

COLEÇÃO
MANUAIS **Dizer**
o Direito

Coord.: MÁRCIO CAVALCANTE

Leonardo Barreto Moreira Alves

Manual de
**PROCESSO
PENAL**

Prefácio
Douglas Fischer

5^a edição

revista,
atualizada
e ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Dizer  **Direito**
www.dizerodireito.com.br

Capítulo XV

PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES E LIBERDADE PROVISÓRIA

1. TEORIA GERAL DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

1.1. Noções gerais

Ao longo de toda a persecução penal, podem ocorrer fatos que coloquem em risco a atividade regular do Estado de produção da prova, a lisura da própria persecução e a eficácia de uma correta prestação jurisdicional. Por consequência, surgirá a *necessidade* de decreto de medidas cautelares, no intuito de afastar por completo ou ao menos minorar esse risco, as quais vão demandar *urgência* em sua aplicação, promovendo-se com isso uma efetiva *tutela da prova* ou da *persecução penal*.

Nesse contexto, esclareça-se que, na esfera do Processo Penal, inexistente um processo cautelar autônomo. Em verdade, o que há são apenas medidas cautelares, ferramentas que podem ser decretadas pelo juiz incidentalmente para fins de *tutela da prova* ou *tutela da persecução penal*. Assim, tais medidas buscam garantir que a prova seja produzida pelo Estado, em sua atividade regular exercida na persecução penal, sem qualquer tipo de obstáculo indevido, empecilho injustificado. Além disso, almejam resguardar o *resultado futuro útil* pretendido pelo Estado com o desfecho da persecução penal.

A título de ilustração, o Estado, por meio do Ministério Público, tem o legítimo direito de produzir determinada prova testemunhal por ele proposta; acaso o réu, por seu comportamento em concreto, venha a colocar em risco a colheita do depoimento da testemunha, *verbi gratia*, ameaçando-a seriamente de morte, poderá ser fixada alguma medida cautelar que permita seja a testemunha ouvida sem qualquer tipo de intimidação (*tutela da prova*).

Em outro exemplo, se, pelo comportamento em concreto do acusado, se constatare que ele pretende fugir do Brasil, verifica-se que eventual e futura pena a ser aplicada em seu desfavor, ao final do processo penal, pode ter o seu cumprimento absolutamente frustrado, tornando a persecução penal inócua, inútil, o que recomenda a estipulação de alguma medida cautelar que impeça a sua saída do país e o vincule ao processo, viabilizando-se o início da execução penal (*tutela da persecução penal*).

Em mais uma hipótese, se, ao final do processo, o juiz profere sentença condenatória e determina a obrigação de o acusado pagar à vítima valor mínimo de indenização (art. 387, IV, CPP), a persecução penal pode se revelar também inútil caso o agente venha a dilapidar

o seu patrimônio, circunstância que autoriza a incidência de medida cautelar (*tutela da persecução penal*).

Não há dúvidas de que a conveniência das medidas cautelares resta sobremaneira fundamentada na costumeira demora na prestação jurisdicional que se observa no país, advinda das mais diversas causas, impedindo-se que os efeitos deletérios do correr do tempo prejudiquem a realização dos objetivos do desenvolvimento e do término da persecução penal.

Nessa esteira, as medidas cautelares funcionam como um grande **gênero**, do qual são extraídos **3 (três) espécies**, a saber:

a) medidas cautelares patrimoniais (ou reais): são aquelas que recaem sobre o patrimônio do réu, envolvendo tanto a obrigação de reparar os danos decorrentes da infração penal quanto o perdimento de bens. São os exemplos das medidas assecuratórias (sequestro, arresto, hipoteca legal), estudadas em capítulo específico desta obra.

b) medidas cautelares probatórias: são aquelas cuja finalidade é a produção de prova que pode se perder ou perecer. É o exemplo da produção antecipada de provas, que já foi discutida no capítulo próprio de “Prova”.

c) medidas cautelares pessoais: são aquelas que resultam na restrição ou na privação da liberdade do agente delitivo, o que pode se dar em qualquer etapa da persecução penal (investigação criminal ou processo penal). É justamente essa espécie de medidas cautelares que será alvo do estudo a ser feito neste capítulo.

