitam a aplicação do poder geral de cautela, deve-se observar o princípio da proporcionalidade como limite e delimitador de sua aplicação” (MENDONÇA, 2011, p. 83). Ou, mais ainda, conforme Serrano apud Cruz (2011, p. 178), a aplicação de medidas cautelares atípicas deve observar três condições, evitando-se, assim, não

---

<sup>14</sup> Não se deve confundir o princípio da legalidade com o princípio da reserva legal (ou da anterioridade). Este último princípio está previsto no inciso XXXIX, do art. 5º da CF, nos seguintes termos: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Sobre isso, veja-se LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e medidas liberatórias**. Atual. de acordo com a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Atlas, 2011. p. 43.

só a arbitrariedade judicial e o excessivo desconhecimento das formalidades legais, mas também a sua falta de eficácia: "(a) idoneidade e menor lesividade da medida alternativa; (b) cobertura legal suficiente da limitação dos direitos que a medida restrinja; e (c) existência da infraestrutura necessária para sua aplicação".

#### 1.4.9 *Contraditório*

O inciso LV, do art. 5º, da CF, estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". O § 3º, do art. 282, do CPP, estabelece que "Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo". "Ou seja, como a tônica das cautelares é justamente a urgência extrema, exigindo medida *inaudita altera pars*, provavelmente será raro o procedimento contraditório previsto no § 3º" (FÜHRER, 2011, p. 16).

Esclareça-se, ademais disso, que

[...] o contraditório prévio referido no § 3º do artigo 282 do CPP não deve valer apenas para a decretação de prisão ou de medida cautelar dela diversa, mas também há de servir para pedidos de *revogação* da prisão (temporária ou preventiva) ou de sua substituição por medidas a ela alternativas e, ainda, para *modificação* das medidas anteriormente deferidas (CRUZ, 2011, p. 123-4).

#### 1.4.10 *Dignidade da pessoa humana*

O art. 1º, inciso I, da CF estabelece que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se, conforme anuncia a designação atribuída ao Título I da CF, do qual faz parte o referido artigo, de um princípio fundamental. Corroborando esse entendimento, aplicando-o às medidas cautelares, o seguinte texto:

Em que pese as medidas cautelares terem por fim a preservação do processo de conhecimento ou do processo de execução, não podem, por

outro lado, ser lesivas ao homem que se encontra por trás (ou no interior) do processo.

Com efeito, apesar da função utilitária e instrumental das medidas cautelares, estas encontram como primeiro limite o princípio da dignidade da pessoa humana.

[...] se a dignidade não pode ceder a interesses comunitários, não podem as medidas cautelares, cujo interesse é a preservação de um processo de conhecimento ou cautelar, justificar a restrição, limitação ou aniquilamento da dignidade humana (NICOLITT, 2011, p. 11 e 15).

Portanto, sob os auspícios do princípio da dignidade da pessoa humana, o indiciado ou acusado sai da condição de objeto da lide, de onde o Estado podia extrair a “verdade” dos fatos, inclusive por meio de tortura, para a condição de titular de direitos e destinatário da proteção do próprio Estado que o processa (CRUZ, 2011, p. 60).

## 2 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DA LEI 12.403/2011

A Lei nº 12.403, de 2/5/2011, alterou dispositivos do Decreto-lei nº 3.689 (Código de Processo Penal), de 3/10/1941. Com isso, o Título IX do CPP passou a tratar da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, diferentemente do texto anterior que tratava apenas da prisão e da liberdade provisória. Passaram a existir mais dez medidas cautelares além da prisão provisória prevista na norma modificada. Essas medidas podem ser divididas em dois grupos: o das medidas cautelares de prisão e o das medidas cautelares diversas da prisão.

### 2.1 Medidas cautelares de prisão

A palavra prisão assume diversos sentidos na legislação brasileira,

de modo que encontramos no ordenamento o termo “prisão” indicando ora a *pena privativa de liberdade* (detenção, reclusão, prisão simples), ora a *captura* em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou ainda, a *custódia*, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, também o próprio *estabelecimento em que o preso fica segregado* (GONÇALVES, 2004, p. 1).

Interessam-nos o sentido de captura e custódia. Além disso, para fins de delimitação do escopo deste subitem, convém destacar que a prisão, ao contrário do que inicialmente possa parecer, não se limita ao âmbito do Direito Processual Penal.

No Direito brasileiro, podemos distinguir cinco espécies de prisão, cuja titularidade para decretação, a partir da Constituição de 1988, é exclusiva do Poder Judiciário: prisão penal, prisão processual, prisão administrativa<sup>[15]</sup>, prisão civil e prisão disciplinar.

As prisões penais são resultantes do trânsito em julgado da sentença condenatória e aplicáveis pelo Poder Judiciário, após o devido processo legal, em virtude da prática de uma infração penal.

---

<sup>15</sup> O antigo art. 319 do CP, que tratava da prisão administrativa, foi revogado pela Lei nº 12.403/2011. Esse mesmo artigo passou a tratar das outras medidas cautelares. Conforme Pacelli apud SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O novo processo penal cautelar à luz da lei 12.403/11**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 64, “embora alguns autores insistissem na sua subsistência [da prisão administrativa], desde que ordenadas pelo juízo competente [Polastri apud Santos, 2011, p. 64], esta simples ressalva já basta a evidenciar a sua insubsistência [...]”. Portanto, apesar de a prisão administrativa ter sido aqui registrada, ela deixará de contar da figura 3 adiante apresentada.

As prisões processuais englobam as prisões temporárias (Lei nº 6.850/89), em flagrante delito (CPP, arts. 301 a 310), preventivas (CPP, arts. 311 a 316) [...] (MORAES, 2004, p. 396).

Dessas diferentes espécies de prisão, extraem-se aquelas alinhadas com os propósitos deste estudo, ignorando-se as demais, que serviram apenas para que, a partir do conjunto, se pudesse enxergar a parte de nosso interesse. Assim, quanto à expressão prisão penal, percebe-se que ela assume, no texto acima, o sentido de pena, ou seja, de prisão que ocorre em consequência de condenação criminal transitada em julgado e somente depois disso. A expressão prisão processual, por sua vez, assume sentido abrangente o suficiente para abarcar qualquer prisão que ocorra em qualquer momento da persecução penal, quer seja na fase inquisitorial, quer seja na fase acusatória, mas antes da sentença condenatória. Note-se que a fase inquisitorial está aqui incluída mesmo não sendo sua natureza exatamente processual.

O sentido dessas expressões não está, contudo, uniformemente assentado, conforme se verifica no texto a seguir transcrito:

**Espécies de prisão:** a prisão pode ser (a) *penal* (é a prisão decretada por juiz para fins penais, durante a fase preliminar de investigação ou durante a fase processual ou na sentença) ou (b) *extrapenal*.

A prisão penal deve ser dividida em (a) *prisão definitiva* (que ocorre após o trânsito em julgado) e (b) *prisão cautelar ou processual* (que se dá antes do trânsito em julgado).

A prisão cautelar ou provisória é, entre todas as medidas cautelares, a mais drástica [...] (GOMES, 2011, p. 24).

No primeiro texto, prisão penal refere-se apenas àquela prisão decorrente do trânsito em julgado de sentença condenatória. No segundo, abrange esta e qualquer outra ocorrida durante a persecução penal, subdividindo-se em duas: a prisão definitiva, cujo sentido coincide com o de prisão penal do primeiro texto; e prisão processual que, empregada como sinônimo de prisão cautelar, tem, também, o mesmo sentido do primeiro texto. Nessa vertente, com algumas variações, há ainda o seguinte entendimento:

[...] a prisão somente é definida hoje de duas formas. A prisão definitiva encontra-se como corolário do devido processo legal, com a sentença penal condenatória transitada em julgado; de outro lado, tem-se a

prisão de ordem cautelar, que vai envolver toda e qualquer outra forma de prisão processual ou extraprocessual.

[...] no caráter extraprocessual apenas se encontram duas modalidades de medida cautelar pessoal, a saber: a prisão em flagrante e temporária, ou seja, não estão vinculadas ao processo.

A prisão preventiva, por sua vez, consiste em prisão cautelar que guarda vínculo direto ou indireto ao *due process of law* (LIMA; NOGUEIRA, 2011, p. 102-3).

Aqui, a prisão cautelar, empregada no texto imediatamente anterior como sinônimo de prisão processual, assume agora o posto de gênero de que são espécies a prisão processual e a extraprocessual. Diferentemente dos dois textos anteriores, desta feita é possível identificar a prisão em flagrante e a prisão temporária como espécies de prisão extraprocessual e a prisão preventiva como espécie de prisão processual.

Por fim, todavia, a prisão cautelar<sup>16</sup> é também chamada de prisão processual, pré-processual e provisória, sinônimos perigosos por darem a ideia de que só pode haver prisão antes (pré) do processo ou depois dele (processual) além de o termo provisório confundir-se com liberdade provisória. Por isso, melhor é o termo cautelar apenas (BELLO, 2012, p.77).

Da análise dessas diferentes classificações de prisão, extrai-se a seguinte síntese:

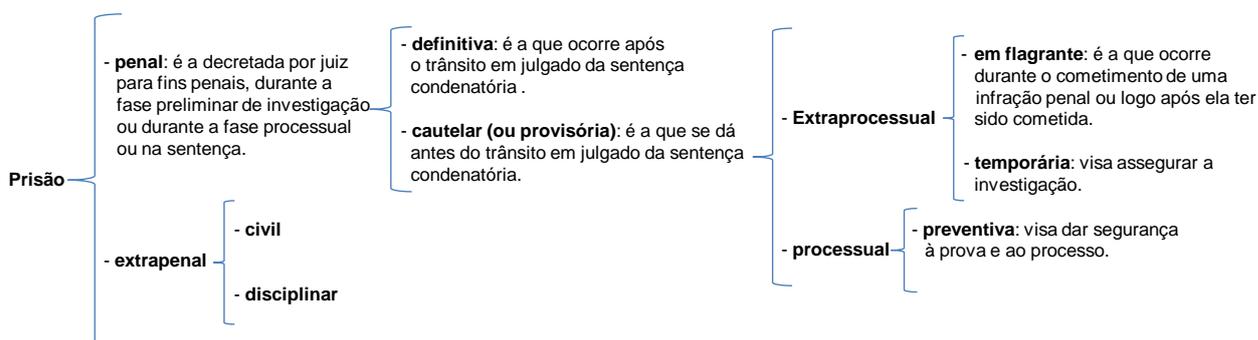


Figura 3 – Espécies de prisão

<sup>16</sup> Conhecida também como prisão *ad custodiam*. Sobre isso, veja-se GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

Não são todas as espécies que nos interessam. Essa figura nos permite localizar, dedutivamente, a espécie de prisão objeto deste estudo: a prisão cautelar ou, como também é denominada, prisão processual ou provisória. No entanto, mesmo dentro desse subconjunto, enfocaremos apenas a prisão em flagrante e a prisão preventiva, tratadas pela Lei nº 12.403/2011. A prisão temporária é objeto da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que está fora do escopo deste estudo.

### 2.1.1 *Prisão em flagrante*

Nada mais esclarecedor para a compreensão do sentido de uma palavra ou expressão que a sua etimologia. No caso em exame, isso se demonstra especialmente verdadeiro, vez que

a expressão “flagrante” é derivada da expressão latina *flagrans, flagrantis*, que significa ardente, brilhante ou queimante, oriunda do verbo *flagrare*, que traduz a ideia de fogo, ou daquilo que está queimando, em chamas, ardendo, resplandecendo (sic), que está crepitando (GONÇALVES, 2004, p. 13).

