



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Débora Vidal Kress Sampaio

**As novas regras da prisão processual e medidas cautelares diversas: Uma  
análise da Lei nº 12.403/2011**

Rio de Janeiro

2014

Débora Vidal Kress Sampaio

**As novas regras da prisão processual e medidas cautelares diversas: Uma análise da Lei nº 12.403/2011**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Simone Schreiber

Rio de Janeiro

2014

Aos meus pais e irmãos, os pilares da minha vida.

Obrigada por estarem sempre ao meu lado.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer à minha família, pelo amor incondicional e por sempre acreditar e investir em mim. Sem vocês ao meu lado este sonho não seria possível. Obrigada pai, Omar e Henrique.

Em especial, aproveito para agradecer à minha mãe pela presença constante, que significou segurança e a certeza de que não estou sozinha nesta caminhada. Obrigada pelo apoio, dedicação e confiança de sempre.

Gostaria de agradecer aos meus amigos de sala Júlia, Léo, Maurício e Zena pela amizade e companheirismo ao longo do curso e por tornarem esta empreitada menos árdua.

Agradeço também ao meu namorado Fernando, pela ajuda na primeira etapa de elaboração desta monografia e pelas inúmeras vezes em que sanou minhas dúvidas jurídicas.

Não poderia deixar de agradecer à Associação Atlética Acadêmica Tiago Félix, a responsável pelos momentos mais prazerosos e felizes que tive durante a minha vida universitária. Agradeço especialmente ao meu amigo Tiago Félix (*in memoriam*) que nos deixou precocemente para alegrar o céu.

À minha orientadora Simone Schreiber, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pela sua atenção e correções.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

“Aqueles que se sentem satisfeitos sentam-se e nada fazem. Os insatisfeitos são os únicos benfeitores do mundo.” (Walter S. Landor)

## RESUMO

O presente estudo monográfico aborda as relevantes alterações trazidas pela Lei nº 12.403, destacadamente as alusivas às medidas cautelares pessoais diversas da prisão, prisão processual, fiança e liberdade provisória. Analisa, ainda, cada uma das novas medidas cautelares frente aos princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Além do mais, procura demonstrar a importância da novel legislação na ampliação da tutela cautelar no processo penal e para a preservação dos direitos e garantias constitucionais, asseverando que tem a lei o escopo de corroborar a premissa de que a regra é a liberdade e a prisão, a exceção.

**Palavras-chave:** Medidas Cautelares. Lei nº 12.403/11. Código de Processo Penal.

## **ABSTRACT**

The present paper centers its study on the relevant alterations brought about by the 12.403 law, specially those related to precautionary measures other than imprisonment, pretrial custody, bail and provisional release. In addition to that, each of the precautionary measures will be analyzed in view of the principles of the Brazilian legal system. Furthermore, this paper intends on demonstrating the importance of this novel legislation in the expansion of the preventive measures in the criminal procedure as well as in the preservation of constitutional rights and warranties, to finally conclude that it is the Law's scope to support the premise that liberty is the general rule, whilst imprisonment is the exception.

**Keywords:** Cautionary measures. Law nº 12.403/11. Code of Criminal Procedure.

## SUMÁRIO

<b>1 - HISTÓRICO DA LEI 12.403/2011</b> .....	1
<b>2 - DISPOSIÇÕES GERAIS REFERENTES ÀS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS</b> .....	5
2.1 – Princípios básicos das medidas cautelares.....	5
2.1.1 – Princípio da Proporcionalidade.....	5
2.1.1.1– Necessidade.....	6
2.1.1.2 – Adequação.....	6
2.1.1.3 – Proporcionalidade em sentido estrito.....	8
2.1.2 – Princípio da Presunção de Inocência.....	11
2.1.3 – Princípio da Jurisdicionalidade.....	12
2.1.4 – Princípio da Motivação ou da Fundamentação.....	13
2.1.5 – Princípio do Contraditório.....	13
2.1.6 – Princípio da Provisonalidade ou Faticidade.....	13
2.1.7 – Princípio da Provisoriedade ou Temporaryidade.....	14
2.1.8 – Princípio da Subsidiariedade ou da Gradualidade.....	14
2.1.9 – Princípio da Probabilidade.....	15
2.1.10– Princípio da Efetividade.....	15
2.1.11 – Princípio da Legalidade.....	15
2.2 – Características.....	16
2.2.1– Provisoriedade.....	16
2.2.2 – Revogabilidade.....	16
2.2.3 – Substitutividade.....	17
2.2.4 – Excepcionalidade.....	18
2.3 -Requisitos genéricos para imposição das medidas cautelares.....	22
<b>3 - DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO</b> .....	24
3.1 - Comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, CPP).....	29
3.2 - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II, CPP).....	30
3.3 - Proibição de manter contato com pessoa determinada (art. 319, III, CPP).....	30
3.4 - Proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV, CPP).....	33

3.5 - Recolhimento domiciliar (art. 319, V, CPP).....	34
3.6 - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira (art. 319, VI, CPP).....	34
3.7 - Internação provisória do inimputável ou do semi-imputável (art. 319, VII, CPP).....	36
3.8 - Fiança (art. 319, VIII, CPP).....	37
3.9 - Monitoramento eletrônico (art. 319, IX, CPP).....	41
3.10 - Proibição de ausentar-se do país (art. 320, CPP).....	44
<b>4 - PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>47</b>
4.1 - Prisão em flagrante.....	48
4.2 - Prisão temporária.....	55
4.3 - Prisão preventiva.....	57
4.4 - Prisão domiciliar.....	62
<b>5 - LIBERDADE PROVISÓRIA.....</b>	<b>64</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>70</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>71</b>
<b>ANEXO I – LEI Nº 12.403/2011.....</b>	<b>73</b>
<b>ANEXO II – ACEITE DE ORIENTAÇÃO E AUTORIZAÇÃO DE DIVULGAÇÃO.....</b>	<b>82</b>

## 1 – HISTÓRICO DA LEI 12.403

O atual Código de Processo Penal, datado da década de 1940, surgiu sob a égide da ditadura do Estado Novo. Por esta razão, refletindo o momento histórico do regime autoritário em que fora editado, o referido Diploma possuía diversos institutos fundados em características inquisitórias, viabilizando o exercício de práticas arbitrárias típicas de um regime totalitário e completamente opostas aos preceitos de um Estado democrático de Direito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, sinalizou às Nações signatárias que constitucionalizassem os Direitos Fundamentais, principalmente os relativos à dignidade da pessoa humana. O Brasil, então, inseriu, na Constituição de 1988, cláusulas relativas aos Direitos e Garantias Fundamentais (artigos 5º ao 17º), elegendo como fundamento a prevalência dos Direitos Humanos (artigo 4º, II).

Foi então, com o advento da Constituição de 1988, que adotou expressamente posicionamentos sociais, culturais e jurídicos totalmente diferentes dos definidos no Código de Processo Penal, que este passou a ser tratado como um subsistema, contrário às conquistas do Estado democrático de Direito.

Ainda que a Constituição não tenha adotado o modelo expressamente, desde 1988, vivemos sob a égide de um ordenamento jurídico caracterizado por um sistema acusatório, garantidor de direitos fundamentais da pessoa humana, contrapondo-se aos sistemas totalitários como o inquisitorial<sup>1</sup> e estabelecendo novos rumos na esfera processual penal. Nas palavras de Geraldo Prado:

Assim, se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença

---

<sup>1</sup> MINAGÉ, Thiago. Da prisão, medidas cautelares e liberdade provisória: Lei nº 12.403/2011 interpretada e comentada. São Paulo: Edipro, 2011. p. 21

condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou<sup>2</sup>.

O sistema acusatório, conforme lição do mestre Aury Lopes Júnior é:

(...) um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva da relação processual<sup>3</sup>.

Eugênio Pacelli partilha do mesmo entendimento:

(...) a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade atribuída ao órgão de acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa, enquanto o acusatório seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas distintas<sup>4</sup>.

Contudo, mesmo com a promulgação da Carta Magna de 1988 e a adesão do sistema acusatório, manteve-se vigente o Código de Processo Penal de 1941.

Uma reforma global da legislação infraconstitucional criminal para adaptá-la ao paradigma do Estado constitucional era então a melhor alternativa. Não obstante, foi realizada uma reforma tópica, haja vista a inviabilidade operacional, diante da morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o

---

<sup>2</sup> PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2005. 3. ed. p.195

<sup>3</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 15º ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo e os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento<sup>5</sup>.

Em 1975, com suporte em anteprojeto de autoria de José Frederico Marques, o Executivo encaminhou proposta de elaboração de um novo Código de Processo Penal, mas o projeto de lei acabou não sendo aprovado. Foi nomeada nova comissão, a qual manteve as partes fundamentais da codificação anteriormente proposta por Marques, e apresentou o trabalho ao Parlamento. Após ser transformando em projeto de lei, chegou a ser aprovado pela Câmara Federal, porém, não foi votado pelo Senado.

Assim, foi nomeada uma comissão para tratar da feitura de uma série de projetos, ao invés da elaboração de um novo código. A comissão, presidida pelo ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, reviu as propostas da comissão anterior e apresentou projetos de lei que foram remetidos, em 1994, para o Congresso Nacional.

O então Ministro da Justiça, Dr. José Carlos Dias, ao assumir o Ministério, adaptando-o à nova ordem constitucional estabelecida pela Constituição de 1988, editou o Aviso nº 1.151/99, convidando o Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP a apresentar uma proposta de reforma do CPP. Após trabalho do IBDP, o Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, constituiu uma comissão, que ficou conhecida como Comissão Grinover, para, no prazo de noventa dias da instalação, apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal.

Esta comissão foi formada pelos juristas Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (que, mais tarde, foi substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

---

<sup>5</sup> NUNES, Walter. Reforma do Código de Processo Penal – Leis nº 11.689, nº 11.690 e nº 11.719, de 2008. Disponível em: [http://www.elciopinheirodecastro.com.br/documentos/artigos/02\\_08\\_2009.pdf](http://www.elciopinheirodecastro.com.br/documentos/artigos/02_08_2009.pdf)

A saída do Ministro Dias, em 2000, fez com que o novo Ministro José Gregori, pela Portaria nº 371/2000, confirmasse a comissão anteriormente formada.

Mesmo com a tarefa de produzir reformas tópicas, a comissão se preocupou em manter a unidade e homogeneidade sistêmica do ordenamento processual penal, tendo como linha de orientação alterações que, como esclarece Ada, “não incidissem apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomassem por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros<sup>6</sup>”.

Ao final dos trabalhos, a comissão entregou ao Ministério da Justiça, no dia 6 de dezembro de 2000, sete anteprojetos, entre os quais, o Projeto de Lei nº 4.208/2001.

Então, na sequência das reformas pontuais, oriunda deste Projeto de Lei, depois de dez anos tramitando no Congresso, foi sancionada e publicada<sup>7</sup> a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Em seu artigo 3º, a referida lei estipulou o prazo de *vacatio legis* de 60 dias, tendo a mesma entrado em vigor no dia 4 de julho do mesmo ano.

Foram introduzidas alterações relevantes em dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. O Título IX do Código de Processo Penal passou a ser denominado “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

De uma forma geral, ampliou-se a tutela cautelar no processo penal, que, originariamente, adotava a rigidez em matéria de prisão.

---

<sup>6</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Processo Penal. In: [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br) – 15.01.2011

<sup>7</sup> A Lei foi publicada no D.O.U. em 05.05.2011

## **2 – DISPOSIÇÕES GERAIS REFERENTES ÀS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS**

### **2.1 – Princípios básicos das medidas cautelares<sup>8</sup>**

A Lei nº 12.403 conciliou a sistemática das medidas cautelares com o texto constitucional e consagrou seus princípios orientadores na norma processual, simplificando sobremodo o trabalho do julgador e do intérprete perante o caso concreto.

#### **2.1.1 – Princípios da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo serve de bússola para aplicação das medidas cautelares, encontrando-se materializado na Lei nº 12.403 por meio do artigo 282, *caput*.