Medidas cautelares do Processo Penal

1. Patrimoniais ou reais.
2. Probatórias.
3. Pessoais.

1.2. Bipolaridade das medidas cautelares pessoais e Lei nº 12.403/11

Antes do advento da Lei nº 12.403/11, o sistema das medidas cautelares pessoais no país apresentava duas opções extremas e completamente distintas: ou (1) o agente delitivo respondia à persecução penal preso provisoriamente ou (2) permanecia em plena liberdade, mediante liberdade provisória, concedida com ou sem fiança. Nesse cenário, a doutrina apontava a existência de um verdadeiro **sistema bipolar das medidas cautelares pessoais (ou bipolaridade das medidas cautelares pessoais)**.

Não havia, pois, uma opção intermediária, um “meio termo” entre essas opções opostas. Por conta disso, na dúvida entre mitigar a liberdade do agente (colocando-o preso) e colocar em risco a persecução penal (colocando-o solto), na maioria das vezes, na prática, juízes preferiam decretar a prisão cautelar, o que desvirtuava um dos efeitos do princípio da presunção de inocência, que era deixar a prisão como medida de *extrema* ou *ultima ratio*, opção extrema e última do sistema cautelar.

Rompendo com essa dicotomia, a Lei nº 12.403/11, que operou uma profunda reforma no CPP em matéria de prisão provisória, criou uma terceira via, alternativa entre as opções de prisão e plena liberdade do indivíduo, justamente as **medidas cautelares pessoais alternativas**

à prisão (ou medidas cautelares pessoais diversas da prisão). Assim, foi conferida ao juiz a possibilidade de permitir que o agente respondesse à investigação criminal ou ao processo penal em liberdade, que, no entanto, não seria ampla e irrestrita, ficando na dependência do cumprimento de determinadas obrigações pessoais. Em suma, estabeleceu-se o “meio termo” entre a prisão e a plena liberdade.

Ilustrando, no rol do art. 319 do CPP, passou-se a autorizar que o juiz determinasse a liberdade da pessoa vinculada ao cumprimento de obrigações, tais como comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades (inciso I), proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (inciso IV) ou monitoração eletrônica (inciso IX).

Nesse passo, a Lei nº 12.403/11 tem como um dos principais efeitos o reforço do princípio da presunção de inocência, deixando-se a prisão provisória, de fato, como opção extrema e última do sistema cautelar (medida de *extrema* ou *ultima ratio*). Ora, se a lei permite que o juiz deixe o indivíduo em liberdade cumprindo certas obrigações, caso entenda por bem decretar a prisão, deverá o magistrado justificar, de forma contundente, a extrema e imperiosa necessidade da custódia cautelar, indicando ainda não serem as medidas cautelares alternativas à prisão suficientes para atingir, com efetividade, os objetivos pretendidos pelo sistema cautelar (tutela à prova ou à persecução penal).

Por exemplo, se em determinada hipótese houvesse indícios concretos de que o réu pretendia se furtar à aplicação da lei penal fugindo do Brasil, no sistema bipolar anterior, restava ao juiz, para garantir a aplicação da lei penal (tutela à persecução penal), unicamente decretar a sua prisão preventiva, medida mais drástica e gravosa. No sistema atual, porém, o magistrado, ao invés de decretar a preventiva do réu, pode tão somente proibir a sua saída do país, comunicando-se a medida às autoridades de fronteira e determinando-se a retenção de seu passaporte (art. 320 CPP).

Portanto, com a Lei nº 12.403/11, é reconhecido no país um sistema cautelar tricotômico, que contempla as seguintes opções:

1ª opção: prisão cautelar;

2ª opção: liberdade plena e irrestrita (desvinculada do cumprimento de obrigações de caráter pessoal);

3ª opção: medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar.