A prisão em flagrante está prevista no art. 5º, inciso LXI da CF, nos seguintes termos: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. As hipóteses de flagrante, arroladas em ordem decrescente de certeza da ocorrência do fato (NORONHA apud GONÇALVES, 2004, p. 32), estão previstas nos incisos do art. 302 do CPP:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:  
I – está cometendo a infração penal;  
II – acaba de cometê-la;  
III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;  
IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A doutrina e a jurisprudência têm atribuído às hipóteses dos incisos I e II a denominação de flagrante próprio, real, propriamente dito ou verdadeiro; à hipótese do inciso III a de flagrante impróprio ou quase-flagrante; e à do inciso IV, de flagrante presumido ou ficto (GONÇALVES, 2004, p. 32-35).

O art. 301 do CPP estabelece que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Preso o agente, deverá ele ser apresentado à autoridade policial, que ouvirá o condutor e no mínimo duas testemunhas que o acompanham e interrogará o acusado, lavrando-se o auto de prisão em flagrante, que será por todos assinado e, em 24 horas, contadas da realização da prisão, deverá ser encaminhado ao juiz, com cópia ao advogado do preso ou, na sua falta, à Defensoria Pública; deverá, ainda, desde logo, ser arbitrada fiança, se cabível, e, em 24 horas, também contadas da realização da prisão, entregue ao preso a nota de culpa (FÜHRER, 2012, p. 49). Demais disso, o preso deverá ser informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII da CF).

Consoante Führer (2012, p. 48-9), há situações que, apesar da dúvida inicial que possam suscitar, não descaracterizam a prisão em flagrante:

- a) Admite-se a prisão em flagrante no caso de flagrante esperado<sup>17</sup>, mas não se admite em caso de flagrante preparado<sup>18</sup>;
- b) O condutor pode ser considerado como testemunha para completar o número mínimo;
- c) A falta de testemunhas não impedirá o auto de prisão em flagrante, desde que o assinem, juntamente com o condutor, pelo menos outras duas pessoas que tenham testemunhado a apresentação do preso à autoridade;
- d) Não há nulidade na falta de interrogatório do conduzido se ele está embriagado ou ferido;
- e) Não há nulidade na falta de comunicação à família se o preso não indica a pessoa a ser comunicada;

---

<sup>17</sup> Conforme FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 63; “Tanto a polícia quanto a vítima ou terceiros, cientes do desencadeamento de atividade criminosa, aguardam o momento da execução para aprisionar o sujeito em flagrante. Em regra, a polícia é avisada previamente e espera para conferir a veracidade da denúncia, sem interferir no desdobramento fático da atividade delitiva”.

<sup>18</sup> “É hipótese de crime putativo (imaginário) por obra de agente provocador, em que a pseudovítima ou a polícia induzem o agente à prática de uma infração e se preparam para aprisioná-lo quando da execução, impedindo a consumação. O flagrante preparado é também chamado de *provocado*”. Idem.

- f) Não há nulidade se o auto não é formalizado imediatamente, desde que o seja em 24 horas após a prisão;

Em caso de prisão em flagrante, os eventos subsequentes serão definidos pela autoridade policial e pelo juiz em função da pena máxima aplicável em abstrato à infração, conforme segue:

- **Penas menores ou iguais a dois anos** (todos os casos do Juizado Especial – ex.: ameaça, lesão corporal, lesões no trânsito – mesmo que a vítima fique tetraplégica): o cidadão nunca é preso, sendo liberado na própria delegacia sem pagar fiança;

- **Penas maiores que dois e menores ou iguais a quatro anos** (ex.: homicídio culposo; homicídio no trânsito; furto; apropriação indébita; receptação; formação de quadrilha etc.): cidadão nunca é preso. Inicialmente, o próprio delegado de polícia pode estipular fiança (novo art. 322 CPP). Não sendo o caso, ao comunicar ao Juiz, este não poderá decretar a prisão preventiva (novo art. 313, I, CPP), devendo conceder a liberdade provisória com ou sem fiança e com ou sem a imposição de medidas cautelares;

- **Penas maiores que quatro anos:** juiz, ao receber o flagrante, deve:

I. verificar se não é cabível qualquer outra medida cautelar. Caso seja, deverá determinar a liberdade provisória do cidadão;

II. verificar se estão presentes os requisitos e pressupostos da prisão preventiva. Na prática, todos os réus primários, com residência e (ou) trabalho (pobres não) acabam respondendo em liberdade. Caso não estejam presentes estes requisitos, deverá o juiz determinar a liberdade provisória do cidadão com ou sem fiança (ARAÚJO, 2012, p. 16-7).

A propósito, o art. 310 do CPP estabelece o seguinte:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, 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.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23<sup>19</sup> do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Apenas no caso de não configuração simultânea de I e II é que poderá se verificar a prisão preventiva.

<sup>19</sup> Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Verifica-se, portanto, que a prisão em flagrante dura, no máximo, o tempo que eventualmente transcorra entre a captura e a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

### 2.1.2 *Prisão preventiva*

A prisão preventiva é medida cautelar que é abordada preponderantemente pelos artigos 311 a 316, do Capítulo III, do Título IX, do CPP, de onde se extraem os elementos que viabilizam a sua compreensão, conforme resumo abaixo.

- a) Momento de aplicação: a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal (art. 311, parte inicial).
- b) Titularidade: caberá prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (art. 311, parte final), mas não cabe representação da autoridade policial no caso de substituição de outra medida cautelar por prisão preventiva (art. 282, § 4º);
- c) Finalidades: também consideradas como hipóteses pela doutrina, são as seguintes (art. 312):
  - para “se garantir a ordem pública ou a ordem econômica” (p. ex.: risco da ocorrência de novos delitos caso o réu permaneça solto);
  - “por conveniência da instrução criminal” (p. ex.: para evitar que o acusado ameace alguma testemunha ou destrua provas) ou;
  - “para assegurar aplicação da lei penal” (p. ex.: para evitar que o sujeito fuja) (ARAÚJO, 2012, p. 13).
- d) Admissibilidade: a prisão preventiva é admitida nos seguintes casos:
  - descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º; e parágrafo único do art. 312);
  - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (art. 313, inciso I);
  - se o paciente tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (art. 313, inciso II);

- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, inciso IV);
  - quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (art. 313, parágrafo único).
- e) Inadmissibilidade: em nenhum caso será decretada a prisão preventiva se pelas provas dos autos o juiz verificar ter o agente praticado o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (art. 314); nem quando for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º), vez que, “com a Lei nº 12.403/2011, criou-se uma ‘obrigação’ a mais para o magistrado que deverá justificar exaustivamente, antes de decretar a prisão preventiva, que esta é mais apropriada que as medidas cautelares do art. 319 do CPP” (ARAÚJO, 2012, p. 15).
- f) Motivação: a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada (art. 315).

O inciso II do art. 282 do CPP estabelece que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a adequação da medida à gravidade do crime. É matéria controvertida na doutrina a decretação da prisão preventiva sob o argumento da garantia da ordem pública, ou seja, tendo em vista a gravidade do crime, pois nenhuma prisão pode ser decretada com base nesse argumento se a motivação estiver desacompanhada de outro fundamento jurídico (art. 312 do CPP) (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 75 e 110). Para Führer (2011, p. 14), a prisão preventiva com base no mencionado inciso II contraria o princípio de inocência (art. 5º, LVII, da CF), pois a avaliação da gravidade do crime é um juízo de reprovação social e, além disso, a gravidade do crime pouco significa em termos de risco de cometimento de novos delitos.

Como espécie do gênero prisão preventiva, há, ainda, a prisão preventiva domiciliar, ou simplesmente prisão domiciliar, objeto do Capítulo V, do Título IX do

CPP. “Não se trata de medida cautelar alternativa à prisão, mas de uma forma especial de cumprimento da prisão preventiva” (FERNANDES, 2011, p. 212). O artigo 317 assim a define: “a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.

A prisão domiciliar é aplicável nos seguintes casos:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

## **2.2 Medidas cautelares diversas da prisão**

O Título IX do CPP, em seus art. 319 e 320, arrola dez medidas cautelares diversas da prisão. São elas:

### *2.2.1 Comparecimento periódico em juízo*

O comparecimento periódico em juízo é medida cautelar prevista no inciso I, do art. 319 do CPP, que define ser medida cautelar diversa da prisão o “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades”.

Trata-se de medida que visa a estabelecer um controle por parte do magistrado sobre as atividades desenvolvidas pelo acusado, levando-se também em conta o seu grau de participação e disponibilidade para atender ao fixado pelo juiz (TASSE; SANTOS, 2011, p.71).

Não foi opção da lei explicitar a periodicidade (diária, semanal, mensal, ou outra) de comparecimento em juízo. O artigo do CPP em análise deixou para o juiz a definição dos prazos e das condições de comparecimento, mas “deverá o

magistrado ter cautela na fixação de tais parâmetros, levando em conta, além das atividades profissionais, as condições financeiras, os meios de transporte, etc.” (NICOLITT, 2011, p. 83).

### *2.2.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares*

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares é medida cautelar prevista no inciso II, do art. 319 do CPP, que define ser medida cautelar diversa da prisão a “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”.

De modo a melhor esclarecer o sentido do texto da lei, transcrevemos, a seguir, o seguinte entendimento sobre o assunto:

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 (MARCÃO, 2011, p. 346).

A propósito da finalidade dessa medida, levanta-se relevante questionamento, pois, como se vê, “a doutrina associa a medida à prevenção de novas práticas delituosas e tal fato põe em causa a sua constitucionalidade, uma vez que afasta sua natureza cautelar, na medida em que não preserva o processo e sim a ordem pública” (NICOLITT, 2011, p. 84).

### *2.2.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada*

A proibição de manter contato com pessoa determinada é medida cautelar prevista no inciso III, do art. 319 do CPP, que define ser medida cautelar diversa da prisão a “proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por

circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante”.

Quanto à extensão do contato que possa ser mantido, tem-se entendido que “a proibição de manter contato é ampla, envolvendo o contato físico, telefônico, eletrônico etc.” (GOMES apud NICOLITT, 2011, p. 84). Ainda sobre isso, “os tribunais têm fixado distâncias que variam de 30 metros a um quilômetro. Importante nestes casos analisar o contexto e fatores como o tamanho da cidade, as relações dos envolvidos, as atividades profissionais etc.” (NICOLITT, 2011, p. 86).

#### *2.2.4 Proibição de ausentar-se da comarca*

A proibição de ausentar-se da comarca<sup>20</sup> é medida cautelar prevista no inciso IV, do art. 319 do CPP, que define ser medida cautelar diversa da prisão a “proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”.

Embora a lei não o diga expressamente, deve-se entender que a comarca se refira àquela em que resida o paciente (MARCÃO, 2011, p. 347).

#### *2.2.5 Recolhimento domiciliar*

O recolhimento domiciliar é medida cautelar prevista no inciso V, do art. 319 do CPP, que define ser medida cautelar diversa da prisão o “recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos”. Não se confunda recolhimento domiciliar com prisão domiciliar, que é outra medida cautelar, objeto do art. 317 do CPP e do subitem 2.1.3 deste estudo.

Quanto à extensão do sentido da palavra trabalho, “a medida é reservada a quem tenha domicílio certo e trabalho fixo, no que se pode incluir também o estudo (inciso V, parte final)” (NICOLITT, 2011, p. 87).

---

<sup>20</sup> Não se pode confundir município com comarca, pois esta pode ser formada por um ou mais municípios. Sobre isso, veja-se MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**: de acordo com a lei 12.403, de 4-5-2011. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 347.

Quanto à possibilidade de a medida ser aplicada a quem tenha residência<sup>21</sup> fixa, mas trabalhe no período noturno<sup>22</sup>, há entendimento, na doutrina, de que nesse caso a medida seria inaplicável, por ser medida excepcional, que deve ser interpretada restritivamente (BONFIM apud NICOLITT, 2011, p. 87). Nicolitt (2011, p. 88) entende de modo diverso, pois

a finalidade da medida é assegurar a permanência na residência durante o período de inatividade. As medidas cautelares como restrições de direitos fundamentais não podem ser interpretadas extensivamente para restringir ainda mais os direitos, mas não quando se dirijam em benefício do acusado.