De acordo com Eugênio Pacelli, este postulado exerce dupla função no Direito, a saber:

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

b) – presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma, legal ou constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada Medidas cautelares, Prisões provisórias e Liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. P. 24

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Atualização do processo penal, Lei 12.403*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 14

Pacelli, citando o autor Robert Alexy, aduz que o princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)<sup>10</sup>.

#### 2.1.1.1 – Necessidade

CPP, 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.

Consoante ensinamento de Luiz Flávio Gomes<sup>11</sup>, a necessidade reflete a ideia de intervenção mínima do Estado. Em sendo caso de aplicação de uma medida cautelar, deve ser ela a menos onerosa ao imputado.

Aqui, é necessário que se demonstre a presença do requisito do *periculum libertatis* que, segundo Edilson Mougnot<sup>12</sup>, consiste na demonstração do efetivo risco da liberdade ampla e irrestrita do agente. Se demonstrado que a liberdade do indivíduo não é empecilho para o desenvolvimento do processo e do inquérito, mas que, todavia, devem ser impostas algumas restrições ou vedações, é justificável a imposição das medidas cautelares.

#### 2.1.1.2 – Adequação

CPP, Art. 282. [...]

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Atualização do processo penal, Lei 12.403. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 14

<sup>11</sup> BIANCHINI, Alice. et al. **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 51.

<sup>12</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do Código de Processo Penal**: Comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

Quando presente a necessidade da cautelar, cabe ao juiz o exame das medidas cabíveis adequadas, em vista da concreta situação pessoal do agente, bem como da gravidade e das circunstâncias do fato.

A adequação consiste na exigência de que as medidas adotadas se mostrem aptas a alcançar os objetivos pretendidos. Se há congruência entre meio e fim. É adequado o meio que promove o fim desejado.

Conforme lição de Guilherme Nucci, faz-se necessário observar a gravidade do delito, a fim de avaliar concretamente e não em abstrato<sup>13</sup> quais medidas se mostram adequadas para cada caso.

Os Tribunais Superiores já se posicionaram sobre o tema e editaram súmulas no que concerne ao regime de cumprimento de pena:

Súmula 718, STF

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 440, STJ

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

---

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade – As reformas processuais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3ª tiragem São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 28.

Assim, qualquer medida cautelar e, principalmente a prisão preventiva, só deverá ser decretada após minuciosa avaliação quanto a real gravidade do delito. Depois de verificada a gravidade da infração, se averiguará qual o meio mais adequado para o fim pretendido.

Por exemplo, aplicar a medida de afastamento cautelar a um funcionário público criminalmente processado por embriaguez ao volante não faria sentido, pois esta medida cautelar não se justificaria como meio para garantir a instrução criminal, a aplicação da lei penal ou a garantia da ordem pública ou econômica. Em face dos objetivos da cautelaridade, a medida seria inócua e, por isso, inadequada.

### **2.1.1.3 – Proporcionalidade em sentido estrito**

A proporcionalidade propriamente dita diz respeito a um conceito de valoração, ou seja, é a ponderação entre o ônus e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.

Depois de escolhido o meio adequado e necessário para a consumação do fim pretendido, far-se-á o sopesamento: “quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro<sup>14</sup>”. É o momento de se analisar a relação custo-benefício da norma avaliada.

Norberto Avena nos ensina sobre o tema:

Não obstante o art. 282, I e II, do CPP tenha estabelecido, como *princípios informadores* das medidas cautelares, apenas a necessidade e a adequação, a verdade é que, ínsita às alterações da Lei 12.403/2011, encontra-se, também, a proporcionalidade em sentido estrito, consistente no juízo de ponderação entre os danos causados com a aplicação da medida cautelar restritiva e os resultados que com ela serão auferidos, a fim de, com isto, verificar-se se o ônus imposto é

---

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. In: Derecho y razón practica. México: Distribuciones Fontanamara, 1993.

proporcional à relevância do bem jurídico que se pretende resguardar<sup>15</sup>.

A proporcionalidade em sentido estrito assemelha-se à figura de uma balança, em que de um lado está o ônus de submeter alguém ao cárcere, pessoa essa cuja a presunção é de inocência, e, de outro, a necessidade de prendê-la preventivamente ou impor qualquer medida cautelar diversa.

No que concerne às medidas cautelares, a proporcionalidade em sentido estrito significa que a medida cautelar deve ser proporcional à pena que será cominada ao final do processo. Por isso é importante que o juiz possua uma boa técnica de sopesamento, que se baseie em uma lógica voltada à ponderação, prudência e bom senso.

Como leciona o mestre Eugênio Pacelli<sup>16</sup>, “nenhuma providência cautelar pode ser superior ao resultado final do processo a que se destina cautelar”.

No julgamento do RHC 20.471/RS, o STJ aplicou o princípio da proporcionalidade, a fim de fundamentar a prisão provisória do acusado, conforme se vê na ementa abaixo:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL E QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA RECONHECIDOS. DECRETO PRISIONAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DESCRIÇÃO DO MODUS OPERANDI DO CRIME. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O decreto de prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentado no reconhecimento da materialidade e da existência de indícios de autoria, assim como na demonstração da necessidade de

---

<sup>15</sup> AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 4ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 830

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, uma vez que se trata de organização criminosa constituída para a prática de fraudes em detrimento da Previdência Social, de graves conseqüências, tendo o recorrente participação delimitada e relevante na referida organização.

2. A prisão provisória, no caso, harmoniza-se com o princípio da proporcionalidade, considerando que, além de necessária e adequada, não impõe ao recorrente, em princípio, gravame superior ao decorrente de eventual provimento condenatório.

3. Eventuais condições pessoais favoráveis não garantem o direito subjetivo à revogação da custódia cautelar, quando a prisão preventiva é decretada com observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Recurso improvido.

Portanto, para a decretação de qualquer medida cautelar há de se observar os requisitos constantes no artigo 282 do CPP.

Se não existir a necessidade de acautelamento penal, não há que se falar em aplicação de medidas restritivas, visto que a regra é a liberdade, a exceção é a imposição de medidas cautelares diversas da prisão e a exceção da exceção é a prisão preventiva.

Na lição de Bonfim:

Trata-se de medidas excepcionais, vez que não devem ser decretadas sem a efetiva necessidade e adequação exigíveis caso a caso. Assim, não oferecendo o acusado qualquer risco à instrução processual ou não demonstrando intenção de

reincidir em práticas delitivas, a medida não deve ser decretada<sup>17</sup>.

### 2.1.2 – Princípio da Presunção de Inocência

No nosso sistema constitucional a presunção de inocência está consagrada no artigo 5º, LVII, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Também há previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, das Nações Unidas, em seu artigo nº 11, dispondo que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

A ordem jurídica, em regra, não reage automaticamente ao ilícito *lato sensu*, em especial ao ilícito penal. Ou seja, o direito de punir do Estado não é autoexecutável. Para que este se efetive, deve, previamente, observar a existência do direito do imputado a um processo e julgamento amparados por todas as garantias legais e constitucionais antes da cominação de qualquer tipo de coerção penal.

Qualquer prisão anterior à condenação definitiva só se justifica baseada na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento ou a eficácia da atividade processual<sup>18</sup>.

Assim, o princípio da presunção de inocência é uma garantia de que, antes de ser decretada a prisão, haverá o respeito ao devido processo legal e à ampla defesa. Desta forma, o acusado desfrutará de uma segurança jurídica a fim de se defender antes que sua liberdade venha a ser restringida.

---

<sup>17</sup> BONFIM, Edilson Mougenot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 109

<sup>18</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 65.

De acordo com Beccaria: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado<sup>19</sup>”.

Antes de uma efetiva sentença condenatória transitada em julgado, o acusado deve ser considerado e, principalmente, tratado como inocente, não podendo ser equiparado ao condenado. Sob a perspectiva deste corolário, a presunção de inocência se traduz em norma de tratamento que disciplina a persecução penal, tanto na fase investigativa, quanto na fase processual.

Em síntese, em todas as espécies de prisão processual deve-se demonstrar o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, sustentado por elementos concretos. Sem estes requisitos, a prisão processual se converte automaticamente em antecipação de pena, violando o princípio da presunção de inocência.

### **2.1.3 – Princípio da Jurisdicionalidade**

Significa que as medidas cautelares somente podem ser decretadas por decisão fundamentada da autoridade judicial.

No entanto, há medidas como a prisão em flagrante, a busca e apreensão em situação flagrancial, a busca pessoal e em veículos, que podem ser tomadas independentemente de autorização judicial prévia, por deliberação, por exemplo, do Delegado de Polícia. Entretanto, tais medidas são submetidas posteriormente ao controle jurisdicional, o que se pode determinar de uma Jurisdicionalidade Postergada ou Diferida<sup>20</sup>.

No artigo 319, VIII, CPP, a fiança consta como medida cautelar, mas há uma exceção quanto à possibilidade de a autoridade policial arbitrar fiança nos crimes

---

<sup>19</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p. 47.

<sup>20</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada Medidas cautelares, Prisões provisórias e Liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. P. 24

cuja pena máxima não seja superior a quatro anos de prisão, conforme prevê o artigo 322 do CPP.

#### **2.1.4 – Princípio da Motivação ou da Fundamentação**

Esse princípio é inerente a todas as decisões judiciais por força de dispositivo constitucional explícito (artigo 93, IX, CF).

A motivação apropriada a satisfazer o Princípio Constitucional, em se tratando de cautelar ou não, não se limita à simples repetição dos termos da lei ou mesmo à menção das motivações de pedidos expandidas pela autoridade policial e/ou Ministério Público. Deve o juiz averiguar o caso concreto, apontando em sua decisão elementos reais existentes nos autos a legitimarem a adoção de uma determinada medida ou decisão.

#### **2.1.5 – Princípio do Contraditório**

Com o advento da Lei 12.403/2011, o artigo 282, § 3º do Código de Processo Penal passou a determinar explicitamente a aplicação do contraditório ao procedimento para imposição das medidas cautelares. O dispositivo estabelece que o Juiz, ao receber o pedido da medida cautelar, deverá determinar a intimação da parte contrária, com cópia do requerimento e demais peças necessárias a fim de que possa se manifestar.

Excepcionalmente, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, poderá o juiz impor a medida *inaudita altera parte*. Neste caso, somente após a efetiva decretação da medida o acusado/investigado tomará ciência do ocorrido.

#### **2.1.6 – Princípio da Provisionalidade ou Faticidade**

Este princípio não se confunde com a característica cautelar da provisoriedade. A cautelar será provisional por estar ligada a uma situação fática à qual pretende prover, enquanto isso seja necessário.

É claro que está também ínsita na provisionalidade a sua provisoriedade, uma vez que desaparecida a situação fática que dá azo à cautelar, esta também deve cessar seus efeitos, mas não necessariamente apenas com o advento da tutela definitiva, conforme ocorre com a característica da provisoriedade. Então, a provisionalidade está mais próxima da característica da revogabilidade e encontra-se atualmente prevista no artigo 282, § 5º do Código de Processo Penal, que permite ao juiz revogar a medida cautelar ou substituí-la quando constatar a inexistência de motivação para que subsista. Assim também poderá red decretá-la se sobrevierem razões suficientes a legitimar tal decisão. O mesmo ocorre em relação à prisão preventiva, como consta no artigo 316 do Código de Processo Penal. Em suma, a provisionalidade atrela a subsistência da medida cautelar à situação fática que a motiva<sup>21</sup>.

#### **2.1.7 – Princípio da Provisoriedade e da Temporariedade**

Este princípio atua em conjunto com o Princípio da Razoabilidade dos Prazos, impondo a necessidade de estabelecimento de um prazo máximo de duração e reexame obrigatório periódico das medidas cautelares.

Apesar da previsão do referido princípio, o direito brasileiro tem sido omissivo quanto à demarcação de prazos máximos de duração das cautelares e mesmo quanto à necessidade de sua revisão periódica.

#### **2.1.8 – Princípio da Subsidiariedade ou da Gradualidade**

Significa que sempre que uma medida menos gravosa puder resolver a questão, deverá prevalecer em relação ao encarceramento.