Como já decidido pelo STJ, a Lei nº 12.403/11 põe fim à bipolaridade das medidas cautelares pessoais (STJ, RHC nº 36.443/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16.09.14), pois o juiz passa a ter um leque maior de opções para acautelar o processo penal sem ter que, necessariamente, recorrer a medidas mais extremas. Logo, há uma **polimorfologia cautelar**.

Nesse contexto, vale a pena registrar o que assevera as *Regras de Tóquio* (Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade), criadas pela Organização das Nações Unidas, em seu item 2.3: “para assegurar a maior flexibilidade, compatível com a natureza e a gravidade da infração, com a personalidade e os antecedentes do infrator e com a proteção da sociedade, e ainda para evitar o recurso desnecessário ao encarceramento, o sistema de justiça criminal deverá oferecer uma grande variedade de medidas não privativas de liberdade, desde medidas tomadas na fase pré-julgamento até as da fase pós-sentença. O número e as espécies de medidas não privativas de liberdade disponíveis devem ser determinados de modo que seja ainda possível a fixação coerente da pena”.

Em complemento, o item 6.1 das Regras de Tóquio prevê que “a prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, com a devida consideração ao inquérito referente à infração presumida e à proteção da sociedade e da vítima”.

Como se vê, o Brasil “buscou uma legislação moderna, adequada às situações vivenciadas ordinariamente nos fóruns e nas delegacias, colocando o cárcere provisório como medida excepcional”.

No mais, a título de aplicação da Lei nº 12.403/11 no tempo, considerando que ela constitui norma processual penal mista ou híbrida, à época em que entrou em vigor no país, deveria ser aplicada retroativamente (art. 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal), pois ela se revelou mais benéfica ao réu (já que permitiu a aplicação de medidas cautelares ao invés de prisão). Por conseguinte, entendeu-se que toda e qualquer prisão preventiva decretada antes do advento da legislação deveria ser revista, para que se avaliasse a necessidade ou não de sua manutenção, ou seja, a possibilidade ou não de sua substituição por medidas cautelares.

1.3. Características

A doutrina aponta as seguintes características das medidas cautelares pessoais:

a) acessoriedade: a medida cautelar é sempre acessória, isto é, depende da existência de uma investigação criminal ou de um processo penal em curso. Como “o acessório segue o principal”, a medida cautelar terá o mesmo destino da investigação ou do processo. Assim, por exemplo, se o réu for absolvido, ficará prejudicada a sua prisão preventiva anteriormente decretada (art. 386, parágrafo único, II, CPP).

b) instrumentalidade: afirma-se que a instrumentalidade da medida cautelar é qualificada e hipotética. É *qualificada* porque a medida cautelar é um instrumento que procura tutelar (acautelar) o processo penal, o qual, por sua vez, é o instrumento de aplicação do Direito Penal ao caso concreto. Desse modo, afirma-se inclusive que a medida cautelar é o “instrumento do instrumento” ou “instrumento ao quadrado”, ou seja, um instrumento (a medida cautelar) protegendo um outro instrumento (o processo, veículo de aplicação do Direito Penal²). De outro lado, a medida cautelar é *hipotética*, no sentido de que a sua instrumentalidade é indefinida, isto é, fica na dependência do resultado do processo principal, acompanhando o seu destino.

c) sumariedade: em termos de *standard* probatório, quando da análise de eventual decreto de uma medida cautelar, cabe ao juiz se valer de um juízo de mera probabilidade, não se exigindo qualquer tipo de juízo de certeza. Há, pois, uma cognição sumária (superficial), dispensando-se a cognição exauriente, que é imposta para fins de condenação do réu, hipótese em que o magistrado deve se aprofundar na apreciação da causa. Essa cognição sumária resta consubstanciada a partir dos requisitos ou pressupostos das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, que serão estudados em tópico futuro deste capítulo.

d) preventividade: a finalidade da medida cautelar é a prevenção da ocorrência de qualquer tipo de dano à persecução penal enquanto ela não se encerra. Nesse prisma, fala-se em tutela à persecução penal, ou mesmo tutela à prova. Por exemplo, há tutela à prova, na modalidade conveniência da instrução criminal, quando a medida cautelar é decretada para evitar que o

1. ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. *Processo Penal Didático*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 681.

2. ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. *Processo Penal Didático*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 681.

rêu ameace testemunhas; há tutela à persecução penal, na modalidade garantia à aplicação da lei penal, quando a medida cautelar é decretada para inibir a fuga do acusado.

e) provisoriedade ou temporariedade ou temporaneidade: por ser decretada a partir de uma cognição sumária e considerando o seu caráter acessório à persecução penal, a medida cautelar é sempre provisória. Logo, a decisão judicial que a determina não produz jamais coisa julgada material. Fala-se então no caráter de *temporariedade*, ou seja, a medida cautelar persiste o tempo necessário para que exerça a tutela da prova ou da persecução penal, mantendo-a preservada.

Nos termos do quanto decidido pelo STJ, é ilegal a fixação *ad eternum* de medida protetiva, devendo o magistrado avaliar periodicamente a pertinência da manutenção da cautela imposta. Na oportunidade, registrou-se que o STJ possui o entendimento segundo o qual "as medidas de urgência, protetivas da mulher, do patrimônio e da relação familiar, somente podem ser entendidas por seu caráter de cautelaridade - vigentes de imediato, mas apenas enquanto necessárias ao processo e a seus fins" (AgRg no REsp 1.769.759/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 14/05/2019). Isto posto, não há como se esquivar do caráter provisório das medidas protetivas, ainda que essa provisoriedade não signifique, necessariamente, um prazo previamente definido no tempo, até porque se mostra imprescindível que a proteção à vítima perdure enquanto o risco recair sobre ela, de forma que a mudança ou não no estado das coisas é que definirá a duração da providência emergencial. Assim, fixar uma providência por prazo indeterminado não se confunde, nem de longe, com tornar essa mesma providência permanente, eterna. É indeterminado aquilo que é impreciso, incerto, vago. Por outro lado, é permanente, eterno, aquilo que é definitivo, imutável. Não é à toa que tais medidas são chamadas de medidas acautelatórias "situacionais" e exigem, portanto, uma ponderação casuística. Desse modo, levando em conta a impossibilidade de duração *ad eternum* da medida protetiva imposta - o que não se confunde com a indeterminação do prazo da providência -, bem como a necessidade de que a proteção à vítima perdure enquanto persistir o risco que se visa coibir, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, devendo o magistrado singular examinar, periodicamente, a pertinência da preservação da cautela imposta, não sem antes ouvir as partes (STJ, 6ª Turma, HC nº 605.113/SC, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 08.11.2022).

Aliás, nesse passo, registre-se o teor do art. 19, § 6º, da Lei Maria da Penha, com a redação dada pela Lei nº 14.550/2023, segundo o qual "as medidas protetivas de urgência vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes".

Em outro julgado relevante, o STJ assentou o entendimento de que não há disposição legal que restrinja o prazo das medidas cautelares diversas da prisão, as quais podem perdurar enquanto presentes os requisitos do art. 282 do Código de Processo Penal, devidamente observadas as peculiaridades do caso e do agente (Informativo nº 741).

f) revogabilidade: nos termos do art. 282, § 5º, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19, o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, *revogar* a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Previsão semelhante a essa é verificada no art. 316, *caput*, do CPP especificamente para a prisão preventiva.

Em outros termos, caso as circunstâncias fáticas que ensejaram a decretação da medida cautelar sejam alteradas, evidenciando que ela não mais se torna necessária, o juiz poderá (deverá) revogá-la. De outro lado, se houver nova alteração das circunstâncias fáticas e a medida cautelar voltar a ser necessária, o juiz poderá novamente decretá-la. Percebe-se, assim, que as

decisões de decreto e de revogação da medida cautelar são sempre provisórias, estando, pois, submetidas à cláusula *rebus sic stantibus*: a que decreta é válida enquanto há a necessidade desta medida; a que revoga persiste enquanto não houver mais essa necessidade.