#### 2.2.6 *Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira*

A suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira é medida cautelar prevista no inciso VI, do art. 319 do CPP, que define ser medida cautelar diversa da prisão a “suspensão do exercício de função pública ou de atividade financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”.

Esta medida cautelar visa impedir a prática de infrações penais, mas pode também ser utilizada para assegurar a investigação e a instrução criminal com a preservação de provas. É possível que, sob a perspectiva da prática do crime tipificado no art. 347 do CP (fraude processual), se aplique a medida cautelar em comento, buscando-se evitar o crime e, conseqüentemente, preservar a persecução penal (MARCÃO, 2011, p. 353).

Esclareça-se, por fim, que a imposição dessa medida cautelar não poderá ensejar prejuízo no recebimento de vencimentos (MARCÃO, 2011, p. 352).

---

<sup>21</sup> Domicílio é o lugar onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo e residência é o local ou espaço físico por ele habitado. Segundo o art. 71 do CC, se a pessoa tiver diversas residências, considerar-se-á seu domicílio qualquer delas. Idem, p. 348.

<sup>22</sup> Período noturno é aquele compreendido entre as 18 horas de um dia e as 6 horas da manhã do dia seguinte. Idem, ibidem.

### 2.2.7 Internação provisória do inimputável ou semi-imputável

A internação provisória do inimputável<sup>23</sup> ou semi-imputável<sup>24</sup> é medida cautelar prevista no inciso VII, do art. 319 do CPP, que define ser medida cautelar diversa da prisão a “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”.

No entendimento de Marcão (2011, p. 352), “ao contrário das demais reguladas no art. 319, é medida cautelar *privativa de liberdade*” e “não tem por objetivo preservar a idoneidade da prova, mas evitar a reiteração delitiva”.

Ainda segundo Marcão (2011, p. 353) “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”.

### 2.2.8 Fiança

O inciso VIII, do art. 319 do CPP, define ser medida cautelar diversa da prisão a “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”. Contudo, o Código de Processo Penal não menciona quais são os crimes afiançáveis, expondo apenas os inafiançáveis, do que se conclui serem afiançáveis todos os crimes que não constam do rol dos inafiançáveis (CAPOBIANCO, 2010, p. 337).

Diz-se que “a fiança serve como uma caução ao Estado de que ‘não valerá a pena’ ao réu fugir ou não colaborar com o processo, vez que perderá uma parte do

---

<sup>23</sup> O CP, em seu art. 26, estabelece o seguinte: “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”.

<sup>24</sup> O CP, no parágrafo único do art. 26, estabelece o seguinte: “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”.

seu patrimônio proporcional à gravidade do delito e aos seus bens” (ARAÚJO, 2011, p. 21).

Conforme o art. 323 do CPP, não se concede fiança nos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, nos definidos como crimes hediondos nem nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Conforme o art. 324 do CPP, também não se concede fiança 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 do CPP, nem em caso de prisão civil ou militar ou quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

A propósito, diferentemente do que sugere o senso comum, deve-se lembrar do seguinte:

Na verdade, não é certo que a inafiançabilidade constitua uma desvantagem para o criminoso, porquanto nos crimes inafiançáveis é possível a concessão de liberdade provisória sem qualquer depósito, ao passo que nos afiançáveis a liberdade geralmente dependerá do recolhimento da fiança (FÜHRER, 2011, p. 39).

A fiança pode ser concedida em qualquer fase da persecução penal, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória (art. 334 do CPP). Todavia, há limitações que precisam ser levadas em conta, conforme segue:

A fiança libertadora da prisão em flagrante, a rigor, só terá cabimento dentro do período que medeia a lavratura do auto de prisão em flagrante e a comunicação ao juiz competente.

É preciso distinguir, portanto, a fiança que está vinculada ao instituto da liberdade provisória, que se segue à prisão em flagrante, da fiança regida no art. 319, VIII, do CPP, embora ambas estejam moldadas pelos arts. 322 e seguintes, na essência, a aplicação de cada uma tem fundamento de fato e de direito distintos (MARCÃO, 2011, p. 354).

No caso de infração penal cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, a competência para concessão de fiança é da autoridade policial e, nos demais casos, a fiança deverá ser requerida ao juiz, que deverá decidir em quarenta e oito horas (CPP, art. 322, *caput*, e parágrafo único).

Os limites do valor da fiança estão contidos no art. 325 do CPP, podendo ser dispensada ou variar de um terço do salário mínimo (art. 325, inciso I, c/c § 3º, inciso II) a duzentos mil salários mínimos (art. 325, inciso II, c/c § 3º, inciso III), conforme a situação econômica do preso (art. 325, § 1º). Para determinar o valor da fiança a autoridade deve, conforme art. 326 do CPP, levar em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo até o julgamento final.

Segundo o art. 327 do CPP, o afiançado deverá comparecer perante a autoridade todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento, sob pena de a fiança ser considerada quebrada. Conforme o art. 328 do CPP, o quebramento da fiança também se dá na hipótese de mudança de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou de ausência do afiançado por mais de oito dias da sua residência, sem que seja comunicado o local onde será encontrado à autoridade mencionada; ou, ainda, conforme art. 341, nos seguintes casos, quando o acusado:

- I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;
- II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
- IV – resistir injustificadamente a ordem judicial;
- V – praticar nova infração penal dolosa.

O quebramento injustificado da fiança leva à perda de metade do seu valor, conforme art. 343 do CPP, e a não apresentação do acusado condenado para o início do cumprimento da pena resulta no perdimento do seu valor total (art. 344). Ressalte-se que, conforme art. 336, a fiança servirá para pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. Se for absolvido, se a fiança for declarada sem efeito ou se for declarada extinta a ação penal, o valor da fiança lhe será restituído, atualizado e sem desconto, a não ser no caso de prescrição ocorrida depois do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 337 c/c 336).

Por último, para uma compreensão final acerca do instituto da fiança, destacamos, frente aos dispositivos do CPP revogados pela Lei nº 12.403/2011, as alterações e avanços havidos com a nova lei nessa matéria, conforme Cruz (2011, p. 158-9):

- a) Salvo nos casos de crime de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e de crimes definidos como hediondos e em casos de ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (conforme art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da CF); a fiança passa a ser aplicada a quaisquer crimes, independentemente de sua gravidade;
- b) Conforme art. 319 do CPP a fiança passa a ser uma medida cautelar que pode ser aplicada cumulativamente com as demais medidas desse artigo;
- c) A autoridade policial passa a deter maior poder de decidir sobre a liberdade de quem é preso em flagrante, podendo arbitrar fiança nos casos de crimes cujas penas privativas de liberdade máximas são inferiores a quatro anos;
- d) O valor da fiança volta a ter como referência o salário mínimo;
- e) O juiz passa a ter maior flexibilidade na concessão de fiança, podendo aumentá-la (até mil vezes) ou diminuí-la (até dois terços), de acordo com a situação econômica do preso;
- f) A fiança não mais se destina a apenas substituir a prisão em flagrante, pois, como medida cautelar, ela pode ser imposta ao indiciado ou acusado que esteja em liberdade;
- g) A instituição da previsão de quebração da fiança, dos fatos que a motivam e de suas consequências.

### *2.2.9 Monitoração eletrônica*

A monitoração eletrônica é medida cautelar prevista no inciso IX, do art. 319 do CPP, que a define como medida cautelar diversa da prisão.

Essa medida cautelar “consiste em fiscalizar ou monitorar aqueles que [...] são submetidos a medida cautelar de monitoramento eletrônico, mediante o uso de equipamentos tecnológicos que permitem que se saiba a exata localização em que o indivíduo se encontra”. (MINAGÉ, 2011, p. 111).

Ainda segundo Minagé (2011, p. 111), há três formas de monitoramento eletrônico classificadas pela doutrina:

- a) Sistema passivo: os pacientes da medida cautelar são periodicamente acionados por meio de telefone ou *paggers*, para que se saiba se estão onde deveriam. Sua identificação se dá por meio de senhas ou biometria (impressão digital, mapeamento da íris ou reconhecimento de voz);
- b) Sistema ativo: o dispositivo é instalado (por exemplo, na casa do paciente) e de lá transmite um sinal para uma central de monitoramento. Se o paciente se afastar desse local além da distância previamente estabelecida, a central é acionada.
- c) Sistema de Posicionamento Global (GPS): o equipamento fornece as coordenadas geográficas da localização do paciente. Pode ser usado tanto da forma ativa quanto passiva.

O dispositivo legal objeto deste subitem é bastante lacônico, limitando-se a incluir no rol das medidas diversas da prisão a monitoração eletrônica. Corroborando essa constatação, trazendo alguns esclarecimentos adicionais, o seguinte registro:

[...] a Lei nº 12.403/2011, além de não exigir o consentimento, não traz nenhum delineamento sobre o uso do equipamento e a aplicação da medida. Não obstante, ao menos a preocupação com a ostensividade e com a integridade física deve ser observada na aplicação da medida, em decorrência direta dos princípios constitucionais, destacadamente a dignidade humana (NICOLITT, 2011, p.99).

#### 2.2.10 Proibição de ausentar-se do país

A proibição de ausentar-se do país é medida cautelar prevista no art. 320 do CPP, que a define do seguinte modo: “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”. Embora a lei não a inclua explicitamente no rol das medidas cautelares diversas da prisão, não há dúvida, dada a sua própria definição, quanto a ela também integrar esse conjunto.

Quanto ao prazo para entrega do passaporte, vale destacar o seguinte:

Não obstante a lei deixe de prever qualquer punição quanto ao descumprimento do referido prazo, entendemos que eventual atraso ou descumprimento, salvo quando motivadamente explicitado, acarretará a revogação da referida medida e, quando insubstituível por outra, a automática decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único, do CPP (BONFIM, 2011, p. 147).

Diferentemente do que ocorre com a medida cautelar de proibição de ausentar-se da comarca, a medida deste subitem não está associada claramente à garantia da investigação ou da instrução criminal, mas, sim, atrelada à aplicação da lei penal (NICOLITT, 2011, p. 87).

#### 2.2.11 *Liberdade provisória*

Embora, na Lei 12.403/2011, a liberdade provisória não integre o Capítulo V do Título IX, que trata das outras medidas cautelares, nem tampouco conste do rol das medidas cautelares diversas da prisão constante do art. 319, ela é também medida provisória (FERNANDES, 2011, p. 236). Corroborados por Lima (2011, p. 426, 429 e 435), sobre isso cabem, contudo, alguns esclarecimentos, conforme segue:

A liberdade provisória tem natureza cautelar, quando concedida mediante fiança ou cumulada com qualquer outra medida cautelar (art. 321, parte final, do CPP), ou ainda, quando não cumulada, estiver vinculada a obrigações como a de comparecer aos atos do processo (art. 310, parágrafo único, CPP) ou não mudar de endereço (art. 350 c/c art. 328 do CPP). Não obstante, a liberdade provisória sem fiança e sem vinculação tem natureza de liberdade plena, produzindo os mesmos efeitos decorrentes do relaxamento da prisão e da revogação da prisão preventiva (NICOLITT, 2011, p.51).

A liberdade provisória está prevista no inciso LXVI, do art. 5º, da CF, nos seguintes termos: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Está prevista também no art. 321 do CPP, do seguinte modo: “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”.