Os critérios dos artigos 282, I e II c/c 319, I a IX e 320 do Código de Processo Penal indicam para a aplicação da gradualidade, bem como o disposto no artigo 321, 310, II (“in fine”) e 282, §§ 4º e 6º do Código de Processo Penal, apontam não somente para a gradualidade como também especificamente para a subsidiariedade

---

<sup>21</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada Medidas cautelares, Prisões provisórias e Liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. P. 26

no que tange à opção pela prisão preventiva, hoje tida como “extrema ratio da ultima ratio”.

### **2.1.9 – Princípio da Probabilidade**

Este princípio exige que o juiz somente decrete uma cautelar quando em uma visão prospectiva entreveja a real probabilidade de que o acusado ou investigado irá ser submetido a alguma penalidade, não bastando a mera possibilidade, mas sim uma probabilidade de apenação.

Também deve este princípio, ser correlacionado com a proporcionalidade, ensejando que o julgador, ao impor determinada medida cautelar tenha em mente a eventual pena que poderá ser um dia imposta ao suposto infrator.

### **2.1.10 – Princípio da Efetividade**

As medidas cautelares não podem ser apenas meras formalidades, de forma que o Estado não tenha condições de impor seu efetivo cumprimento. Isso acarretaria uma atmosfera de descrédito, prejudicando os interesses processuais e de acautelamento social.

### **2.1.11 – Princípio da Legalidade**

Significa que as medidas cautelares não podem ser aplicadas sem terem por base uma lei que as defina

A Lei 12.403/2011 agregou à legislação processual penal um rol taxativo de medidas cautelares diversas da prisão preventiva na intenção de fornecer aos operadores do Direito instrumentos aptos a evitar o encarceramento prematuro sem que haja prejuízo à efetividade da prestação jurisdicional, da investigação policial e da segurança dos envolvidos.

## **2.2 – Características**

Conforme lição de Edilson Mougenot, as medidas cautelares, ao serem aplicadas no curso do inquérito ou do processo penal, gozam de quatro características sobressalentes: a provisoriedade, a revogabilidade, a substitutividade e a excepcionalidade<sup>22</sup>.

### **2.2.1 – Provisoriedade**

As medidas cautelares devem ter um prazo razoável para a sua duração, devendo ser provisórias, pois, caso contrário, serviriam como um fim em si mesmas.

Justamente pelo fato de as medidas serem decretadas visando assegurar uma providência útil, não podem ser definitivas, mas vinculadas tão somente ao período e à necessidade de sua imposição.

Segue entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

(...) toda medida cautelar é caracterizada pela “provisoriedade”, a fim de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se revista de caráter definitivo, e, ao contrário, destine-se a durar por um espaço de tempo delimitado. De tal sorte, a medida cautelar já surge com a previsão de seu fim<sup>23</sup>.

### **2.2.2 – Revogabilidade**

Esta característica das medidas cautelares é imperiosa, tendo em conta seu caráter provisório. São concedidas em face de determinadas circunstâncias que, se modificadas, podem torná-las inúteis, impondo sua revogação. Sendo assim, a medida será revogada sempre que não mais se fizer necessária no caso concreto, como preceitua o artigo 282, § 5º, 1ª parte do Código de Processo Penal:

---

<sup>22</sup> BONFIM, Edilson Mougenot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 20

<sup>23</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, Processo cautelar. 24ª ed. São Paulo: Leud 2008. p.52-53

CPP, Art. 282, § 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.

Outra face da revogabilidade é a possibilidade de a medida ser imposta a qualquer tempo, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Sobre o assunto, Edilson Mougnot discorre:

Dessa forma, ancora-se a revogabilidade – como a provisoriedade – em uma necessidade da decretação ou manutenção da medida. Assim, reaparecendo o pressuposto ensejador da sua imposição ou, ainda, outra situação fática que se amolde a quaisquer das providências estabelecidas no art. 319 do CPP, poderá a cautelar ser imposta novamente pelo juiz, desde que tenha relação com a razão que delimita seus contornos e lhe confere a eficácia e validade<sup>24</sup>.

### **2.2.3 – Substitutividade**

É perfeitamente possível que uma medida cautelar seja substituída por outra(s) medida(s), isolada ou cumulativamente. E esta substituição poderá se dar a pedido das partes ou *ex officio* pelo juiz:

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

§ 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.

---

<sup>24</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 22

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

Ademais, com o advento da Lei 12.403/2011, a prisão preventiva passou a ser a última opção, só podendo ser decretada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar.

A respeito desta questão, dispõe Edilson Mougenot:

O legislador fez a opção pela menor onerosidade ao acusado na imposição das medidas, preferindo as cautelares pessoais do art. 319 do CPP em detrimento da prisão. Há, pois, um escalonamento nas medidas restritivas dos direitos fundamentais, da menos onerosa (cerceamento da liberdade via prisão provisória), funcionando como “último soldado”, adentrando ao cenário processual apenas no caso de insuficiência ou inconveniência das outras medidas tomadas, oportunidade em que, nesse caso, assumiria o protagonismo ou papel principal<sup>25</sup>.

#### **2.2.4 – Excepcionalidade**

Como já exposto acima, o princípio da não culpabilidade está consagrado em nosso ordenamento jurídico, protegido constitucionalmente pelo artigo 5º, LVII. Portanto, toda e qualquer medida restritiva das garantias e liberdades previstas na Carta Magna, durante o inquérito ou a ação penal tem caráter excepcional.

Na doutrina de Norberto Avena:

As medidas cautelares devem ser aplicadas em hipóteses emergenciais, com o objetivo de superar situações de perigo à sociedade, ao resultado prático do processo ou à execução da

---

<sup>25</sup> BONFIM, Edilson Mougenot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 22

pena. Portanto, é certo que sua utilização, no curso da investigação ou do processo, deve ocorrer como exceção, mesmo porque implicam, em maior ou menor grau, restrição ao exercício das garantias asseguradas na Constituição Federal<sup>26</sup>.

O legislador reforça o caráter de excepcionalidade da prisão como cautelar processual. Se as medidas cautelares não privativas de liberdade são, elas próprias, providências subsidiárias, *ultimae rationes* do sistema processual penal, a prisão preventiva, dentre elas, funciona como exceção da exceção, *extrema ratio* por excelência. As medidas cautelares, portanto, só serão aplicáveis quando absolutamente indispensáveis à finalidade do processo; a prisão preventiva, por sua vez, somente quando as cautelares não privativas de liberdade não forem suficientes para assegurar a sua regularidade.

O Supremo Tribunal Federal já assentou orientação ao considerar que todos os recursos contra decisão condenatória, no curso do processo penal, possuirão efeito suspensivo, mantendo-se o *status quo* do indivíduo até que, em última instância decida-se sobre sua culpabilidade<sup>27</sup>, como se depreende do julgamento do Habeas Corpus abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu

---

<sup>26</sup> AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 4ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 824

<sup>27</sup> BONFIM, Edilson Mougenot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 24

art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Ordem concedida.

(HC 84078/MG – MINAS GERAIS; Relator: Min. EROS GRAU; Julgamento: 05/02/2009; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicado em: 26/02/2010)

O legislador, ao dispor que a imposição das medidas cautelares deve ser dar preferencialmente em relação às prisões, agiu com o escopo de impedir que a prisão antes da condenação definitiva possua aspecto de definitividade.

### **2.3 – Requisitos genéricos para imposição das medidas cautelares**

As medidas cautelares, excepcionais que são, devem ser impostas somente quando preenchidos os pressupostos comuns a todas elas: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni juris* consiste na constatação dos indícios de autoria e a razoável suspeita da existência do crime. Importante ressaltar que apenas se reivindica a certeza quanto à existência de um crime, mas quanto à autoria bastam indícios convincentes. A exigência de certeza nessa fase além de precipitada ofenderia o Princípio da Presunção de Inocência.

Quanto ao *fumus boni juris*, especificamente no que tange às infrações que deixam vestígios, a doutrina entende que a exigência do exame de corpo e delito (artigo 158, CPP<sup>28</sup>) não é imprescindível para a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, assim como não é obstáculo intransponível para recebimento da denúncia e nem para uma sentença condenatória.

Portanto, salvo no caso da prisão preventiva, a lei não exige a prova da materialidade do crime, na medida em que a cautelar pode ser decretada justamente por necessidade da investigação ou instrução criminal.

A situação é diversa, contudo, no que se refere à decretação da prisão preventiva, já que para esta, por ser a mais drástica das cautelares, expressamente

---

<sup>28</sup> Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

exigiu o legislador, ademais dos “indícios de autoria”, também a “prova da materialidade do crime”, conforme expressamente prevê o artigo 312 do Código de Processo Penal. Destarte, tem-se que os indícios de autoria são requisitos comuns a todos os tipos de cautelares, mas a prova da materialidade é requisito específico para a decretação da custódia preventiva<sup>29</sup>.

O *periculum in mora* consiste na demonstração do efetivo risco para o processo que a liberdade ampla e irrestrita do indivíduo representa. Há que se ter um dado concreto nos autos que comprove que a liberdade do acusado constitui verdadeiramente um risco para o regular andamento do processo.

Pertinente abordar que há uma discussão terminológica em relação aos termos dos pressupostos das medidas cautelares. Alguns autores afirmam que as nomenclaturas “*fumus boni juris*” e “*periculum in mora*” seriam adequadas ao Processo Civil e não ao Processo Penal.

O professor Aury Lopes Jr. afirma a impropriedade jurídica da aplicação do *fumus boni juris*, pois como se pode afirmar que o delito seria uma “fumaça do bom direito<sup>30</sup>”? Assim sendo, propõe a expressão “*fumus comissi delicti*” como mais apropriada, já que indicaria a probabilidade da “ocorrência de um delito” e não de um direito.

O mesmo autor também critica a expressão “*periculum in mora*” sob o argumento de que no Processo Penal a preocupação seria em relação à conduta do imputado com risco de fuga ou prejuízo probatório e não com a passagem do tempo e o prejuízo para os interesses em jogo, como ocorre no Processo Civil. Propõe, então, a expressão “*periculum libertatis*”.

### **3 – DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO**

---

<sup>29</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 27

<sup>30</sup> LOPES JR., Aury. Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar: Uma Leitura Garantista. In: Garantias Constitucionais e Processo Penal. 2002, p. 55-56.

Uma das grandes inovações da Lei 12.403/2011 no Processo Penal Brasileiro foi a superação do sistema bipolar de cautelares no ordenamento jurídico, que previa duas espécies de medida cautelar de caráter pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória.

Assim, o artigo 319 do Código de Processo Penal ampliou significativamente o rol das medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar.

Vale lembrar que este rol de medidas cautelares é taxativo, sendo o juiz impedido de ampliá-lo por critérios de interpretação extensiva.

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.

Também a previsão do artigo 320 do Código de Processo Penal é considerada uma medida cautelar não elencada no rol do artigo 319 do CPP:

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.

Bonfim, em relação ao artigo supracitado, aduz que:

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<sup>31</sup>.

As medidas cautelares pessoais diversas da prisão, de certa forma, restringem a liberdade do indivíduo, não significando, no entanto, o cerceamento do direito de locomoção.

A medida cautelar será necessária quando imprescindível para: garantir a aplicação da lei penal, para a eficácia da investigação ou da instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais. Por outro lado, será adequada quando a aplicação das medidas seja proporcional à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado (artigo 282, caput, do CPP), sendo certo que as medidas cautelares diversas da prisão têm preferência na aplicação, deixando a prisão preventiva para os casos de maior gravidade, passando a ser medida excepcionalíssima (§ 6º, artigo 282 do CPP)<sup>32</sup>.

Serão inviáveis as medidas cautelares restritivas de liberdade quando se tratar de crimes passíveis de transação penal e suspensão condicional do processo, sendo, no entanto, cabíveis em quaisquer crimes ou contravenções, desde que seja cominada ao crime, isolada, alternativa ou cumulativamente, a pena privativa de liberdade, de acordo com o previsto no artigo 283, § 1º do CPP, *in verbis*:

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.

---

<sup>31</sup> BONFIM, Edilson Mougenot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 147

<sup>32</sup> CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís. nº 18, jan/dez. 2011.

§ 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.