A liberdade provisória pode ser concedida com ou sem fiança. Da fiança, discorre o subitem 2.2.8 deste estudo. Por outro lado, as possibilidades de liberdade provisória sem fiança, apesar de ela ser cabível dada a infração cometida, estão previstas no art. 350 (situação econômica do preso não o permite pagar a fiança) e no art. 310 do CPP (caso de antijuridicidade). Desses dispositivos, extraem-se três espécies de liberdade provisória (GOMES; MARQUES, 2011, p.193):

- a) Liberdade provisória sem medida cautelar diversa da prisão, mas vinculada: Aplica-se quando se verifica a ocorrência de excludente de ilicitude, conforme art. 310, parágrafo único, do CPP (este seria caso de relaxamento de prisão, ao invés de concessão de liberdade provisória);
- b) Liberdade provisória sem fiança, mas vinculada e com possibilidade de outra medida cautelar diversa da prisão: Aplica-se quando a infração é afiançável, mas o afiançado não pode pagá-la, conforme art. 350 do CPP.
- c) Liberdade provisória com ou sem medida cautelar diversa da prisão: Aplica-se quando não estiverem presentes os motivos ensejadores da prisão preventiva (art. 310, III c/c art. 321 do CPP). No caso de liberdade provisória sem medida cautelar haverá uma liberdade provisória desvinculada do compromisso de comparecer aos atos processuais.

A liberdade provisória e o relaxamento da prisão são institutos que apresentam similaridades. Do seu confronto torna-se possível melhor compreender o sentido da cautelar em exame, conforme texto que transcrevemos a seguir:

No relaxamento, existem vícios de forma e substância na autuação do flagrante, tornando-se ilegal a custódia, sendo de rigor a concessão da liberdade ao preso. Na liberdade provisória, os motivos da prisão existem, mas a lei permite e até ordena seja substituída por uma situação menos onerosa ao réu (contracautela), ou seja, a liberdade é concedida em substituição à prisão, devendo o beneficiário submeter-se a certas condições previamente definidas em lei [...] (FREITAS, 2004, p. 66).

### **2.3 Aplicabilidade**

Segundo o art. 283, § 1º, do Título IX do CPP, “As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.” Desse modo, as medidas cautelares “não merecem aplicação nos crimes a que a lei atribua meras penas restritivas de direitos ou multa, aplicada isoladamente” (BONFIM, 2011, p.113), mas cabem nos casos de “crimes culposos e crimes a que a lei preveja a possibilidade de substituição da pena” (CRUZ, 2011, p. 144).

No caso de infrações cometidas por inimputável ou semi-imputável, aplica-se medida cautelar apenas se, além dos requisitos acima expostos, tiver havido a prática de violência ou grave ameaça. Ademais, a medida cautelar de fiança não se aplica aos casos previstos nos arts. 323 e 324 do CPP (art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da CF).

### **2.4 Momento para proposição e aplicação de medidas cautelares**

O momento para aplicação de medidas cautelares já foi tratado no subitem 1.4.1. Lá verificamos que as medidas cautelares podem ser aplicadas tanto na fase de investigação criminal quanto na de instrução criminal (processo penal propriamente dito), desde que observados princípios e normas que lhes assegurem aderência ao devido processo legal. Dada a acessoriedade (subitem 1.3) das medidas cautelares, elas jamais poderão ser aplicadas fora do âmbito da persecução penal.

No que diz respeito à prisão preventiva, deve-se destacar o § 2º do art. 283 do CPP, que estabelece o seguinte: “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”. O art. 5º, inciso XI, da CF, por sua vez, estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Portanto, o momento de aplicação da medida cautelar de

prisão deve observar essas restrições, não podendo realizar-se a qualquer momento.

## **2.5 Requerimento, representação e decretação**

O art. 282, § 2º, do CPP, estabelece que “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”.

Verifica-se que as medidas cautelares são sempre decretadas pelo juiz, independentemente de quem as requeira. Na fase processual (ou judicial) da persecução penal, o juiz poderá decretar medidas cautelares de ofício, mas não poderá fazê-lo na fase extraprocessual, pelas seguintes razões:

É inconstitucional a decretação de medidas cautelares “de ofício” na fase pré-processual. Essa iniciativa vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual (GOMES, 2011, p. 68).

Verifica-se, ademais, que as medidas cautelares podem decorrer de requerimento e de representação. O requerimento cabe na fase processual da persecução penal e pode ser apresentado pelas partes, ou seja, “pelo MP ou, se tratando de ação privada, também pelo querelante” (MENDONÇA, 2011, p. 61). O requerimento cabe também na fase extraprocessual, mas, neste caso, é apresentado pela autoridade policial ou pelo MP. A representação, por outro lado, cabe apenas na fase extraprocessual e deve ser formulada pela autoridade policial.

O art. 311 do CPP faz menção explícita também à possibilidade de o assistente requerer prisão preventiva. Sobre isso, vale ressaltar o seguinte:

Podem figurar como assistente da acusação no processo penal: a vítima, seu representante legal ou, no caso de morte, qualquer das pessoas indicadas no art. 31 do CPP (v. arts. 268 a 273 do CPP). Até a reforma processual penal introduzida com a Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, o

assistente não se encontrava legitimado a requerer prisão preventiva. Agora está. [...] Necessário notar que a atuação do assistente ocorrerá, em regra, no curso do processo penal, e não na fase de investigação (MARCÃO, 2011, p.128-9).

Todavia, restam ainda, até aqui, dúvidas sobre a possibilidade de que o requerimento abranja também outras medidas cautelares. A propósito, destacamos o seguinte:

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, 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. Ademais, embora a lei não mencione a vítima, na ação penal privada, também poderá solicitar as medidas cautelares na fase de investigações (não como assistente, porque na fase de investigações ainda não há a possibilidade de sua habilitação, somente passível na fase judicial) (MENDONÇA, 2011, p. 61-2).

## 2.6 Direitos potencialmente lesionados ou ameaçados

Segundo o § 1º do art. 282 do CPP, “as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente”. Arrolamos, no subitem 2.2 deste estudo, dez diferentes medidas cautelares. Teoricamente, em se tomando por referência a permissão do mencionado dispositivo legal, teríamos 45 possibilidades<sup>25</sup> de agrupamento dessas medidas, que, agregadas às duas do subitem 2.1, que não combinam com as demais, totalizariam 47 possibilidades. Se cruzarmos essas possibilidades apenas com os dez princípios constitucionais que as informam, constantes do subitem 1.4, teríamos 470 combinações<sup>26</sup>. Se cruzássemos essas combinações também com os dispositivos do Título IX do CPP, os números seriam imensamente maiores. Desse modo, não pretendemos esgotar as possibilidades matemáticas teóricas e práticas de ocorrência de oportunidade de ataque pela

---

<sup>25</sup>  $C_{10,2} = 10! / 2!(10-2)!$

<sup>26</sup>  $57 \times 10$

defesa de inobservância de regras e princípios que regem as medidas cautelares. Arrolaremos, a seguir, apenas casos que despontam na bibliografia pesquisada com maior proeminência.

Destarte, em se tomando por referência o texto da Lei Nº 12.403/2011, podem ser identificados casos, a seguir detalhados, de inobservância dos preceitos dessa lei, que podem ensejar medidas judiciais por parte da defesa por meio dos instrumentos processuais penais aplicáveis indicados no item 3 deste estudo.

Dada a sua relevância no contexto geral da matéria em estudo, arrolamos, em primeiro lugar, a hipótese de violação do princípio da proporcionalidade. O art. 282 do Título IX, da Lei nº 12.403/2011, estabelece que as medidas cautelares previstas nesse título devam 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”. Desse enunciado, extraem-se três elementos normativos cujas ausências ou imperfeições quando da aplicação da lei ao caso concreto podem ensejar medidas judiciais: a) necessidade para aplicação da lei penal; b) necessidade para a investigação ou a instrução criminal; e c) nos casos expressamente previstos, necessidade para evitar a prática de infrações penais.

Mencionado dispositivo explicita o subprincípio da necessidade, elemento do princípio da proporcionalidade, abordados no subitem 1.4.4. Dessarte, a aplicação de medidas cautelares não pode deixar de ter em vista a sua necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal<sup>27</sup> e para que se evite a prática de infrações penais. Mas, a aplicação desse princípio (o da motivação da decisão, tratado no subitem 1.4.6 deste trabalho), remete a outro, conforme segue:

A crítica que se faz a esse princípio diz respeito à sua subjetividade (que poderia dar ensejo a muita insegurança jurídica). Na

---

<sup>27</sup> Segundo NUNES, Pedro dos Reis. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 12.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. p. 506, a instrução criminal corresponde a uma “série de atos e outras medidas pelas quais o juiz reúne elementos da infração penal e da culpabilidade ou não culpabilidade do indiciado. Concretiza-se pelo depoimento do réu e das testemunhas, pela realização de diligências e produção de provas e documentos, exames periciais, acusação e defesa”. Refere-se, portanto, à fase processual da persecução penal.

verdade, o fundamental é que o juiz apresente as razões da sua decisão, visto que é por meio delas que se pode fazer o controle do seu ato (inclusive o que julga outro ato como não razoável) (GOMES, 2011, p. 42).

Na última parte do dispositivo em análise (alínea “c”), encontra-se o que se chama também de requisito de garantia da ordem pública, que busca neutralizar o risco de reiteração criminosa (MENDONÇA, 2011, p. 33). Esse requisito, que expressa a finalidade de prevenção especial<sup>28</sup> da cautelar, está contido na expressão “nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”. De sua leitura surge, contudo, inevitavelmente, a pergunta: nos casos expressamente previstos onde? Sobre isso, deve-se esclarecer o seguinte:

Parece-nos que a intenção do legislador era restringir a prisão preventiva apenas para os casos expressamente previstos na redação inicial do art. 312. Isto porque, pela redação originária do Projeto 4.208/2001, o art. 312 passaria a ter a seguinte redação: “se ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado (...) venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”. Ou seja, pela redação originária do projeto, somente seria possível a decretação da prisão preventiva nestes crimes expressamente indicados e por isto a restrição à imposição da medida “nos casos expressamente previstos”. Porém, a redação que ao final foi aprovada do art. 312 foi diversa, mas se esqueceu de retirar a expressão do art. 282, inc. I. Portanto, deve-se desconsiderar a referida expressão, pois destituída de qualquer finalidade ou eficácia (MENDONÇA, 2011, p. 33).

Portanto, no caso de decretação de qualquer medida cautelar sem que se demonstre fundamentadamente que a sua necessidade se enquadra em uma das três alternativas do inciso em comento, ter-se-ia uma ilegalidade. Trata-se de violação do princípio da proporcionalidade, o que gera a nulidade do ato praticado, que, por sua vez, não gera efeitos jurídicos, ensejando a interposição do recurso cabível (BONFIM, 2011, p. 37-8).

O § 1º, do art. 282, do Título IX, da Lei nº 12.403/2011, estabelece que “as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente”. Desse

<sup>28</sup> De acordo com FERNANDES, Og (Coord.). et al. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à lei 12.403, de 04.05.2011.** São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2011. p. 41, “O legislador inovou, no entanto, ao arrolar, como motivo que pode autorizar a imposição de medidas cautelares, a necessidade de evitar a prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos. Consagra-se, assim, a finalidade de *prevenção especial* que pode ser atribuída à cautela, a respeito da qual já ficou ressaltada a incompatibilidade com a presunção de inocência [...]”

enunciado, extraem-se dois elementos normativos cujas ausências ou imperfeições quando da aplicação da lei ao caso concreto podem ensejar medidas judiciais: a) aplicação isolada ou b) aplicação cumulativa das medidas cautelares previstas no mencionado título.

Importante lembrar que, para a aplicação de qualquer medida cautelar devem ser observadas a sua necessidade e adequação. Por isso, “no caso de aplicação cumulativa de medidas de restrição, cada uma delas deverá ter sua própria justificação na decisão que a impuser, demonstrando o magistrado a sua necessidade e adequação para atingir o fim colimado” (FERNANDES, 2011, p. 44).

Prosseguindo, identificamos, também, a hipótese de inobservância do contraditório sem caracterização de urgência. O § 3º, do art. 282, do Título IX, da Lei nº 12.403/2011, estabelece que “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”. Desse enunciado extraem-se três elementos normativos cujas ausências ou imperfeições quando da aplicação da lei ao caso concreto podem ensejar medidas judiciais: a) ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida; b) o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária; c) a intimação da parte contrária será acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

A respeito disso, vale destacar o seguinte entendimento:

Caso o pleito cautelar deduzido pela acusação seja apreciado e **deferido** liminarmente pelo juiz, sem indicação da urgência ou do perigo de ineficácia da medida, caberá *habeas corpus* ao Tribunal competente postulando a **nulidade absoluta** do respectivo provimento jurisdicional por ofensa ao **contraditório e à ampla defesa** (art. 5º, LV da CRFB/88 c/c art. 282, § 3º do CPP) (SANTOS, 2011, p. 17).

Mais ainda, identificamos a hipótese de prisão em flagrante ilegal não relaxada. O inciso I, do art. 310, do Título IX, da Lei nº 12.403/2011, estabelece que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente “relaxar a prisão ilegal”, providência prevista também no art. 5º, LXV, da CF.

Mas o que é prisão em flagrante ilegal? É aquela que pode apresentar duas espécies de vícios: uma material<sup>29</sup>, que ocorre com a não configuração de situação de flagrante prevista no art. 302 do CPP; e outra formal, que ocorre quando o auto de prisão em flagrante não for elaborado de acordo com os arts. 304 e seguintes do CPP (não observância de formalidade essencial) (MESSA, 2012, p. 103-4).

São exemplos de vícios formais a falta de informação ao preso quanto ao seu direito de ficar calado, falta de interrogatório do preso, sem consignação dos motivos; inversão na ordem de tomada de depoimentos e interrogatório, entre outros; e são exemplos de vício material, ou de conteúdo, a falta de estado de flagrância, a atipicidade de conduta, falta de início de execução do crime, falta de vínculo psicológico em relação à conduta do agente, crime impossível, flagrante preparado, insignificância jurídica<sup>30</sup>, falta de prova de materialidade<sup>31</sup> e indício de autoria da infração penal, delito de pequeno potencial ofensivo (SILVA, 2011, p. 284-292). Também não cabe prisão em flagrante para os casos de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), ainda que o agente se recuse a comparecer ao Juizado, vez que para o delito não cabe pena privativa de liberdade,

---

<sup>29</sup> Denominado também de vício de conteúdo. Sobre isso, veja-se SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 285.

<sup>30</sup> Sobre isso, é oportuno registrar o seguinte entendimento jurisprudencial: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES. EXCEPCIONALIDADE DA SÚMULA Nº 671 STF. INEXISTENCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal tem admitido, em sua jurisprudência, a impetração de ação de *habeas corpus*, quando, excepcionalmente, se comprovar flagrante ilegalidade, devidamente demonstrada nos autos, a recomendar o temperamento na aplicação da súmula. 2. A tentativa de furto de tubos de pasta dental e barras de chocolate, avaliados em trinta e três reais, não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. 3. Este Supremo Tribunal tem decidido pela aplicação do princípio da insignificância, quando o bem lesado não interesse ao direito penal, havendo de serem considerados apenas aspectos objetivos do fato, que deve ser tratado noutros campos do direito ou, mesmo, das respostas sociais, não jurídico-penais, o que não se repete em outros casos, quando se comprova que o bem jurídico a ser resguardado impõe a aplicação da lei penal, notadamente considerando-se os padrões sócio-econômicos do Brasil. Precedentes. 4. Ordem concedida. (HC 106068/MG – Minas Gerais, Relatora Min. CÁRMEM Lúcia, Primeira Turma, Julgamento: 14/06/2011, Publicação: DJe-150 DIVULG 04-08-2011 PUBLIC 05-08-2011.)

<sup>31</sup> Conforme MESSA, Ana Flávia. **Prática penal para exame da OAB**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.119, “a materialidade do crime é comprovada com a enumeração de cada elemento do crime, ou seja, seu tipo objetivo, seu tipo subjetivo, sua consumação ou tentativa, seu objeto e seu sujeito”.

mas somente advertência sobre os efeitos das drogas etc.; nem para o caso de acidente de trânsito com vítima em que o condutor do veículo preste integral socorro a ela, situação em que sequer será exigida fiança (LIMA, 2011, p. 467).

Contra prisão ilegal não relaxada pelo juiz ou, por hipótese teórica, sequer convertida em preventiva, cabe pedido de relaxamento da prisão em flagrante (subitem 3.1) ou *habeas corpus* (subitem 3.7) (MESSA, 2012, p. 104).

Outra hipótese identificada diz respeito a decisão relativa a cautelar sem fundamentação. O inciso II, do art. 310, do Título IX, da Lei nº 12.403/2011, estabelece que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente “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”. Desse enunciado, extraem-se dois elementos normativos cujas ausências ou imperfeições quando da aplicação da lei ao caso concreto podem ensejar medidas judiciais: a) conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código (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 indícios suficientes de autoria); e b) conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, que são aquelas previstas no art. 319, 320 e 321 do CPP.

Este dispositivo estabelece as duas situações em que deve haver a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Portanto, a conversão sem que se observem essas situações condicionantes caracteriza prisão ilegal, passível de ataque por meio de *habeas corpus*, por se tratar de restrição à liberdade de ir e vir. Note-se que, pelo princípio da fundamentação da decisão (subitem 1.4.6) e pelas exigências do art. 315 do CPP, as razões que levaram o juiz a decidir pela conversão e não pelo relaxamento ou aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão devem ser por ele explicitadas.

Cabe também pedido de revogação da prisão preventiva, conforme previsto no art. 316, se, no caso de sua decretação, verificar-se que não subsistem os motivos para tanto apresentados na decisão (MESSA, 2012, p. 104). Não cabe pedido de relaxamento de prisão em flagrante porque, nesse momento, a prisão em flagrante já não mais existiria, tendo sido convertida em preventiva.

Se ao receber o auto de prisão em flagrante o juiz converter a prisão em preventiva, negar a fiança ou não conceder a liberdade provisória sem fundamentação, terá praticado ato ilegal que gera constrangimento ilegal que pode ser atacado por meio de *habeas corpus* (OLIVEIRA; DIAS, 2012, p. 51).

Ademais, “o processo sem vícios representa proteção do ordenamento jurídico, das partes e do próprio convencimento judicial na busca da verdade dos fatos” (MESSA, 2012, p. 116).

No Título IX do CPP, há previsão de fundamentação das decisões judiciais nos seguintes dispositivos:

- a) “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, [,,,]”;
- b) “Art. 290, § 2º Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar [...];
- c) Art. 304, § 1º Resultando das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto [...]
- d) “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:”;
- e) “Art. 310. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, [...]”;

O excesso de prazo é mais uma hipótese de inobservância de regras e princípios que regem as medidas cautelares que se soma às demais. Conforme art.

10 do CPP, o prazo para término do inquérito policial, pela polícia civil, com indiciado preso (prisão temporária ou preventiva), é de dez dias. Na polícia federal, o prazo é de quinze dias, prorrogáveis por mais quinze, conforme art. 66 da Lei nº 5.010/66. Nos casos de crimes de tóxicos, o prazo, conforme art. 51, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, é de trinta dias, podendo ser prorrogado por igual período. Nesse último caso, o prazo é o mesmo tanto para inquérito da polícia civil quanto da polícia federal.

Superados esses prazos, não concluído o inquérito e mantida a prisão, ter-se-ia constrangimento ilegal, que é caso de relaxamento da prisão, não sendo também nesta hipótese possível a decretação de nova prisão preventiva (SILVA, 2011, p. 291).

Afora essas considerações, que tratam de prazo de inquérito policial, não há, na legislação processual penal, prazo para a duração de prisão preventiva. Na verdade, não há um prazo único e inflexível para o encerramento do processo, que pode variar de acordo com as peculiaridades de cada caso. Tem-se considerado que o excesso de prazo, que pode caracterizar constrangimento ilegal e, conseqüentemente, pedido de relaxamento de prisão, é medida excepcional que somente se caracteriza nas seguintes hipóteses: a) mora processual decorrente de diligências suscitadas exclusivamente pela acusação; b) mora processual decorrente da inércia do judiciário; e c) mora processual incompatível com o princípio da razoabilidade, portanto abusiva, desarrazoada, desproporcional. (LIMA, 2011, p.287-306).

Nicolitt (2011, p. 26 e 28), defendendo a ideia de que a duração razoável do processo deva ser determinada no caso concreto, segundo parâmetros e critérios legais, não sendo possível a sua fixação abstrata, apresenta, contudo, como prazo máximo para o afastamento de função (art. 319, VI do CPP), 60 dias, prorrogáveis por mais 60 (art. 147 da Lei nº 8.112/1990); para comparecimento periódico e outras medidas similares (art. 319, I, II, III e IV, do CPP), dois anos (art. 89 da Lei nº 9.099/1995); e para monitoramento eletrônico, os mesmos prazos da prisão cautelar, que seriam os seguintes:

- processo sem complexidade, no rito ordinário: 92 dias;

- processo complexo, no rito ordinário: 187 dias;
- processo sem complexidade, no rito sumário: 62 dias;
- processo complexo, no rito sumário: 157 dias;

Por fim, registre-se, a propósito, que o relaxamento da prisão independe da natureza da infração penal quando há excesso de prazo. O conteúdo da Súmula 697 do STF é bastante esclarecedor quanto a isso: “a proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo” (LIMA, 2011, p.427).

Outra hipótese que deve ser levada em conta é a de não fixação de fiança quando ela é cabível. O art. 322 do CPP estabelece que: “a autoridade policial somente poderá conceder a fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”.

Portanto, é possível o pedido de liberdade provisória e também o ajuizamento de *habeas corpus*, se a autoridade policial não fixar a fiança para a liberdade provisória nos casos em que ela couber (OLIVEIRA; DIAS, 2012, p. 49). É exemplo disso o seguinte caso concreto:

*HABEAS CORPUS. FIANÇA. PRESTAÇÃO A QUALQUER TEMPO, ENQUANTO NÃO TRANSITAR EM JULGADO A DECISÃO CONDENATÓRIA (C. PR. PEN. ART-334): IRRELEVÂNCIA DA INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS CONTRA ELA CABÍVEIS E DE PRISÃO DELE DECORRENTE CONSTITUIR EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO.* Ordem concedida para que a autoridade apontada como coatora arbitre a fiança ao ora paciente, o qual deverá aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória em liberdade provisória. (*Habeas corpus* nº 698020732, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 05/03/1998).

Caso a autoridade policial não conceda a fiança, nada impede que o juiz o faça, valendo-se do art. 335 do CPP. Ao invés de impetrar *habeas corpus* com base no art. 648, inciso V, do CPP, poderá o preso ou terceiro prestar fiança por simples petição dirigida ao juiz competente. Caso também o juiz se recuse a conceder a fiança, apesar de o recurso em sentido estrito ser o meio processual aplicável (art. 581, inciso V, do CPP), o *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal competente é mais célere. (LIMA, 2011, p. 447-8).