Consoante lição de Norberto Avena:

As medidas cautelares alternativas podem ser aplicadas no sistema processual vigente sob três óticas: aplicação autônoma, sem o caráter substitutivo da prisão preventiva; aplicação em caráter substitutivo da prisão preventiva (art. 282, § 6º, CPP); e aplicação vinculada ao benefício da liberdade provisória (art. 321, CPP)<sup>33</sup>.

Conforme o § 2º, do artigo 282 do CPP, as medidas cautelares poderão ser decretadas pelo juiz, de ofício, quando entender presente a necessidade de sua ocorrência, ou a requerimento das partes ou, quando no curso investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Observa-se, então, que o juiz só poderá decretar as medidas cautelares de ofício durante a fase processual. Neste ponto, Sandro Lobato de Carvalho aduz que por serem as medidas cautelares imposições restritivas de liberdade, para não se ferir o sistema acusatório, o juiz deve, antes de decretar as medidas cautelares, ouvir o titular da ação penal, não sendo adequado, portanto, a decretação de ofício de qualquer medida cautelar<sup>34</sup>.

Seguindo a linha de pensamento, o mesmo autor conclui que tendo a Constituição Federal conferido ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, a representação da autoridade policial pela decretação de medida cautelar deve necessariamente ser encaminhada ao Ministério Público para análise, não

---

<sup>33</sup> AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. 4ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 845-846.

<sup>34</sup> CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís. nº 18, jan/dez. 2011.

podendo o magistrado decretar tais medidas somente com a representação da autoridade policial, sem a oitiva do Órgão Ministerial<sup>35</sup>.

Procurando dar efetividade às medidas cautelares inicialmente decretadas, o § 4º, do artigo 282 do CPP, dispõe que, quando descumpridas, o juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.

Pelos motivos já mencionados, aqui também o mestre Sandro Lobato de Carvalho crê ser inadequado que o magistrado substitua, imponha outra medida ou decrete a prisão preventiva sem que haja um requerimento neste sentido, seja do Ministério Público, seja do assistente da acusação ou do querelante.

Tendo em vista o caráter precário das medidas cautelares, podem elas ser revogadas, alteradas ou substituídas sempre que não forem mais úteis e eficazes para o fim almejado. Caso as razões que as justifiquem reapareçam, poderão as medidas serem reestabelecidas (§ 5º).

A prisão preventiva também poderá ser substituída por uma medida cautelar menos gravosa quando esta se revelar mais adequada e suficiente para a efetivação do processo<sup>36</sup>.

A lei foi omissa quanto ao prazo de duração das medidas cautelares, então estas devem ser mantidas durante a tramitação do processo e enquanto perdurar a necessidade e adequação.

Destarte, inovou a novel legislação criando duas variantes de medida cautelares distintas, qual seja a prisão e as medidas cautelares diversas da prisão.

### **3.1 – Comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, CPP)**

---

<sup>35</sup> CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís. nº 18, jan/dez. 2011.

<sup>36</sup> CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís. nº 18, jan/dez. 2011.

O escopo desta medida cautelar é cientificar o juízo de que o acusado permanece à sua disposição para prática dos atos que se fizerem necessários à persecução penal e, mais ainda, manter o magistrado informado sobre as atividades que vem sendo exercidas no intervalo entre as apresentações<sup>37</sup>.

Esta medida já encontrava previsão no artigo 89, § 1º, IV da Lei nº 9.099/95, mas como condição para a suspensão condicional do processo:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

A antiga redação estabelecia a periodicidade do comparecimento a juízo, que deveria ser mensal. Já a atual redação foi omissa nesse sentido, deixando ao juiz a tarefa de fixar os prazos e as condições do comparecimento.

Neste caso, deverá o magistrado agir com cautela, prudência e razoabilidade quando da fixação de tais parâmetros, evitando a imposição de prazos muito curtos e também de prazos excessivamente longos.

---

<sup>37</sup> AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 4ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 849

Estudiosos como Bonfim e Cabette acreditam que esta medida cautelar corre o risco de tornar-se uma mera formalidade, na qual o indiciado ou acusado comparecerá ao juízo apenas para assinar o livro de presença e depois será dispensado, só retornando ao término do próximo prazo.

### **3.2 - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II, CPP)**

Esta medida, da mesma forma, já encontrava previsão como condição para a suspensão condicional do processo, no artigo 89, § 1º, II da Lei nº 9.099/95, além de ser prevista também em outras legislações esparsas. Com a Lei nº 12.403/2011 é estendida a todo processo penal.

Tem como objetivo a prevenção de novas práticas delituosas, na tentativa de preservar a ordem pública.

A atual redação é mais limitativa, uma vez que veda não só a frequência, mas o simples acesso, proibindo que o acusado adentre o estabelecimento ainda que por uma única vez, durante o prazo da cautelar, mesmo que sem a intenção de frequentá-lo.

Importante destacar que os lugares a que o acusado deverá ter obstado o acesso ou a frequência devem guardar relação com o fato praticado, visando o fim específico de evitar o risco de novas infrações<sup>38</sup>.

### **3.3 - Proibição de manter contato com pessoa determinada (art. 319, III, CPP)**

Esta medida surgiu com o advento da Lei 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha. A Lei 12.403/2011 apenas estendeu genericamente a medida a todo processo penal, podendo ser aplicada livremente, desde que guarde relação com o fato praticado.

---

<sup>38</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 44

O legislador da Lei 12.403/2011, tal qual o da Lei Maria da Penha olvidou de estabelecer as distâncias mínimas e máximas. No entanto, esta omissão foi benéfica, pois permite que o julgador estabeleça as distâncias de acordo com as particularidades de cada caso.

O juiz deve ser prudente ao arbitrar as distâncias a serem impostas, atentando-se para fatores como o tamanho da cidade, as atividades profissionais e as relações dos envolvidos, por exemplo.

A jurisprudência, nos casos relacionados à Lei Maria da Penha, tem entendido que, em regra, deve-se estabelecer uma distância mínima de 200 metros, consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. RECORRENTE ACUSADO DE AMEAÇA (ART. 147 DO CPB) CONTRA SUA EX-MULHER E FILHOS COM UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. NEGATIVA DE AUTORIA. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO. NECESSIDADE DE APROFUNDADO EXAME PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE VEDAÇÃO À APROXIMAÇÃO DAS VÍTIMAS. JUSTIFICAÇÃO IDÔNEA APRESENTADA. REAL TEMOR DAS VÍTIMAS EM RELAÇÃO AO SUPOSTO AGRESSOR. PARECER MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apreciar a tese de inocência do acusado implica aprofundado exame das provas, medida inviável nos estreitos limites da via mandamental. 2. Há fundamentos suficientes para a decretação de medida protetiva se, como na espécie, o Juízo de primeiro grau proíbe a aproximação do réu, por ao menos 200 metros das vítimas, amparando-se no temor destas em relação àquele que as ameaçou, o que fez com auxílio de arma de fogo. 3. Parecer do MPF pelo desprovisionamento do recurso. 4. Recurso desprovido. (RHC

26.499/ MG. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado no Dj de 01/03/2010).

No TJ/RJ foi fixada a distância de 1 km, a fim de atender os carizes do caso concreto:

AGRAVO - LEI MARIA DA PENHA - CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS CONSISTENTE NA PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO E DE DIRIGIR-SE À RESIDÊNCIA OU TRABALHO DA EX-COMPANHEIRA - AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - MEDIDAS CONCEDIDAS INAUDITA ALTERA PARS COM PREVISÃO LEGAL - AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1 – A decisão que deferiu as medidas protetivas de proibição de aproximação a menos de 1 km de distância da vítima, bem como de com ela manter qualquer comunicação, coibindo-o, ainda, de se dirigir à residência ou local de trabalho dela, encontra-se devidamente fundamentada e, embora prolatada com decurso de tempo, se respaldou em fatos trazidos pela vítima e, à época, necessários à sua proteção, não havendo que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando o legislador inclusive previu a possibilidade de concessão das medidas inaudita altera pars. 2 – Agravo conhecido e não provido. (TJRJ/ 3ª Câmara Criminal, Ag. 2007.180.00017, rel. Zélia Maria Machado dos Santos, julgado em 14/11/2008).

A proibição de contato é ampla, não abarcando apenas o distanciamento físico. A pessoa submetida à medida também não deve fazer contato por meio eletrônico, telefônico ou por intermédio de qualquer outro meio.

Além do mais, a restrição imposta pela medida não se refere apenas à vítima do crime, pode recair sobre testemunhas, peritos e cúmplices, ou seja, sobre

qualquer pessoa que o acusado tenha que se manter distante, desde que haja circunstâncias relacionadas ao fato.

### **3.4 - Proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV, CPP)**

Já era prevista como condição da suspensão condicional do processo, no artigo 89, § 1º, III da Lei 9.099/95. A Lei 12.403/2011 apenas conferiu qualidade de cautelar para esta medida.

Tem como finalidade garantir o bom andamento da instrução ou investigação criminal, somente podendo ser aplicada se a permanência do indiciado ou acusado for imprescindível.

Uma vez encerrada a instrução ou investigação, a medida não pode mais ser aplicada ou mantida, o que, de certa forma, torna a medida limitada, podendo o legislador ter se referido à garantia da aplicação da lei penal, a fim de torna-la mais extensa.

Embora a lei seja omissa, entende-se que o indivíduo poderá, excepcionalmente, deixar a Comarca mediante requerimento fundamentado solicitando autorização judicial e também em casos de emergência, mesmo sem autorização, contanto que seja caso de justa causa.

Frise-se, outrossim, que se trata de mais uma medida que, na prática, não surtirá grande efeito, porquanto não se tem qualquer tipo de controle pelo Poder Público acerca da ausência ou não do acusado ou indiciado. Restará, pois aplicada acreditando-se no princípio da “boa-fé processual” de seu efetivo cumprimento<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 48

### **3.5 - Recolhimento domiciliar (art. 319, V, CPP)**

Trata-se de medida inovadora que pressupõe dois requisitos essenciais: residência e trabalho fixos. Tendo o indiciado ou acusado estes requisitos cumpridos, pode o juiz impor o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.

Esta medida cautelar difere da prisão domiciliar na medida em que na prisão, o indivíduo não pode sair de casa mesmo durante o dia para trabalhar.

Quando se questiona acerca da possibilidade de aplicação da medida aos que tem domicílio certo, mas trabalham no período noturno, a doutrina se divide. Uns acham que, por ser a medida excepcional, deve ela ser interpretada restritivamente, não podendo ser aplicada aos que trabalham no turno da noite. Outros pensam parecer justa a hipótese do trabalho noturno, visto que a finalidade da medida, que é assegurar a permanência na residência durante o período de inatividade, estaria sendo cumprida.

### **3.6 - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira (art. 319, VI, CPP)**

As suspensões podem ser da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e se justificam quando houver justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais.

Deve haver, portanto, certo liame entre a função pública, econômica ou financeira exercida pelo agente e a modalidade criminosa de que se receia reiteração ou prática. Embora seja necessário esse liame entre a função e o crime praticado, não há necessidade de que a infração tenha sido perpetrada no exercício ou em razão das funções, bastando que o agente possa se beneficiar do cargo ou função para novas infrações<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403/11 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p. 455

Embora o dispositivo em comento somente mencione o cabimento da medida para evitar a prática de novas infrações penais, também poderá ser utilizado para assegurar o interesse processual, quando houver fundado receio de que o funcionário ou pessoa que atua na área econômica possa se utilizar do cargo ou função para destruir provas, intimidar pessoas, ocultar fatos, evadir-se etc<sup>41</sup>.

Tal medida restringe-se, em verdade, aos crimes de natureza econômica, bem como àqueles contra a Administração Pública<sup>42</sup>.

Acerca da definição de “função pública” e “atividades econômico-financeiras”, Eugênio Pacelli nos ensina sobre a amplitude dos termos utilizados pelo legislador:

Por **função pública** há que se entender toda atividade exercida junto à Administração Pública, seja em *cargo público*, seja em *mandatos eletivos* (de natureza política), seja, finalmente, por autorização ou delegação do Poder Público, seja no âmbito das empresas públicas. A delimitação de seus contornos conceituais há que ser encontrada no Direito Administrativo. Compreende-se por função pública, então, toda a sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços pelo servidor público, o que incluiria também o *emprego público* sob o regime trabalhista.