A isso, acrescentamos, também, a hipótese de não dispensa de fiança apesar de cabível. A dispensa da fiança é um direito do beneficiário e não uma discricionariedade do juiz, pois, conforme o inciso I, do § 1º, do art. 325 do CPP, a fiança poderá ser dispensada se assim recomendar a situação econômica do preso, sujeitando-o, contudo, às obrigações dos arts. 327 e 328 do CPP e a outras medidas cautelares, se for o caso (LIMA, 2011, p. 463). Deixar de dispensá-la nessa situação é, portanto, motivo de *habeas corpus*, conforme o seguinte posicionamento jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. PENAL. FIANÇA. RÉU  
COMPROVADAMENTE POBRE. CONCESSÃO DA ORDEM.  
UNANIMIDADE. 1. Diante dos Elementos da prova contidos nos autos, afigura-se impossível que o paciente, na condição de aposentado do INSS, analfabeto, efetue o pagamento da fiança estipulada no valor de R\$ 930,00 (novecentos e trinta reais) sem que isto lhe acarrete injusto e ilegal estorvo ao seu sustento e ao de sua família. Assim, com fulcro no art. 350 do CPP, é mister a concessão do *writ*. 2. Concessão da ordem de *Habeas corpus*. 3. Unanimidade. (TJ/PE; HC 0195528-2; Jaboatão dos Guararapes; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Gustavo Augusto Rodrigues de Lima; Julg. 29/09/2009; DEOPE 17/10/2009).

Há, ainda, a hipótese de não revogação da prisão preventiva apesar de cabível. Conforme o art. 316 do CPP, “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Portanto, dada a característica de provisoriedade da prisão preventiva, extintos os motivos que a sustentavam, deve ser ela revogada.

Se, nessas circunstâncias, já formulado o pedido de revogação da cautelar, ainda assim não se a obtém, resta lembrar o seguinte: “A decisão que deixa de revogar a preventiva equivale à decisão que a decreta. Não há recurso específico para combatê-la. Contudo, como dessa decisão pode decorrer constrangimento ilegal, é assegurada a via do *habeas corpus* (CPP, art. 648, I)” (MUCCIO, 2011, p. 1199).

Por fim, embora não o menos importante nem o último, pois não é nossa pretensão, como já anunciamos no início deste subitem, esgotar a questão,

apresentamos a hipótese de não segregação de preso provisório. O art. 300 do CPP estabelece que “as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal”. O texto é impositivo quanto à necessidade de segregação dos presos segundo a natureza da prisão a que se sujeitem. “Propositadamente foi suprimida a expressão ‘sempre que possível’, para indicar que o desrespeito à ordem legal de separação poderá caracterizar constrangimento ilegal” (FÜHRER, 2011, p. 23).

Nicolitt (2011, p. 82) corrobora esse entendimento, acrescentando que, na falta de condições materiais para a segregação exigida pelo dispositivo legal referido, a prisão deve ser substituída por outra medida ou mesmo relaxada. Assim, seria aplicável, conforme a conveniência de cada caso, diante da prisão ilegal em comento, pedido de substituição de medida cautelar, pedido de relaxamento de prisão ou mesmo *habeas corpus*.

### 3 MEIOS DE DEFESA PARA MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DA LEI 12.403/2011

É requisito das medidas cautelares (subitem 1.2) o *periculum libertatis*, corolário do *periculum in mora*. Portanto, as medidas cautelares são adotadas em situações em que o tempo é fator preponderante. Não se pode demorar. Embora as medidas cautelares tenham caráter urgente, elas não podem ser concedidas nem executadas de qualquer maneira. Elas devem sujeitar-se a princípios e regras que, de um lado, são obrigações do Estado e, do outro, são direitos do paciente dessas medidas.

Como “[...] a toda violação de um direito responde uma ação<sup>[32]</sup> correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue” (MORAES, 2004, p. 292), para cada inobservância, por parte do Estado, de princípio ou regra, na concessão ou execução de medida cautelar, deve haver, portanto, um meio que materialize a ação.

Nesse ambiente de urgência, cabe ao advogado de defesa fazer valerem os direitos do seu cliente. As medidas cautelares não raro são aplicadas nos momentos mais inesperados, a qualquer hora do dia ou da noite, exigindo do advogado pronta capacidade de mobilizar os meios processuais que o ordenamento jurídico lhe oferece para curar o direito ferido ou aliviar as suas consequências.

Assim como na medicina não há um único remédio para todos os males, também no Direito não há uma única medida processual que isoladamente repare ou proteja todos os direitos lesionados ou ameaçados. Conforme já abordamos no subitem 1.1, não há um processo penal cautelar. Por isso, as decisões proferidas em sede cautelar são, em geral<sup>33</sup>, sempre decisões interlocutórias, contra as quais,

---

<sup>32</sup> Vale destacar que, segundo GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 94, “o direito de ação, no que concerne ao réu, traduz-se em direito de defesa [...]. Por isso que se diz que o direito de ação é um direito subjetivo (de cada um) público, que se exerce contra o Estado, do qual se exige uma decisão sobre uma pretensão”

<sup>33</sup> Há uma exceção que é a decretação de medida cautelar em sentença condenatória recorrível, nos termos do art. 594 do CPP. Sobre isso, veja-se CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 2.ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a lei 12.403/11, lei das medidas cautelares pessoais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 48 e 52, de onde se extraem

salvo exceções, não cabe recurso. Todavia, isso não significa que não haja meio processual para ilegalidade eventualmente detectada na aplicação de medidas cautelares. Sobre isso, cumpre destacar o seguinte esclarecimento:

Ao contrário do que ocorre no processo civil, no processo penal a regra é a irrecorribilidade das decisões proferidas no curso do processo, as chamadas decisões interlocutórias, com algumas exceções previstas no art. 581 do CPP e na legislação extravagante.

As interlocutórias poderão ser examinadas como preliminares na apelação, pois não opera contra elas o instituto da preclusão. Entretanto, também podem ser impugnadas por via das ações autônomas de impugnação, nomeadamente do *habeas corpus* e do mandado de segurança, sempre que sua manutenção no processo ameaçar trazer danos irreparáveis às partes até o julgamento de futuro recurso (NICOLITT, 2012, p. 554).

Assim, identificam-se, no âmbito do processo penal, três grupos de meios processuais: o dos pedidos, o dos recursos e o das ações autônomas. Em se considerando a possibilidade de esses meios serem empregados em medidas cautelares penais pessoais, identificam-se, no primeiro grupo, o pedido de relaxamento de prisão em flagrante, o pedido de revogação de prisão preventiva, o pedido de liberdade provisória, etc.; no segundo, o recurso em sentido estrito, a correição parcial; e, no terceiro, o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

### 3.1 Pedidos

A alínea “a”, do inciso XXXIV, do art. 5º da CF, prevê que são assegurados a todos, independentemente do pagamento de taxas: “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Trata-se do direito de petição que, trazido para o âmbito deste estudo, resulta na possibilidade de que os pacientes de medidas cautelares pessoais possam buscar a defesa de seus direitos por outros meios além daqueles nomeadamente previstos na legislação como ações autônomas ou recursos. Destarte, é possível a formulação de

---

as seguintes posições, respectivamente: “Até o presente momento, todavia, a doutrina e a jurisprudência atuais contentam-se, insista-se, em afirmar a validade do decreto de prisão cautelar lançado no corpo da sentença condenatória, quando explicitada a necessidade da cautela” e “Em decisão majoritária, o Tribunal Pleno [do STF] assentou, definitivamente, o entendimento de que o acusado não pode ser preso em decorrência do acórdão ainda pendente de recursos de natureza extraordinária, salvo a título de prisão cautelar, observados os requisitos do artigo 312 do CPP”.

petições às autoridades competentes, em matéria cautelar, denominadas de: pedido de relaxamento de prisão em flagrante; pedido de revogação de prisão preventiva; pedido de liberdade provisória; pedido de concessão de fiança; pedido de reconsideração; pedido de substituição de uma medida cautelar por outra, etc.

O pedido de relaxamento de prisão em flagrante cabe diante de prisão ilegal não relaxada; o pedido de revogação de prisão preventiva cabe quando não são atendidos os requisitos para decretação dessa modalidade de prisão; o pedido de liberdade provisória cabe nas situações em que o preso atende aos requisitos para ser posto em liberdade sem fiança; o pedido de concessão de fiança cabe nos casos em que é possível a liberdade provisória mediante fiança; o pedido de reconsideração cabe quando a situação de fato que motivou a cautelar já não mais persiste (provisoriamente das medidas cautelares, alínea “k” do subitem 1.3) e o pedido de substituição cabe quando uma medida cautelar se ajusta aos fatos melhor que outra, sendo cabível, adequada ou suficiente a substituição (característica da fungibilidade, alínea “d” do subitem 1.3).

## **3.2 Recurso em sentido estrito**

### *3.2.1 Hipóteses de cabimento*

“O ato jurisdicional que decreta medidas cautelares alternativas à prisão, assim como aquele que as revoga ou modifica, tem natureza de decisão interlocutória” (FERNANDES, 2011, p. 231-2). O recurso em sentido estrito (RESE) “serve em regra para impugnar decisões interlocutórias” (NICOLITT, 2012, p. 562). O art. 581 do CPP arrola 24 hipóteses de cabimento desse recurso. Dessas, dizem respeito a medidas cautelares as seguintes:

- 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;
  - VII – que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;

Todavia, como o inciso V “[...] prevê o cabimento do recurso apenas em hipóteses nas quais a decisão sobre a imposição de medida cautelar restritiva de liberdade favoreça acusado” (REIS; GONÇALVES, 2012, p. 623), ele não se enquadra exatamente no escopo deste estudo, que está voltado para os casos que possam ser atacados pela defesa e não pela acusação.

Por outro lado, interessa-nos diretamente o inciso VII, por conta do seguinte:

O quebramento da fiança, que importa em perda de metade de seu valor e pode ensejar a adoção de outra medida cautelar pessoal, ocorrerá quando o acusado:

- mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado (art. 328 do CPP);
- regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo (art. 341, I, do CPP);
- deliberadamente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo (art. 341, I, do CPP);
- descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança (art. 341, III, do CPP);
- resistir injustificadamente a ordem judicial (art. 341, IV, do CPP);
- praticar nova infração penal dolosa (art. 341, V, do CPP).

[...]

Se o juiz decretar a quebra da fiança ou o perdimento da fiança, o réu poderá interpor recurso em sentido estrito (REIS; GONÇALVES, 2012, p. 624).

Excetuada a hipótese de interposição de recurso em sentido estrito para casos em que se houver julgado quebrada a fiança, não encontramos, no CPP, previsão de cabimento desse recurso para qualquer outra medida cautelar dos arts. 319 e 320. Diante dessa situação, vale destacar o seguinte entendimento:

Nesse caso, contudo, nada impede que se dê uma interpretação extensiva, principalmente tendo em vista que se trata de institutos anteriormente inexistentes e, portanto, sobre os quais não se cogitou quando da elaboração dos incisos do art. 581 do Processo Penal (FERNANDES, 2011, p. 232).

Isso poderia, pelo menos aparentemente, contrariar a taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, mas, por outro lado, dá resposta à questão apresentada, considerando cabível recurso em sentido estrito contra a decisão que conceder, negar, cassar ou revogar qualquer das medidas cautelares alternativas à prisão dos arts. 319 e 320 e também contra decisão que substituir uma medida por outra, que cumular uma nova medida com outra já

aplicada ou que simplesmente modifique as condições da medida (por exemplo: ampliando ou reduzindo a periodicidade de comparecimento a juízo, aumentando ou diminuindo a distância de exclusão, na proibição de manter contato com determinada pessoa) (FERNANDES, 2011, p. 232-3).

### 3.2.2 *Legitimidade ativa*

À vista do escopo deste estudo, cumpre registrar apenas que o recurso em questão pode ser interposto pelo paciente da medida cautelar, conforme regra geral do art. 577 do CPP.

### 3.2.3 *Efeitos*

No que tange à quebra de fiança, o recurso em sentido estrito tem efeito suspensivo nos casos de perda da metade do seu valor, conforme art. 584, § 3º, do CPP, e o recurso sobe nos próprios autos, já que não prejudica o andamento do processo, conforme art. 583, inciso III, do CPP (ARANHA, 2010, p.168).

O recurso em sentido estrito tem, ademais, efeito devolutivo, pois será remetido ao tribunal *ad quem*, e, além disso, efeito extensivo, segundo o art. 580 do CPP, desde que idênticas as situações dos acusados no processo (ARANHA, 2010, p. 174-5).

### 3.2.4 *Prazo*

Conforme art. 586 do CPP, o prazo para interposição do recurso em sentido estrito é de cinco dias.

### 3.3 Correição parcial

#### 3.3.1 *Hipóteses de cabimento*

A correição parcial, também denominada, em algumas unidades da federação<sup>34</sup>, de reclamação, é “um recurso cabível contra despachos de juízes de primeiro grau que, por erro, abuso ou inversão tumultuarem o processo, despacho este sem recurso específico previsto na lei processual” (ARANHA, 2010, p. 192).

“O erro é a interpretação equivocada da lei ou do fato e o abuso é a prática consciente de ato ilegal” (NICOLITT, 2012, p. 577). O erro judiciário, por seu turno, subdivide-se em dois: *error in iudicando* e *error in procedendo*; mas, quando se fala em erro, quer-se referir ao segundo caso, pois se quer atacar um ato omissivo ou comissivo praticado pelo juiz, subvertendo a ordem normal do processo (ARANHA, 2010, p. 194).

Todavia, é importante lembrar que esse recurso é subsidiário ou “residual, somente cabível utilizá-lo se não houver outro recurso especificamente previsto em lei [...]” (NUCCI apud ARANHA, 2010, p. 193).

#### 3.3.2 *Legitimidade ativa*

As partes tem legitimidade para interpor o recurso de correição parcial (ARANHA, 2010, p. 196). Aí incluído, portanto, o paciente da medida cautelar.

#### 3.3.3 *Efeitos*

Trata-se de recurso com efeitos devolutivo; extensivo, havendo corréu em igual situação; e regressivo, vez que o juiz corrigendo pode reformar sua decisão, total ou parcialmente (ARANHA, 2010, p. 200).

---

<sup>34</sup> O Regimento Interno do TJDF, em seu art. 187, emprega o termo reclamação, ao invés de correição parcial, o que faz nos seguintes termos: “admitir-se-á reclamação em matéria contenciosa ou de jurisdição voluntária, visando à correição de ato jurisdicional que contenha erro de procedimento e que, à falta de recurso específico, possa resultar em dano irreparável ou de difícil reparação”. No âmbito dos Tribunais Regionais Federais emprega-se correição.

### 3.3.4 Prazo

Segundo a legislação paulista, a correção parcial deve ser interposta perante o tribunal recursal com o prazo de dez dias (ARANHA, 2010, p. 197). No Distrito Federal, o prazo é de cinco dias, contados da ciência do ato, conforme art. 188 do Regimento interno do TJDFT.

## 3.4 Mandado de segurança

### 3.4.1 Hipóteses de cabimento

Conforme o art. 5º, inciso LXIX da CF, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Constata-se, portanto, que o mandado de segurança<sup>35</sup> “constitui-se em remédio constitucional para combater ilegalidade ou abuso de poder. É regulado pela Lei nº 12.016/09 (mandado de segurança individual e coletivo)” (ISHIDA, 2012, p. 409).

Não é um recurso, mas ação cabível na esfera criminal, apesar da sua natureza cível; e distingue-se do *habeas corpus* pelo fato de ter âmbito bem maior que a proteção do direito de locomoção (ir, ficar ou vir), devendo ser tomado como um instrumento processual de função complementar onde não houver *remedio juris* adequado ou o remédio existente não produzir efeito eficaz e rápido (ARANHA, 2010, p. 374 e 378).

---

<sup>35</sup> Também denominado de *writ* ou *mandamus*, conforme ISHIDA, Válder Kenji. **Prática jurídica penal**. Inclui a lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 (medidas cautelares no processo penal). 6.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 408.

Registre-se, por fim, que o mandado de segurança, embora tenha a sua importância e utilidade, demonstra-se de aplicação um pouco restrita, vez que, em matéria processual penal cautelar, o *habeas corpus* tende a atender a maior parte dos casos de ilegalidade ou abuso de poder, que acabam envolvendo a liberdade de locomoção.

#### 3.4.2 *Legitimidade ativa*

Segundo o art. 1º da Lei nº 12.016/2009, tem legitimidade ativa para ajuizar mandado de segurança qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, cujo direito líquido e certo seja atingido por ato ilegal ou por abuso de poder da administração. Em se considerando apenas o escopo deste estudo, interessa-nos destacar apenas que têm legitimidade ativa para ajuizar mandado de segurança a pessoa do acusado, a pessoa jurídica para a qual a lei estabelece responsabilidade penal, o Ministério Público e o terceiro interessado e que, para tanto, requer-se capacidade postulatória (CONSTANTINO, 2010, p. 348-9).

#### 3.4.3 *Efeitos*

O mandado de segurança admite a concessão de liminar, por força da qual o efeito do ato atacado fica suspenso até o julgamento do mérito, desde que presentes dois requisitos: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (ARANHA, 2010, p. 378-9).

#### 3.4.4 *Prazo*

Conforme o art. 23 da Lei nº 12.016/2009, o prazo para a impetração de mandado de segurança é de 120 dias a partir da data do conhecimento do ato ilegal por parte do interessado, embora, por se tratar de prazo decadencial, seja possível sustentar a tese de que, na processualística penal, não se poderá fixar prazo para a proteção de direito subjetivo público indisponível do acusado, não se operando, portanto, a decadência contra a defesa (CONSTANTINO, 2010, p. 348).

### 3.5 *Habeas corpus*

#### 3.5.1 *Hipóteses de cabimento*

O *habeas corpus* é remédio constitucional previsto no inciso LXVIII, do art. 5º da CF: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Caso a violência ou coação já tenha ocorrido, o *habeas corpus* é liberatório, caso não tenha ocorrido ainda, é preventivo. Ele pode substituir um recurso previsto ou ser interposto quando já existir o recurso, mas tem limites menores que o recurso, pois somente é cabível diante de direito líquido e certo, não admitindo exame e valoração de provas (ARANHA, 2010, p. 353).

O *habeas corpus* está também previsto no CPP, onde se encontra entre os recursos, embora se trate de verdadeira ação (NICOLITT, 2012, p. 589). O art. 647 do CPP assim estabelece: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”. A coação ilegal encontra-se definida no CPP do seguinte modo:

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.

A aplicação das normas do Título IX do CPP pode ensejar diversas situações que se enquadram no mencionado art. 648, conforme subitem 2.6 deste trabalho. Por isso, sua compreensão assume especial relevância. Nesse sentido, quanto ao inciso I, deve-se ressaltar que a expressão “justa” deve ser tomada como sinônima de “ ‘exato’, ‘preciso’, indicando que nos casos em que a causa indicada para a violência ou ameaça de lesão não tiver um fundamento na lei, a pessoa não poderá sofrer restrição ou ameaça à sua liberdade de locomoção (OLIVEIRA; DIAS, 2012, p. 80).

O inciso II encontra seu fundamento no inciso LXXVIII, art. 5º da CF, que estabelece o seguinte: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Não existe lei específica que estabeleça o prazo ideal de prisão cautelar, mas o importante é que a restrição de liberdade tenha duração razoável, ou seja, que possa ser justificada (OLIVEIRA; DIAS, 2012, p. 81).

Quanto ao inciso II, importante ressaltar que “a incompetência leva à ilegalidade” (OLIVEIRA; DIAS, 2012, p. 82). Portanto, ato administrativo ou judicial ilegal, que viola ou põe em risco a liberdade de locomoção, é passível de *habeas corpus*.

Registre-se, quanto ao inciso IV, que ele diz respeito à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, “uma alteração na realidade fática no sentido de eliminar a justa causa deve ter como consequência a eliminação da medida de coação” (OLIVEIRA; DIAS, 2012, p. 82).

A compreensão do inciso V pressupõe a interpretação dos arts. 323 e 324 do CPP, que arrolam os casos em que não cabe fiança. Portanto, *contrario sensu*, cabe fiança em todas as demais situações (MENDONÇA, 2011, p. 350). Assim, se, de forma injustificada, não houver arbitramento de fiança para essas situações, haverá uma coação ilegal passível de ser corrigida por meio de *habeas corpus*” (OLIVEIRA; DIAS, 2012, p. 83).

O inciso VI, por sua vez, se refere àquelas situações em que o processo penal apresenta “tantas irregularidades que se torna impossível o seu aproveitamento, seja por que fases imprescindíveis foram ignoradas, seja porque os princípios que devem nortear a prestação jurisdicional não foram observados” (OLIVEIRA; DIAS, 2012, p. 85).

O inciso VII, por fim, trata da extinção da punibilidade, que, segundo o CP, ocorre nas seguintes situações:

Art. 107 – Extingue-se a punibilidade:

I – pela morte do agente;

II – pela anistia, graça ou indulto;

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV – pela prescrição, decadência ou perempção;

VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII – revogado;

VIII – revogado;

IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Esse rol não é taxativo, pois existem no próprio Código Penal e em outras leis várias outras causas de extinção de punibilidade, mas, de qualquer modo, nessas situações não será possível manter-se a coação ou restrição a direito de locomoção do paciente que deverá ser colocado em liberdade (OLIVEIRA; DIAS, 2012, p. 87).

Como o HC é remédio para problemas de liberdade de locomoção, a medida cautelar à qual ele mais se adequa é a prisão preventiva, conforme segue:

Da decisão que decreta a prisão preventiva não cabe recurso específico, sendo possível ação de *habeas corpus*. É que na decretação da prisão preventiva há requisitos de ordem formal e de mérito, que o juiz precisa observar. Caso não os observe, impõe ao réu inegável constrangimento ilegal, sanável via *habeas corpus*. Entre outras formalidades: a decisão precisa ser fundamentada; os autos do inquérito, uma vez decretada a preventiva, não podem voltar à polícia (segundo melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial); tem cabimento apenas para as hipóteses do art. 313 do CPP; a decisão reclama a presença de seus pressupostos (indício suficiente de autoria e prova da existência do crime) e há necessidade da presença ao menos de uma das condições ou circunstâncias autorizadoras (CPP, art. 312) (MUCCIO, 2011, p. 1199).

Por isso que, “ao substituir a medida cautelar pela preventiva, o juiz, na verdade, está decretando a preventiva, sendo a decisão irrecorrível, sanável apenas via *habeas corpus* (MUCCIO, 2011, p. 1200). O mesmo ocorre “se o agente estiver sob ameaça de prisão ilegal, sendo acusado por crime inexistente ou fora do mundo jurídico, investigado por autoridade incompetente, etc., será concedida a ordem de *habeas corpus*” (CAPOBIANCO, 2010, p.260).

Embora o *habeas corpus* se ajuste perfeitamente às questões ligadas à prisão preventiva, ele não se limita a ela. Assim, quando houver decretação de medida cautelar diversa da prisão, quando houver a imposição de nova medida em cumulação com outra já imposta ou o agravamento das condições de outra medida

que se encontre em cumprimento, por haver restrição da liberdade de locomoção, também nessas situações caberá o *habeas corpus* (FERNANDES, 2011, p. 233).

Quanto à decisão “denegatória da liberdade provisória, não há previsão legal de recurso específico, mas o indiciado ou réu poderá impetrar ordem de *habeas corpus*, desde que presente constrangimento ilegal” (MUCCIO, 2011, p. 1242).

Por fim, registramos que, embora o *habeas corpus* tenha aplicação ampla, ele não se aplica a qualquer situação. O STF tem decidido que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário constitucional, conforme a seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a” da Carta da República, contra decisão proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*.