Já o conceito de **atividades econômico-financeiras** é bem mais amplo, devendo ser buscado, sobretudo, em relação ou em associação ao tipo de delito que se esteja investigando ou processando. De todo modo, a atividade empresarial, de maneira geral, implica o simples e geral desempenho de atividade de natureza econômica. A seu turno, a atuação junto aos bancos, comerciais ou não, e demais instituições

---

<sup>41</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403/11 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p. 456

<sup>42</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 50

financeiras, abrangidas pelo Sistema Nacional Financeiro, satisfazem o conceito de atividade financeira.

No particular, ressalta-se a importância estratégica da posição ocupada pelo agente junto às instituições financeiras como fator de risco de reiteração do comportamento e de destruição de provas<sup>43</sup>.

No caso de funcionário público, a suspensão cautelar das funções não inibirá a apuração administrativa por meio do devido processo administrativo. O afastamento também não poderá representar prejuízo aos vencimentos ou subsídios, sob pena de afronta à presunção de inocência.

### **3.7 - Internação provisória do inimputável ou do semi-imputável (art. 319, VII, CPP)**

O dispositivo originado da Lei 12.403/2011 tenta estabelecer uma espécie de medida de segurança cautelar para os crimes praticados com violência ou grave ameaça por agente inimputável ou semi-imputável. Para tal, é imprescindível laudo médico-pericial para a decretação da medida.

São três os critérios autorizadores da medida cautelar: crime cometido com violência ou grave ameaça (periculosidade do agente), inimputabilidade ou semi-imputabilidade e possibilidade de reiteração criminosa. Para a imposição da medida, os requisitos devem coexistir.

Conforme lição de Aury Lopes Júnior:

[...] a internação provisória não pode ser desconectada do sistema cautelar, de modo que, mesmo sendo inimputável o agente, é imprescindível a demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (aqui, assumido como risco de

---

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Atualização do processo penal, Lei 12.403. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 21

reiteração) nos mesmos termos anteriormente expostos. Destarte não se pode desconsiderar o disposto o art. 314, de modo que o inimputável pode ter agido em legítima defesa ou estado de necessidade da mesma forma que alguém inimputável e, por isso, não pode ser submetido à internação provisória<sup>44</sup>.

Se, ao final do processo for constatada a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, será prolatada sentença absolutória imprópria, com a imposição de medida de segurança.

### **3.8 - Fiança (art. 319, VIII, CPP)**

Nas palavras de Bonfim:

Atualmente, a natureza da fiança é diversa, constituindo uma caução – termo, por sua vez, aparentado etimologicamente a precaução. Trata-se de garantia real, independente, portanto, da idoneidade de quem a presta, consistente na entrega de bens ao Estado, com o fim de assegurar a liberdade do indiciado ou réu durante a *persecutio criminis*, e, secundariamente, também para garantir o pagamento de custas processuais e ônus a que estiver sujeito o réu<sup>45</sup>.

A medida cautelar da fiança deve ser aplicada com o escopo de assegurar o comparecimento do acusado aos atos processuais, bem como evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

De acordo com o artigo 330 do Código de Processo Penal, a fiança compreende o depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

---

<sup>44</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. Lei 12.403/2011. 2.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>45</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 473.

O instituto da fiança pode ter natureza de medida cautelar associada à liberdade provisória, medida cautelar autônoma e medida administrativa de garantia real, quando aplicada por autoridade policial.

Se estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva não poderá ser concedida a fiança, isto é, será infiançável. Por outro lado, na ausência dos requisitos da prisão preventiva, deverá ser concedida a liberdade provisória, com ou sem fiança<sup>46</sup>.

Segundo os artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal, não será concedida fiança aos indivíduos que, no mesmo processo, a tiverem quebrado anteriormente ou infringido, sem justo motivo, qualquer das obrigações de comparecimentos aos atos processuais para a manutenção do endereço.

Por óbvio, não é aplicável a fiança aos crimes infiançáveis, previstos no artigo 323 do Código de Processo Penal, quais sejam, racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, crimes hediondos, crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. No entanto, não havendo necessidade de prisão preventiva e nem de providências cautelares, não é vedada a concessão de liberdade provisória para estes crimes.

Esta questão causa estranheza, pois ao invés de um ônus, o indiciado ou acusado por crime infiançável acha-se diante de um benefício. Mesmo que o juiz queira impor uma fiança, estará ele proibido de fazê-lo, por tratar-se de crime infiançável. Assim, é mais favorável responder por um crime infiançável do que por crime afiançável, já que a liberdade provisória, quando for o caso, jamais poderá ser concedida acompanhada por fiança.

Não será, igualmente, concedida a fiança nos casos do artigo 324 do Código de Processo Penal, ou seja:

---

<sup>46</sup> NICOLITT, André Luiz. Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 92

a) - Aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringindo, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os artigos 327 e 328 do CPP (inciso I). Portanto, a quebra da fiança torna-a inaplicável para o mesmo processo.

b) – Nos casos de prisão civil e militar, pois a fiança é um instituto que tem como objetivo garantir a presença do réu ou investigado aos atos do processo penal. Sem este fim, a fiança não se justifica.

A fiança é vista como regra, só não podendo ser imposta quando houver vedação legal. Será aplicada sempre para atingir um dos três desideratos principais, quais sejam: assegurar que o agente compareça a todos os atos do processo, evitar que obstrua o seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial<sup>47</sup>.

Por se tratar de um direito do acusado, deve ser a fiança respeitada independentemente do momento processual, tendo que observar apenas o trânsito em julgado da sentença penal, uma vez que, se for condenatória, a prisão deixará de ser cautelar, não sendo mais possível o arbitramento de fiança (artigo 334, CPP).

O valor da fiança (artigo 325, CPP) será fixado por quem a conceder, podendo ela ser reduzida até o máximo de 2/3, aumentada em até 1.000 (mil) vezes ou dispensada, caso o juiz mensure que o acusado ou indiciado não tem condições financeiras para suportá-la (artigo 350 do CPP). Neste caso, deve ser concedida a liberdade provisória vinculada às obrigações dos artigos 327 e 328 do CPP e a outras medidas cautelares, se necessário for.

À autoridade policial é vedado o aumento do valor em até 1.000 (mil) vezes (§1º, III, do artigo 325, CPP), pois tal ampliação foge de suas competências.

À autoridade policial foi atribuído o arbítrio de conceder fiança, desde que seja caso de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a

---

<sup>47</sup> AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 4ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 861

superior a 4 (quatro) anos. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que terá 48 (quarenta e oito) horas para decidir (artigo 322, CPP), não sendo necessária a prévia manifestação do Ministério Público, que somente será certificado depois de concedida (artigo 333, CPP).

Em caso de a autoridade policial recusar ou retardar 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 (artigo 335, CPP).

Conforme o artigo 336 do Código de Processo Penal, condenado definitivamente o réu, a fiança servirá para o pagamento das custas processuais, de eventual indenização obtida em ação civil *ex delicto*, da prestação pecuniária e, se imposta, da pena de multa.

A ocorrência da prescrição da pretensão executória não impede que o valor da fiança seja destinado ao pagamento das custas processuais e da indenização devida ao ofendido. Entretanto, eventual pena de multa imposta não será paga com o valor da fiança, uma vez que o Estado não mais poderá executá-la<sup>48</sup>.

Se o réu for absolvido, se a fiança é declarada sem efeito ou se houver extinção do feito sem julgamento do mérito, o valor que a constitui será atualizado e devolvido sem desconto ao réu (artigo 337, CPP). Se ocorrer a prescrição (artigo 336, parágrafo único, CPP), devolve-se o valor, descontando-se apenas as custas e a indenização pelo dano, pois eventual multa ou prestação pecuniária, por serem penas, também estarão prescritas<sup>49</sup>.

O valor da fiança será totalmente perdido se o condenado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta (artigo 344, CPP).

Neste ponto, há certa discordância na doutrina. Bonfim entende que, não consistindo a pena em recolhimento à prisão, não tem o réu que sofrer os efeitos

---

<sup>48</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 158

<sup>49</sup> NICOLITT, André Luiz. Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 94

desta sanção. Já Thiago Minagué argumenta que, como a antiga redação mencionava apenas casos de pena de prisão e a atual passou a mencionar “apresentação para o início do cumprimento da pena”, esta abrangeria toda e qualquer pena imposta, pouco importando sua espécie ou qualidade.

Segundo dispõe o artigo 341 do Código de Processo Penal, quebra-se a fiança quando o acusado se abstém de cumprir as obrigações que lhe são impostas como condição para que permaneça livre. Assim, quebra a fiança aquele que, regularmente intimado, deixa de comparecer, sem justa causa, a ato do processo (inciso I); que deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo (inciso II), atuando de modo a procrastinar o feito; que descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança (inciso III); que resistir injustificadamente a ordem judicial (inciso IV) ou que praticar nova infração penal dolosa (inciso V), mediante sentença penal condenatória transitada em julgado.

O artigo 343 do Código de Processo Penal inova no sentido de que o quebramento da fiança não mais ensejará obrigatoriamente a decretação imediata da prisão preventiva. Sendo ela quebrada injustificadamente, metade do seu valor será perdido, restando ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, decretar a prisão preventiva (artigo 343, CPP).

Conforme os artigos 345 e 346 do Código de Processo Penal, no caso de perdimento ou quebramento da fiança, será o saldo restante, após a dedução das custas e encargos, recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional. Em ambos os casos, o valor pedido (total ou metade respectivamente) o é de forma definitiva, não havendo devolução ao afiançado mesmo em caso de absolvição<sup>50</sup>.

### **3.9 - Monitoramento eletrônico (art. 319, IX, CPP)**

Esta medida cautelar surgiu no Brasil com a Lei nº 12.258/2010. Por meio da previsão no artigo 319 do CPP a medida foi estendida para além da execução penal, alastrando-se para as fases de inquérito policial e ao longo da instrução criminal.

---

<sup>50</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403/11 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p. 469

Consiste numa tornozeleira que o acusado ou indiciado deve utilizar e que envia informações automaticamente para uma central, visando a possibilidade de vigilância ininterrupta. Fica a critério do juiz as suas condições e limites.

Entende Bonfim que, se eventualmente o indiciado ou acusado vier a romper ou danificar o aparelho, a medida cautelar restará descumprida, sendo possível a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312, parágrafo único, do CPP<sup>51</sup>.

A questão da constitucionalidade do monitoramento eletrônico vem sendo amplamente debatida pela doutrina. Estudiosos como Luiz Antônio Câmara, Eugênio Pacelli e Polastri entendem que este método viola a dignidade humana, visto que o uso destes aparelhos seria constrangedor para a pessoa monitorada. De outra banda, autores como Adel El Tasse e Bonfim, pensam ser a medida constitucional e útil.

Eduardo Cabette identifica três correntes de pensamento quanto à constitucionalidade ou não da medida cautelar de monitoramento eletrônico:

a) – Inconstitucionalidade absoluta – por franca violação dos direitos à liberdade, privacidade e, principalmente, dignidade da pessoa humana. Isso devido ao estigma provocado pelo uso de tornozeleiras e pulseiras;

b) – Constitucionalidade condicionada – a medida seria a princípio inconstitucional, considerando as violações sobreditas devido aos métodos e instrumentos hoje disponíveis, mas poderia vir a ser aceita desde que o desenvolvimento tecnológico possibilite a utilização de meios menos invasivos e estigmatizantes;

c) – Constitucionalidade incondicionada – a medida seria constitucional desde logo e com o uso dos aparelhos disponíveis no momento, eis que proporcional diante da relatividade diante dos direitos fundamentais e inclusive positiva para o

---

<sup>51</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 52

sujeito passivo da medida, considerando o fato de ser uma alternativa à custódia provisória<sup>52</sup>.