FLAGRANTE – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – INSUBSISTÊNCIA – PRISÃO PREVENTIVA OU MEDIDA CAUTELAR – APRECIÇÃO PELO JUÍZO. Uma vez afastada do cenário jurídico a vedação à liberdade – inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, assentada no julgamento do *Habeas Corpus* nº 104.339/SP –, cumpre a concessão da ordem para que o Juízo observe o disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal, considerada a redação imprimida pela Lei nº 12.403/11.

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – PRONUNCIAMENTO EM *HABEAS CORPUS*. A cláusula da alínea “a” do inciso II do artigo 102 da Constituição Federal, a contemplar o recurso ordinário contra pronunciamento denegatório de ordem, há de ser tomada com concretude maior, apanhando as situações concretas em que processo atinente a impetração foi extinto sem julgamento do mérito. Precedentes do Supremo quanto ao mandado de segurança: Questão de Ordem no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.237, relator ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Diário da Justiça de 3 de maio de 2002, e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.802,3.6.2 Legitimidade ativa de minha relatoria, Primeira Turma, Diário da Justiça de 19 de novembro de 2004.

PROCESSO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – LIBERDADE DE IR E VIR. Se for constatada a prática de ato ilegal a alcançar, direta ou indiretamente, a liberdade de ir e vir do cidadão, incumbe implementar a ordem de ofício.(HC 107.219/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012).

O art. 654 do CPP estabelece que o “o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”. Qualquer pessoal significa inclusive pessoa jurídica e o próprio paciente, vez que

não se exige capacidade postulatória<sup>36</sup> para ajuizamento do *habeas corpus*, nem autorização, consentimento ou procuração do paciente (ARANHA, 2010, p. 348-9)

### 3.5.2 Legitimidade ativa

O art. 654 do CPP estabelece que o “o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”. Qualquer pessoal significa inclusive pessoa jurídica e o próprio paciente, vez que não se exige capacidade postulatória<sup>37</sup> para ajuizamento do *habeas corpus*, nem autorização, consentimento ou procuração do paciente (ARANHA, 2010, p. 348-9)

### 3.5.3 Legitimidade passiva

Tem legitimidade passiva a denominada autoridade coatora, que é aquela responsável pelo ato ilegal lesivo à liberdade de locomoção do paciente. Interessante destacar que “após terem sido esgotadas as diligências na fase de inquérito e remetido o mesmo para o juízo responsável, a autoridade coatora será o juiz de direito, ainda que a denúncia ou queixa não tenham sido recebidas” (MAXIMIANO apud OLIVEIRA, 2012, p. 52).

Em sendo o delegado a autoridade coatora, o HC deve é dirigido ao juiz de 1º grau. Se este for a autoridade coatora, seguirá para o Tribunal correspondente. Se o desembargador for a autoridade coatora, o HC segue para o STJ. Se for ministro do STJ, segue para o STF.

### 3.5.4 Efeitos

“O *habeas corpus* comporta efeito extensivo perante os tribunais, podendo a decisão ser estendida a um terceiro em idêntica situação” (ARANHA, 2010, p. 360).

---

<sup>36</sup> A propósito, o § 1º, do art. 1º da Lei nº 8.906/1994, estabelece que: “não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal”.

<sup>37</sup> A propósito, o § 1º, do art. 1º da Lei nº 8.906/1994, estabelece que: “não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal”.

### 3.5.5 Prazos

Não há prazo para o ajuizamento de *habeas corpus*, pois o constrangimento ilegal à liberdade de locomoção ou o risco deste constrangimento não podem limitar-se pelo formalismo temporal (CONSTANTINO, 2010, p. 313).

## CONCLUSÃO

A partir das análises realizadas constantes dos capítulos deste estudo, concluímos que a Lei nº 12.403/2011 modificou expressivamente o Título IX do Código de Processo Penal, agregando-lhe significativos avanços em matéria cautelar. Esses avanços significaram maior aderência da lei processual penal a direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal como presunção de inocência, tempo razoável de duração do processo, entre outros, além de terem consagrado a liberdade como regra e a prisão como exceção. Eles também aumentaram a possibilidade de que o processo penal seja mais eficiente e, quiçá, mais eficaz na realização da justiça criminal. Mais eficiente com as diversas alternativas de medidas cautelares que surgiram com essa lei e mais eficaz com os meios de controle que foram instituídos como o cadastro de mandados de prisão e monitoramento eletrônico. Constatamos, também, que esses avanços criaram novos direitos para os pacientes das medidas cautelares e, conseqüentemente, novas oportunidades de atuação do advogado de defesa.

Ainda nessa vertente, uma vez examinada a bibliografia pertinente, oferecida pela legislação, pela jurisprudência e pela doutrina, concluímos também que, se, por um lado, a legislação processual penal cautelar vigente visa assegurar a investigação e a instrução criminal, a ordem econômica e social e a aplicação da lei penal; por outro, a legislação processual penal visa, também, assegurar que os direitos do indiciado ou acusado relativos à liberdade e ao devido processo legal sejam protegidos.

As medidas cautelares têm características próprias, devem atender a requisitos específicos e obedecer a princípios constitucionais que inevitavelmente as informam. Verificamos que, embora a doutrina não arrole características e princípios de modo uniforme, as diferentes posições doutrinárias formam um arcabouço jurídico que não pode ser ignorado por advogados que buscam preservar e restaurar

direitos de clientes seus em matéria cautelar. Nas divergências e nos diferentes pontos de vista surgem oportunidades para o advogado diligente.

Nesse sentido, este estudo teve por propósito identificar situações que potencialmente pudessem caracterizar inobservância de direitos do indiciado ou acusado em matéria cautelar e arrolar os meios processuais penais de defesa que pudessem reparar tais transgressões ou minimizar os seus efeitos. Isso foi feito, o que nos permitiu concluir que, de fato, para cada caso de violação ou ameaça a direitos do indiciado ou acusado em matéria cautelar, havia, também, um meio processual penal que se lhe aplicasse e, às vezes, mais de um, cabendo ao advogado eleger a opção que lhe convier diante do seu caso concreto.

Assim, concluímos que, no caso de não fixação de fiança quando ela era cabível, por exemplo, seria possível não apenas o recurso em sentido estrito, mas também habeas corpus. Para situações de não relaxamento de prisão ilegal, por outro lado, seria possível o pedido de relaxamento de prisão e também habeas corpus.

Concluímos, contudo, que, embora tivessem sido identificados pelo menos dez meios processuais penais aplicáveis a medidas cautelares tais como diversos pedidos específicos diferentes, recurso em sentido estrito, correição parcial, mandado de segurança e habeas corpus, eles não ocorrem com a mesma frequência. O habeas corpus mostrou-se ser, de longe, o meio processual de maior utilidade diante de eventuais inobservâncias da legislação que rege as medidas cautelares pessoais. Essa constatação se explica pelo fato de que as medidas cautelares pessoais repercutem, de um modo geral, no direito fundamental de liberdade de locomoção, razão mesmo da existência do habeas corpus. Além disso, o habeas corpus, diferentemente dos recursos, que se aplicam a situações muito específicas, tem aplicação mais abrangente, pois, às vezes, quando há outro meio processual disponível, ele pode ser usado alternativamente e, quando já não há nenhum recurso possível, ele é a única alternativa.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos recursos no processo penal**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. **Só é preso quem quer**: bastidores do sistema de punição seletiva. 3.ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012.

BARICHELLO, Tito Livio. **Medidas cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica**. Curitiba: Juruá, 2010.

BELLO, Rodrigo. **Resumos gráficos de direito processual penal**. Niterói: Impetus, 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do código de processo penal**: comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória, fiança. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro. **Recursos criminais, sucedâneos recursais e ações impugnáveis autônomas criminais**. 4.ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). et al. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2.ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais**: prisão e liberdade provisória: de acordo com a reforma do código de processo penal lei 12.403, de 04.05.2011. 2.ed., rev. e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPOBIANCO, Rodrigo Julio. **Decisões favoráveis à defesa**: penal e processo penal. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: comentários à lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 2.ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a lei 12.403/11, lei das medidas cautelares pessoais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERNANDES, Og (Coord.). et al. **Medidas cautelares no processo penal**: prisões e suas alternativas: comentários à lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **A nova prisão e as novas medidas cautelares no processo penal**: texto comentado da Lei 12.403, de 4 de maio de 2011: medidas cautelares. São Paulo: Malheiros, 2011.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de processo penal**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GOMES, Amintas Vidal. **Manual do delegado**: teoria e prática. 6.ed., rev. e atualizada/Rodolfo Queiroz Laterza. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal**: de acordo com a lei n. 12.403/2011. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ISHIDA, Válder Kenji. **Prática jurídica penal**. Inclui a lei nº 12.403, de 4 de maio de 2012 (medidas cautelares no processo penal). 6.ed. São Paulo: Atlas.

LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e medidas liberatórias**. Atual. de acordo com a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática, de acordo com a Lei nº 12.403/11. 2.ed. rev. ampl. e atual. Niteroi: Impetus, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**: de acordo com a lei 12.403, de 4-5-2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Ivan Luís. et al. **Processo penal I**: investigação preliminar, ação penal, ação civil *ex delicto*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Saberes do Direito, 10)

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**: de acordo com a lei 12.403/2011. São Paulo: Método, 2011.

MESSA, Ana Flávia. **Prática penal para exame da OAB**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAGÉ, Thiago. **Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória: lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, comentários e interpretações**. São Paulo: Edipro, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal: de acordo com a reforma do CPP – lei 12.403/2011, prisão, liberdade provisória e medidas cautelares**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NICOLITT, André. **Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. (Atualização legislativa).

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal**. 3.ed. atual. de acordo com as leis 12.403/2011, 12.432/2011, 12.433/2011, 12.654/2012. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUNES, Pedro dos Reis. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 12.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; DIAS, Jefferson Aparecido. **Habeas corpus: teoria e prática: de acordo com a nova lei das prisões – 12.403/2011 e contendo quadro comparativo com o projeto do novo CPP**. São Paulo: Verbatim, 2012.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Coordenado por Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O novo processo penal cautelar à luz da lei 12.403/11**. Salvador: Juspodium, 2011.

SANTOS, Pedro Sérgio dos. **Direito processual penal & a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (O que é isto? v. 2).

TASSE, Adel El; SANTOS, Cássia Camila Cirino dos. **Cautelares no processo penal**: comentários à lei 12.403 de 4 de maio de 2011. Curitiba: Juruá, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**: atualizado com a lei da prisão (Lei 12.403/2011). 4. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## ANEXO A – Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

**A PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

### “TÍTULO IX DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”

“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, 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.

§ 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.

§ 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).

§ 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.

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

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 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.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.” (NR)

“Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será depreciada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.” (NR)

“Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.” (NR)

“Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.” (NR)

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” (NR)

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, 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.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (NR)

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” (NR)

“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.

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).” (NR)

“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;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.” (NR)

“Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.” (NR)

“Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” (NR)

#### “CAPÍTULO IV DA PRISÃO DOMICILIAR”

“Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” (NR)

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” (NR)

#### “CAPÍTULO V DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES”

“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.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.” (NR)

“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.” (NR)

“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.

I - (revogado)

II - (revogado).” (NR)

“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.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

“Art. 323. 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;

IV - (revogado);

V - (revogado).” (NR)

“Art. 324. 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;

III - (revogado);

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).” (NR)

“Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

a) (revogada);

b) (revogada);

c) (revogada).

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).” (NR)

“Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.” (NR)

“Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

“Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).” (NR)

“Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.” (NR)

“Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa.” (NR)

“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.” (NR)

“Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.” (NR)

“Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.” (NR)

“Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.” (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A:

“Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial.

Art. 4º São revogados o art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1º a 3º do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o § 2º e seus incisos I, II e III do art. 325 e os arts. 393 e 595, todos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Brasília, 4 de maio de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF

*José Eduardo Cardozo*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.5.2011