O presente trabalho concorda com a ideia de que esta medida ainda é melhor que o cárcere, seguindo a mesma linha de pensamento de Bonfim:

(...) os direitos fundamentais não são absolutos, cedendo quando em conflito com outros direitos, no caso concreto. Outrossim, o simples uso de uma tornozeleira ou outro dispositivo *de per se* não é vexatório e indignificante, pois visa a justamente estabelecer um controle acerca da localização do réu sem que se faça necessário ser destacado um policial ou agente para o acompanhar durante o prazo da medida. Dependerá, ademais, da fundamentação explicitadora do porque de seu uso, que, como todos os princípios, demandará argumentação jurídica, esta que, em última análise, permitirá um controle sobre o acerto ou não da decisão. Vale dizer, havendo conflito de princípios ou colisão de direitos fundamentais, no caso concreto, o Judiciário dirá porque da prevalência a um desses princípios ou valores em detrimento do outro, ou, em outras palavras, porque um desses princípios ou valores se restringe (mediante o método da proporcionalidade, por exemplo), favorecendo no caso *sub judice* outro princípio ou valor de modo maximizado.

Ademais, a medida visa a justamente evitar a prisão preventiva do acusado, providência sem dúvida mais lesiva ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por tais razões, não meramente legítima a proposta como potencializadora do próprio princípio da dignidade humana, na medida em que possibilita substituir a prisão preventiva, redutora *in extremis*, ela, sim, do espaço de

---

<sup>52</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403/11 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p. 469

liberdade do cidadão. Sendo a prisão preventiva, pois, constritora em maior medida do direito fundamental da liberdade, decorrência ou desdobramento da dignidade humana, esta é tão ou mais bem preservada quando se opta (monitoramento eletrônico) por medida menos invasiva do *jus libertatis* do cidadão. Por conseguinte, forçosa a conclusão, que o caso concreto e a fundamentação pela qual se adotou uma ou outra medida, na ordem verdadeiramente escalonada da lei, dirá de seu acerto ou incorreção, controle este tão mais eficaz quanto o seja a clareza ou o primor que dimanar da referida fundamentação<sup>53</sup>.

### **3.10 - Proibição de ausentar-se do país (art. 320, CPP)**

Embora não se encontre arrolada nas hipóteses do artigo 319, verifica-se a existência de outra medida cautelar. Trata-se da proibição de ausentar-se do país. E, para que o indiciado ou acusado não se ausente do país, faz-se necessária a comunicação às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, e recolhimento do passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Esse prazo de 24 (vinte e quatro) horas deve ser contado a partir da efetiva intimação do sujeito passivo da medida, conforme o disposto no artigo 798, § 5º, “a” do CPP e, se por acaso terminar em sábado, domingo ou feriado, será prorrogado até o dia útil imediato (§ 3º do artigo 798, CPP)<sup>54</sup>.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, encerrou-se o debate nos Tribunais Superiores acerca da entrega do passaporte pelo indiciado ou acusado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Entendia-se que o ato da entrega configurava constrangimento ilegal, pois violava o a liberdade de ir e vir, sem que houvesse previsão legal autorizando a medida.

---

<sup>53</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 52-53

<sup>54</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403/11 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p. 476

Sobre do tema, o STF expôs seu entendimento no julgamento do HC 101830, admitindo, diante do princípio da proporcionalidade, a retenção do passaporte do acusado que gozava de liberdade provisória, encontrado no Informativo nº 623 do Pretório Excelso:

A 1ª Turma denegou habeas corpus no qual pretendida a devolução definitiva dos passaportes dos pacientes. Na espécie, eles foram acusados de integrar organização criminosa dedicada à prática de crimes de descaminho e de corrupção ativa e passiva, relacionados à internação de mercadorias sem pagamento de tributos. A defesa alegava a ilegalidade da apreensão dos respectivos passaportes no curso de ação penal, por supostas violação ao direito de locomoção e antecipação de juízo condenatório. Inicialmente, entendeu-se que o writ seria instrumento apto para afastar o constrangimento ilegal à liberdade de locomoção que consubstanciasse o pedido imediato da causa, mas não o meramente mediato, de modo que não seria o meio idôneo para se obter restituição de coisas apreendidas. Asseverou-se, ainda, a constitucionalidade da apreensão de passaportes como medida acautelatória no processo penal. (HC 101830/SP, rel. Min. Luiz Fux, 12.4.2011).

Não obstante a lei deixe de prever qualquer punição quanto ao descumprimento do referido prazo, entende-se 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<sup>55</sup>.

A eficácia desta medida é duvidosa, uma vez que não é exigida a posse do passaporte para circular entre os países do Mercosul. Além do mais, a saída do país pode se dar de outras formas, que não só de avião.

---

<sup>55</sup> BONFIM, Edilson Mougenot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 55

Para a efetivação da medida, seria necessário intensificar a fiscalização nas fronteiras, o que é muito difícil, dada a enorme extensão do país.

Esta cautelar só se justifica quando houver fundado receio de fuga e sempre como alternativa à prisão preventiva<sup>56</sup>.

#### **4 – PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL**

A prisão cautelar é aquela que ocorre antes de condenação penal transitada em julgado, portanto, não tem natureza de pena, serve apenas como instrumento ao

---

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Atualização do processo penal, Lei 12.403. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 24

processo, devendo atender os pressupostos do *fumus commisi delicti e periculum libertatis*.

O *caput* artigo 283 do Código de Processo Penal, com nova redação conferida pela Lei 12.403/2011, aponta as prisões cautelares previstas no ordenamento penal:

CPP, 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**.

Consoante o artigo 289 do Código de Processo Penal, quando o acusado estiver em território nacional, mas em local diverso da comarca do juiz que expediu o mandado, a prisão poderá ocorrer de duas formas: a) – por carta precatória, na qual deverá constar o inteiro teor do mandado (*caput*); b) – se houver urgência, mediante requisição por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança, se arbitrada (§ 1º).

A averiguação da autenticidade da comunicação, seja por que meio for, cabe à autoridade a quem se fizer a requisição (§ 2º). E após cumprido o mandado, o juiz processante tem um prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida, para providenciar a remoção do preso (§3º).

A novel redação do artigo 300 do Código de Processo Penal estabelece a separação obrigatória entre presos provisórios e os definitivamente condenados, nos termos do artigo 84 da Lei de Execução Penal. Foi suprimida a discricionariedade existente na redação anterior, a qual ordenava a separação “sempre que possível”.

O parágrafo único do mesmo artigo findou com a prisão especial para as autoridades enumeradas no revogado artigo 295, inclusive os militares. Com a nova lei, os militares, quando presos em flagrante delito ou por autoridade policial, após

lavratura dos procedimentos legais, deverão ser recolhidos no quartel da instituição a que pertencerem, permanecendo à disposição das autoridades.

A decisão do juiz que decretar a custódia provisória, segundo o artigo 315 do Código de Processo Penal, deve ser fundamentada, valendo-se de elementos existentes nos autos do inquérito ou do processo. A mera repetição dos termos legais, sem qualquer referência às circunstâncias do caso concreto não basta<sup>57</sup>.

A prisão, conforme o § 2º do artigo 283 do Código de Processo Penal, poderá ser realizada em qualquer dia e a qualquer hora, contanto que respeitada a inviolabilidade de domicílio prevista na Constituição Federal (art. 5º, XI).

#### **4.1 – Prisão em flagrante**

É uma medida restritiva de liberdade que independe de ordem judicial, nas hipóteses do artigo 302 do Código de Processo Penal.

De acordo com definição de Noronha, flagrante é uma qualidade do delito: está ele em flagrância, ou seja, sendo cometido, praticado naquele momento e, por isso mesmo é patente e irrecusável<sup>58</sup>.

Desse modo, prisão em flagrante delito é aquela na qual o agente é surpreendido no momento da execução da conduta criminosa.

Com a modificação do artigo 310, II do CPP, a prisão em flagrante deixa de ser uma modalidade de prisão cautelar e passa a ser pré-cautelar, pois não subsiste por si só, não sendo nada após o prazo de 24 horas, não tendo mais a função de garantir o resultado final do processo, mas apenas destinando-se a colocar o detido

---

<sup>57</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 141

<sup>58</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. P.483-484

à disposição para que o magistrado adote uma das medidas cautelares ou conceda a liberdade<sup>59</sup>.

Nas palavras de Bonfim:

Assim não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante. Sustentavam os livros que no Direito brasileiro, a prisão em flagrante poderia durar por todo o processo, sem que houvesse a necessidade de sua conversão em prisão preventiva. Agora, com a mudança de redação trazida pela novel legislação, somente subsistem duas modalidades de prisão no processo penal: a prisão preventiva (decretada inicialmente pelo juiz ou convertida pelo flagrante) e a temporária (com a observância dos prazos previstos em lei)<sup>60</sup>.

Também nas palavras de Lopes Jr.:

Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. (...) o flagrante não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar<sup>61</sup>.

O flagrante pode ser facultativo, quando realizado por “qualquer do povo” ou compulsório, que será o caso do realizado pelas autoridades policiais e seus agentes. Assim, o artigo 301 obriga as autoridades e autoriza os particulares a efetuarem a prisão em flagrante. Essas são modalidades de flagrante de acordo com o autor da prisão.

---

<sup>59</sup> CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís. nº 18, jan/dez. 2011.

<sup>60</sup> BONFIM, Edilson Mougenot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 123

<sup>61</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.36 37

As espécies de flagrante quanto à situação em que se encontra o agente no momento de sua capta estão dispostas no artigo 302 do CPP. Desta forma, o flagrante pode ser próprio, também chamado de real, verdadeiro, perfeito, em sentido próprio ou propriamente dito (incisos I e II), impróprio, conhecido também como irreal, quase flagrante, imperfeito ou em sentido impróprio (inciso III) ou presumido, podendo também ser chamado de ficto, fictício ou assimilado (inciso IV).

O flagrante próprio é aquele no qual o agente é surpreendido no instante em que está cometendo o crime ou quando acabou de cometê-lo.

No flagrante impróprio, há que ocorrer perseguição pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer outra pessoa, imediatamente após a prática do crime, em situação que faça presumir o perseguido ser o autor da infração.

Importante destacar que a perseguição deve ser ininterrupta. Pode ela durar horas ou até mesmo dias, só o que não pode ocorrer, para que o flagrante seja considerado válido, é a interrupção da perseguição.

A espécie de flagrante presumido ocorre quando o suposto agente é encontrado, logo depois da ocorrência da infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que gerem a presunção de que ele cometeu um crime.

A expressão utilizada por este dispositivo – “logo depois” – transmite ideia de efemeridade, ou seja, que não transcorra muito tempo entre a infração e a prisão.

Quanto às circunstâncias em que se efetua a prisão, o flagrante pode ser preparado ou provocado, esperado ou forjado.

O flagrante preparado ou provocado ocorre quando a autoridade instiga a prática de um crime, de maneira que este é cometido preponderantemente em razão de sua atuação<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 69

O flagrante esperado se configura quando a polícia, tendo conhecimento da possibilidade do acontecimento de um crime, dirige-se até o local e aguarda o início da execução da infração. Só ocorrerá o flagrante se a intervenção se der depois de iniciada a execução.

O flagrante forjado ocorre quando elementos probatórios são forjados para incriminar determinada pessoa, induzindo a autoridade em erro e acarretando a prisão do indivíduo. Na realidade, aqui não se pode falar em flagrante, uma vez que este pressupõe um crime, que, no caso, não existiu<sup>63</sup>.

Feita a captura, o preso deve ser apresentado à autoridade competente para a lavratura do auto de prisão. Procede-se à oitiva do condutor, das testemunhas e do próprio preso (art. 304 do CPP).

É imprescindível a imediata comunicação da prisão ao juiz competente para exame de sua legalidade, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (artigo 306 do CPP).

Em até 24 horas após a prisão, deverá ser o auto de prisão em flagrante encaminhado ao juiz competente para exame de sua legalidade. Caso o preso não informe o nome de advogado para defendê-lo, deverá também ser remetida cópia integral para a Defensoria Pública (§ 1º do artigo 306 do CPP). No mesmo prazo, deverá ser entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa.

Diante deste panorama, é possível afirmar que o legislador interpretou o termo “imediatamente” como sendo no máximo em 24 (vinte e quatro) horas, uma vez que no caput se fala em “imediatamente” e no parágrafo, para situações que praticamente se equivalem, fixa 24 (vinte e quatro) horas. A nova redação do artigo 306 do CPP não deixa margem para dúvida. O auto de prisão em flagrante deve ser

---

<sup>63</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 70

encaminhado ao juiz em 24 (vinte e quatro) horas e a partir deste é que o juiz deverá proceder nos termos do artigo 310 do CPP<sup>64</sup>.

O artigo 310 disciplina a conduta do magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante:

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.

Assim sendo, verificada a ilegalidade da prisão, deverá o juiz relaxá-la imediatamente, de acordo com o que determina a Constituição Federal no seu artigo 5º, incisos LXII e LXV.

Nesse caso, não se trata de hipótese de liberdade provisória, mas de relaxamento da prisão ilegal não se impondo qualquer medida cautelar ao liberado<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> NICOLITT, André Luiz. Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 62

Estando a prisão formalmente em ordem, sem nenhum vício que a inquiere, caberá ao juiz, se entender necessário, converter a prisão em flagrante em preventiva, calcando-se nos elementos dispostos no artigo 312 do CPP. Todavia, à luz do princípio da proporcionalidade, a prisão preventiva deve ser a última das medidas aplicáveis, somente tendo lugar quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão<sup>65</sup>.

Além do mais, ao magistrado cabe fundamentar a decisão convertendo a prisão em flagrante em prisão preventiva, não sendo suficiente a mera menção aos requisitos legais da preventiva. É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. RÉ PRESA EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. NECESSIDADE DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. PERICULOSIDADE NÃO DEMONSTRADA. PACIENTE QUE NÃO APRESENTOU COMPROVANTES DE RESIDÊNCIA E DO DESEMPENHO DE ATIVIDADE LABORAL ILÍCITA. NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. O Juiz processante, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá analisar a presença dos requisitos da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, fazendo-se mister a demonstração concreta dos referidos requisitos, apta a revelar a necessidade da medida constritiva de liberdade.

---

<sup>65</sup> CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís. nº 18, jan/dez. 2011.

<sup>66</sup> BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 76

II. Juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado à paciente que não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculado de qualquer fator concreto que configure um dos requisitos previsto no Código de Processo Penal (Súmula/STJ 440).

III. A mera menção aos requisitos legais da prisão preventiva não se presta a embasar a custódia acautelatória.

IV. O simples fato de a paciente não ter apresentado comprovante de residência e do exercício de atividade laboral lícita não permite a manutenção do decreto prisional, se não vislumbrada motivação idônea nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, dada a excepcionalidade de tal medida.

V. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, determinando-se a expedição de alvará de soltura em favor da paciente, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 200.509/MG; Relator(a): Ministro Gilson Dipp; Julgamento: 19/05/2011; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicado em 08/06/2011)

Já a liberdade provisória deve ser concedida quando a prisão, embora legal, seja desnecessária. Isto porque a prisão processual apenas se coaduna com a necessidade de cautelaridade social ou processual.

De acordo com Sandro Lobato de Carvalho, há uma corrente minoritária que entende serem necessários para a conversão de prisão em flagrante em preventiva, apenas os requisitos do artigo 312 do CPP, excetuando-se os do artigo 313 do CPP<sup>67</sup>.

#### **4.2 – Prisão temporária**

A prisão temporária já encontrava previsão na Lei 7.960/1989. Esta espécie de prisão cautelar possibilita a restrição, por tempo determinado, da liberdade antes da condenação em casos de crimes graves e com objetivos de investigação criminal.

Para que a prisão temporária possa ser decretada, o agente tem que ter cometido um dos crimes previstos no rol taxativo da Lei 7.960/1989, juntamente com o fato de que a restrição da sua liberdade seja imprescindível para as investigações do inquérito policial ou com o fato de que o indiciado ou acusado não tenha residência fixa ou ao menos fornecido os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade ou ainda, quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos na lei.

Assim, para a satisfação dos requisitos da prisão temporária, deve haver a união entre a investigação de um crime do rol taxativo (inciso III) e ao menos um dos incisos (I ou II) do artigo 1º, que revelam a necessidade para as investigações do inquérito policial:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

---

<sup>67</sup> CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís. nº 18, jan/dez. 2011.

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso;
- b) seqüestro ou cárcere privado;
- c) roubo;
- d) extorsão;
- e) extorsão mediante seqüestro;
- f) estupro;
- g) atentado violento ao pudor;
- h) rapto violento;
- i) epidemia com resultado de morte;
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte;
- l) quadrilha ou bando;
- m) genocídio;
- n) tráfico de drogas;
- o) crimes contra o sistema financeiro

A doutrina, mais uma vez transpondo categorias do processo civil, vem entendendo que os incisos I e II cuidam do chamado *periculum in mora* e que o inciso III trata do *fumus boni juris*, portanto, os incisos I e II nunca podem, sozinhos, fundamentar a prisão temporária, devem estar sempre associados ao inciso III. Não se exige a combinação dos três incisos concomitantemente, bastando a combinação do inciso I com o III, ou do inciso II com o inciso III<sup>68</sup>.

Não será possível o decreto temporário caso haja apenas investigações informais ainda não corporificadas em autos de inquérito policial devidamente registrado<sup>69</sup>.

Os prazos dessa prisão são bastante dilatados, sendo previstos os de cinco dias prorrogáveis por mais cinco para crimes comuns e de trinta dias prorrogáveis

---

<sup>68</sup> NICOLITT, André Luiz. Lei nº 12.403/2011: o novo processo cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 75

<sup>69</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403/11 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p. 398

por outro tanto para os crimes chamados Crimes Hediondos e equiparados (Lei 8.072/1990). Considerando que no rol de crimes abrangidos pela Lei 7.960/1989 quase todos são classificados como hediondos, em regra, o prazo dessa modalidade de prisão poderá chegar aos sessenta dias<sup>70</sup>.

### 4.3 – Prisão preventiva

É a modalidade de prisão provisória decretada pelo juiz a requerimento de qualquer uma das partes, por representação do delegado de polícia ou de ofício, em qualquer momento da persecução penal, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal<sup>71</sup> (artigo 312, caput, do CPP).

Para que seja determinada a prisão preventiva é imperioso que exista prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, o que se traduz pela expressão *fumus boni juris*, sendo mais adequada ao âmbito do processo penal o termo *fumus commissi delicti*.

A prova de existência do crime consiste em haver nos autos elementos que demonstrem a materialidade do delito. Os indícios suficientes de autoria constituem elementos idôneos, convincentes, capazes de criar no espírito do juiz a convicção provisória de que o imputado é o autor da infração. A suficiência do indício é aferida caso a caso, segundo o prudente arbítrio do magistrado<sup>72</sup>.

Entretanto, apenas a presença do binômio *fumus commissi delicti* não basta para a determinação da prisão preventiva. É preciso que ela se amolde também a uma das situações de resguardo da sociedade ou do processo, previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

---

<sup>70</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403/11 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p. 399

<sup>71</sup> BONFIM, Edilson Mougénot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 82

<sup>72</sup> BONFIM, Edilson Mougénot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 83

A ordem pública, em linhas gerais, significa a paz social. Prende-se preventivamente com fulcro na garantia da ordem pública quando o investigado ou acusado demonstra, por meio de ações concretas e indicadas nos autos, a possibilidade de seguir cometendo crimes durante a investigação ou ação penal.

A comoção social e o clamor público, sozinhos, não autorizam a decretação de prisão preventiva, conforme se depreende do HC 80.719/SP, STF:

“O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu (...)”

Por garantia da ordem econômica se entende a tentativa de impedir que o indiciado ou réu interfira e se mantenha prejudicando a ordem econômica e financeira. Tem-se usado a relevância da lesão econômica para justificar a prisão preventiva.

A conveniência da instrução criminal se dá para impedir que o indiciado ou acusado atue na tentativa de influenciar a colheita das provas, interferindo, assim, no regular processamento da instrução penal.

A decisão que decreta a prisão deve comprovar o comportamento inconveniente do sujeito da prisão. E, uma vez encerrada a colheita das provas, deve a prisão ser revogada, já que não mais existirá o fundamento que lhe deu causa.

A prisão preventiva para garantia da aplicação da lei penal busca evitar a fuga do imputado e assegurar a execução de eventual pena a ser futuramente aplicada. O princípio do estado de inocência não autoriza a presunção de que o acusado, lhe sendo imputado o fato, buscará evadir-se do distrito da culpa. Por isso, para se decretar a preventiva com fundamento na garantia de aplicação da lei penal, deve-se averiguar a existência de elementos concretos, demonstráveis de que o sujeito tende a se subtrair à responsabilidade criminal<sup>73</sup>.

No entanto, para que se possa decretar a prisão preventiva do imputado, não basta apenas estarem presentes os pressupostos já discriminados. Isso porque nem todos os crimes sujeitam seus executores à prisão preventiva. O artigo 313, alterado pela Lei nº 12.403/2011, arrola as hipóteses em que será admissível a decretação da medida acautelatória. Em todas elas, é requisito de admissibilidade da prisão preventiva que a conduta imputada ao acusado constitua crime doloso. Preenchido esse requisito, a medida será possível nos casos elencados pelo artigo em questão, como se vê abaixo<sup>74</sup>:

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

---

<sup>73</sup> GODOI, Antonio Januzzi M. de. Lei 12.403/11 – Comentários Art. 312, CPP. Disponível em: <http://pineapplelaws.wordpress.com/2011/07/08/lei-12-40311-%E2%80%93-comentarios-%C2%A7-art-312-cpp-%C2%A7/>. Acesso em: 06 de maio de 2014

<sup>74</sup> BONFIM, Edilson Mougenot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 86

urgência.

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.

Sendo assim, não se prenderá preventivamente nos casos de contravenção penal, de crime culposo ou quando agir o sujeito sob o manto de alguma excludente de ilicitude (artigo 314 do CPP).

A prisão preventiva é medida de extrema exceção, somente devendo se recorrer a ela após a certificação de que nenhuma outra medida cautelar menos gravosa é suficiente para assegurar a proteção da persecução penal. Este caráter subsidiário consta do artigo 282 § 6º do CPP, *ipsis litteris*:

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

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

Consoante os ditames do artigo 311 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva poderá ser decretada tanto no decorrer da ação penal quanto no curso do inquérito policial, a requerimento do Ministério Público, a requerimento do querelante, a requerimento do assistente ou mediante representação da autoridade policial, e, de ofício, apenas no curso da ação penal, para que seja mantida íntegra a imparcialidade do magistrado no curso da investigação, de acordo com lição do mestre Eugênio Pacelli:

O que nos parece longe de dúvidas é que a referida normatização constitucional afastou o juiz das funções investigatórias, de modo a preservar ao máximo a sua

imparcialidade. Para essas funções (de investigação), foram instituídos (ou reconhecidos) o Ministério Público (arts. 127 e seguintes) e a Polícia Judiciária (art. 144). Daí o acerto da Lei 12.403/11 em vedar referida iniciativa ao magistrado na fase de investigação, consoante se acha disposto no art. 311, CPP<sup>75</sup>.

No entanto, questiona-se a decretação de ofício pelo juiz no decorrer da ação penal, pois, em um modelo acusatório, a imparcialidade do julgador é fundamental, sendo princípio elementar de um Estado Democrático e Constitucional de Direito.

A atuação de ofício do juiz, ao decretar a prisão preventiva sem pedido do titular da ação penal ou sem parecer do Ministério Público, remonta à época da inquisição.

Por isso, já existem decisões desaprovando a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz, como se vê no julgado a seguir:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO.

1. Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas.

2. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O juiz deve ser imparcial. Daí se pretender o juiz de garantias. A posição do Magistrado deve ser supra partes.

---

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Atualização do processo penal, Lei 12.403. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 44

3. A nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal estabelece expressamente, portanto, que o juiz não tem mais legitimidade para decretar a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial.

(HC 0012599-83.2012.4.01.0000/GO no processo nº 125998320124010000 TRF1; Relator (a): Juiz Tourinho Neto; Julgamento: 02/04/2012)

Outra hipótese de decretação é através da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Para isso é necessário o descumprimento das medidas cautelares alternativas anteriormente impostas (art. 282, § 4º, CPP) ou o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 310, II do CPP.

#### **4.4 – Prisão domiciliar**

De acordo com o artigo 317 do Código de Processo Penal, a prisão domiciliar consiste no recolhimento permanente do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Portanto, não se inclui como alternativa à prisão preventiva, tal como ocorre com as medidas previstas no artigo 319. Ela somente poderá ser aplicada como substitutivo da prisão preventiva e desde que estejam presentes algumas das hipóteses arroladas no artigo 318 do Código de Processo Penal, as quais demandarão prova cabal e idônea, quais sejam<sup>76</sup>:

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;

---

<sup>76</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Atualização do processo penal, Lei 12.403. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 46

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.

Todos os requisitos devem ser devidamente provados e elucidados com prova idônea, sob pena de indeferimento.

## **5 – LIBERDADE PROVISÓRIA**

A liberdade provisória, embora regulada pela Lei nº 12.403, é um instituto antigo no ordenamento penal brasileiro. Até o advento da Lei nº 6.416/77, só existia uma modalidade de liberdade provisória, que era mediante o pagamento de fiança. Sendo o crime inafiançável, não cabia liberdade provisória.

Com a inserção, pela Lei nº 6.416/77, do § único no artigo 310 do Código de Processo Penal, passou a ser admitida a liberdade provisória sem fiança, mesmo sendo o crime inafiançável. A partir daí, então, a prisão passou a ser a exceção em caso de prisão em flagrante delito, tornando-se a liberdade a regra.

Já a Lei 12.403 instrumentalizou o juiz com diversas medidas cautelares que trouxeram alternativa à prisão preventiva e temporária, reafirmando a ideia da prisão como exceção e da liberdade como regra. Esta determinação já encontrava guarida no artigo 5º, LXVI da Carta Magna, o qual dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A liberdade provisória é um instituto processual que garante ao indiciado ou acusado o direito de aguardar em liberdade o decorrer do processo até o trânsito em julgado da sentença, vinculada ou não ao cumprimento de determinadas condições.

De um lado, a liberdade provisória evita os danos da prisão; de outro, impõe restrições à liberdade do acusado, vinculando-o a certos ônus processuais. Caracteriza-se o instituto por ser um estágio intermediário, uma situação que fica a meio caminho entre a prisão e a liberdade, entre nenhuma liberdade e toda liberdade<sup>77</sup>.

Ela é tipicamente uma cautelar em que o “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora*” são inversos àqueles atinentes às prisões provisórias ou às medidas cautelares restritivas de direitos. Enquanto nas prisões provisórias e nas medidas cautelares restritivas o “*fumus boni juris*” refere-se à probabilidade hipotética do cometimento de uma infração penal e o “*periculum in mora*” se destina a assegurar a aplicação da lei penal, garantir o bom andamento processual ou evitar a prática de novos delitos, no caso da liberdade provisória, o “*fumus boni juris*” é voltado para a

---

<sup>77</sup> BATISTA, Weber Martins. Liberdade Provisória. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 41-42

materialização do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e o “*periculum in mora*”, também conectado a esse princípio reitor, configura-se na premente necessidade de libertar o mais rápido possível aquele cuja culpabilidade não é ainda comprovada, inexistindo motivos para sua custódia por qualquer necessidade processual ou social<sup>78</sup>.

De acordo com o artigo 321 do Código de Processo Penal, a liberdade provisória será concedida quando ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, podendo ser cumulada com medidas cautelares ou não.

A liberdade provisória poderá ser concedida com ou sem o pagamento de fiança, caracterizando-se por ser limitada – pois se impõem condições à sua manutenção – e precária – pois é passível de revogação, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas com sua concessão<sup>79</sup>.

Após receber o auto de prisão em flagrante, não sendo hipótese de prisão ilegal, ou ainda, não havendo a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, o juiz deverá de ofício conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, a depender do caso em análise, nos termos do artigo 310, III, do Código de Processo Penal. Verificando o juiz que o agente praticou a infração acobertado por uma das excludentes de ilicitude, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação, não sendo cabível, portanto, impor ao agente o pagamento de fiança (artigo 310, parágrafo único, CPP).

Sendo ela concedida sem o pagamento de fiança, poderá ser vinculada ou não vinculada, a depender da exigência ou não de obrigações para com o processo a serem cumpridas como condição para que a liberdade se mantenha.

A concessão da liberdade provisória com fiança, que poderá ser concedida de ofício pelo juiz, ou ainda, pela autoridade policial nos casos expressos, poderá ser

---

<sup>78</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403/11 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p. 480

<sup>79</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 93.

concedida isolada ou cumulativamente com outra medida cautelar (artigos 282, parágrafo 1º e 319, parágrafo 4º, ambos do CPP).

Esta modalidade de liberdade provisória só não terá cabimento nas hipóteses de infrações a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade (artigo 283, parágrafo 1º, do CPP) ou nos casos previstos nos artigos 323 e 324, ambos do Código Processo Penal:

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.

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).

A vedação prevista no artigo 323 do Código Processo Penal, apenas repetiu as hipóteses de inafiançabilidade previstas no artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal.

Apesar da Constituição prever a inafiançabilidade de tais crimes, isto não impede que o juiz, diante da análise de cada caso, conceda a liberdade provisória sem fiança aos acusados presos em flagrante pelas práticas desses crimes, quando ausentes os requisitos da prisão preventiva.

A vedação em abstrato da liberdade provisória em tais crimes afronta o princípio constitucional da presunção da inocência ou da não-culpabilidade.

Ademais, nestes casos em que há expressa vedação da fiança, o juiz ao conceder a liberdade provisória, deverá impor outra medida cautelar ao acusado, de acordo com o artigo 321 do Código Processo Penal<sup>80</sup>.

A liberdade provisória mediante pagamento de fiança sempre será vinculada. O juiz deverá impor ao réu que este compareça aos atos processuais sempre que intimado e informe caso mude de endereço ou se precisar ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência (artigos 327 e 328 do CPP).

A liberdade provisória substitui a prisão decorrente de flagrante legal. Sendo uma medida pré-cautelar, a prisão em flagrante é preparatória de eventual prisão preventiva. Portanto, inexistindo a prisão simplesmente pelo flagrante delito, será necessária – à luz do disposto no artigo 310, II, do Código de Processo Penal – que a restrição da liberdade do agente se fundamente em quaisquer dos requisitos da prisão preventiva, cabendo ao juiz, portanto, após a homologação do flagrante, converter – se entender cabível – a prisão em “flagrante” em preventiva, com fulcro nos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Partindo desta linha, a liberdade provisória deve ser entendida como uma verdadeira medida “contracautelar” alternativa à decretação da prisão preventiva, justamente visando impedir que o acusado, preso em flagrante, tenha sua detenção convertida em prisão preventiva<sup>81</sup>.

No nosso ordenamento jurídico, admite-se três espécies de liberdade provisória:

a) – Liberdade provisória permitida, quando a concessão não é obrigatória, podendo o juiz concedê-la se preenchidos os requisitos legais;

---

<sup>80</sup> CÂNDIDO, Laura Dorilêo. Vedação da liberdade provisória é inconstitucional. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-11/vedacao-liberdade-provisoria-crimes-inafiancaveis-inconstitucional>. Acesso em: 15 de maio 2014.

<sup>81</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94.

b) – Liberdade provisória obrigatória, quando a lei impõe que seja o indiciado ou acusado posto em liberdade, independentemente de fiança;

c) – Liberdade provisória proibida, quando a lei a proíbe de modo expreso, com ou sem pagamento de fiança.

No que tange ao modo como a liberdade provisória é concedida, ela poderá ser, como nos ensina Eugênio Pacelli:

a) **liberdade provisória em que é vedada a fiança**: cabível sempre após a prisão em flagrante, com a obrigatória imposição de qualquer das cautelares do art. 319 e do art. 320, CPP, com exceção da fiança, quando não for necessária a prisão preventiva e quando for expressamente proibida a imposição daquela (fiança - art. 323 e art. 324);

b) **liberdade provisória com fiança**: cabível sempre após a prisão em flagrante e quando não necessária a preventiva. Será imposta, obrigatoriamente, a fiança, além de outra cautelar, se entender necessário o juiz;

c) **liberdade provisória sem fiança**: cabível após a prisão em flagrante, quando inadequada ou incabível a preventiva, com a imposição de qualquer outra medida cautelar, por julgar o juiz desnecessária a fiança;

d) **liberdade provisória vinculada**, ao comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único)<sup>82</sup>.

A liberdade provisória perdurará até que ocorra uma causa de extinção (cassação ou quebramento) ou até que ocorra o trânsito em julgado da sentença

---

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Atualização do processo penal, Lei 12.403. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 56

penal condenatória, quando se passará à execução da pena ou até o trânsito em julgado da sentença penal absolutória, caso em que a liberdade se tornará definitiva.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações advindas Lei nº 12.403/2011 são de extrema importância para o ordenamento processual penal, tendo estabelecido um novo panorama para o estudo do processo penal nos aspectos que circundam as medidas cautelares.

O rol das novas medidas cautelares no ordenamento jurídico brasileiro, como alternativas à prisão representa a adequação do Código de Processo Penal aos princípios máximos previstos na Constituição Federal de 1988 - a prisão deve ser considerada, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, medida de caráter extremo e, conseqüentemente, excepcional, apenas admissível quando tais medidas não forem suficientes.

O propósito desta dissertação monográfica foi expor as relevantes modificações inseridas pela novel legislação nas medidas cautelares pessoais no processo penal, sempre relacionando com as previsões já existentes sobre o tema.

Primeiramente foi elaborado um apanhado histórico, com o intuito de demonstrar os fatos que antecederam esta reforma do Código de Processo Penal e a aprovação da Lei nº 12.403/2011.

Em seguida, foram expostas as disposições gerais das medidas cautelares pessoais, suas principais características, seus princípios básicos e os requisitos comuns a todas elas. Após, foi realizada uma meticulosa análise de cada medida cautelar.

Posteriormente, foram exploradas as prisões cautelares previstas no ordenamento penal, seus requisitos e fundamentos. E, por fim, discorreu-se sobre o instituto da liberdade provisória, sua natureza e procedimentos.

Considera-se que a Lei nº 12.403/2011, por introduzir providências menos gravosas, realçando o direito de liberdade do indiciado ou acusado, concretiza os ideais do garantismo penal, na medida em que pretende proporcionar mais êxito às garantias e direitos constitucionais, valorizando a liberdade individual.

Enfim, creio que a Lei nº 12.403/2011 incorreu em mais acertos do que desacertos. Contudo, o Código de Processo Penal ainda é digno de outras mudanças. Espera-se que a Lei nº 12.402/2011 tenha sido apenas o exordial estudo de uma futura renovação.

## BIBLIOGRAFIA

- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 15ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. 4ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- LOPES JUNIOR, Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- BONFIM, Edilson Mougnot, Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403/11 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.
- NICOLITT, André Luiz. Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- MINAGÉ, Thiago. Da prisão, medidas cautelares e liberdade provisória: Lei nº 12.403/2011 interpretada e comentada. São Paulo: Edipro, 2011.
- BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.
- CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís. nº 18, jan/dez. 2011.
- AA.VV.(2011). Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal. Ano XI, nº 69, agosto/setembro 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. VM Acadêmico de Direito Rideel, 2º semestre. 15ª edição. Editora Rideel.
- BRASIL. Código Penal. VM Acadêmico de Direito Rideel, 2º semestre. 15ª edição. Editora Rideel.
- BRASIL. Código de Processo Penal. VM Acadêmico de Direito Rideel, 2º semestre. 15ª edição. Editora Rideel.

BRASIL. Lei nº 7.960/89. VM Acadêmico de Direito Rideel, 2º semestre. 15ª edição. Editora Rideel.

BRASIL. Lei 12.403/11. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)

STF. Súmulas. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>

STJ. Súmulas. Disponível em:

[http://www.stj.gov.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.gov.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)

**ANEXO I - LEI Nº 12.403/11**

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 deprecada 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 autuado 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