Art. 282, § 5º, do CPP – Redação anterior à Lei nº 13.964/19	Art. 282, § 5º, do CPP – Redação após a Lei nº 13.964/19
<p>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.</p>	<p>Art. 282. [...]. § 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.</p>
<p>Como era antes: o dispositivo legal não se referia à possibilidade de o juiz proferir de ofício as decisões nele mencionadas.</p>	<p>O que mudou: o dispositivo legal permite que o juiz profira de ofício as decisões nele mencionadas. Elas também podem ser decretadas a pedido das partes.</p>

Como se vê, a legislação ainda permite que estas decisões sejam proferidas de ofício. Quanto às decisões de revogação e substituição de medida cautelar, o decreto de ofício resta plenamente justificado, considerando que o juiz atuará nessas situações como tutor (garante) de direito fundamental do cidadão (o estado de liberdade).

Problemática na doutrina é a possibilidade de novo decreto da medida cautelar de ofício.

Para uns, por uma interpretação sistemática, considerando que o “Pacote Anticrime” procurou vedar fosse proferida decisão de ofício que prejudicasse o estado de liberdade do cidadão, não seria admitida esta possibilidade. Assim, a previsão legal, deveria ser afastada, por violar o sistema acusatório, já que o magistrado estaria atuando em desfavor do estado de liberdade do agente. Aponta-se também desrespeito ao conteúdo dos arts. 3º-A e 282, § 2º, do CPP. Por tudo, o juiz teria poder de atuar de ofício apenas e tão somente se em favor do estado de liberdade, isto é, para revogar a medida cautelar ou substituí-la por outra (desde que menos gravosa).

Em outro extremo, há quem se apegue à redação literal do dispositivo, sustentando a plena possibilidade de atuação do juiz de ofício para o novo decreto de medida cautelar, independente, inclusive, da sua natureza.

Em posição intermediária, há corrente na doutrina que sustenta a possibilidade de o magistrado proferir novo decreto de medida cautelar, desde que ela seja menos gravosa do que aquela anteriormente por ele determinada.

A mesma discussão é travada quanto à hermenêutica do art. 316, *caput*, do CPP, referente a um novo decreto da prisão preventiva, conforme será destacado em tópico futuro ainda deste capítulo.

Por fim, nunca é demais reprimir: as decisões sobre requerimento de medida cautelar, prorrogação, substituição ou revogação dela, se proferidas ao longo da investigação criminal, competem ao juiz das garantias, de acordo com o art. 3º-B, incisos V e VI, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19. E se houver prorrogação da medida cautelar por este mesmo juiz, o exercício do contraditório será *preferencialmente* em audiência pública e oral (interpretação conforme a Constituição ao art. 3º-B, inciso VI, do CPP realizada pelo STF nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).

g) referibilidade: para que sejam decretadas, as medidas cautelares dependem de uma **situação concreta de risco**, ou seja, os elementos do caso concreto devem apontar o perigo à prova ou à persecução penal, e, por consequência, a necessidade de decreto da medida cautelar para a sua proteção. Em outras palavras, a aplicação da medida cautelar é *episódica*, incidindo em situações pontuais, específicas, casuísticas. Nesse prisma, a doutrina fala em *medida situacional* ou *provisional*.

A cautelar está sempre a serviço de outro direito, isto é, ela vai se *referir* a outro direito, havendo, pois, o direito à cautelar (tutela cautelar) e o direito que se acautela, considerado o direito sobre o qual recai a tutela cautelar; tem-se aí a *referibilidade*³.

Deve-se ficar claro que a referência de uma medida cautelar é a um procedimento/processo específico no qual ela será decretada. É dizer, se, por exemplo, um agente é réu em dois processos, caso ele ameace testemunhas no primeiro processo, somente pode ser preso preventivamente neste feito, e não no segundo processo.

Corolário da referibilidade é o **princípio da contemporaneidade**, segundo o qual a urgência no decreto de uma medida cautelar deve ser contemporânea à ocorrência do fato que gera os riscos que tal medida pretende evitar (STJ, HC nº 233.700/SP, Rel. p/ ac. Min. Nefi Cordeiro, j. 18.11.14). Aliás, nessa direção, insta registrar que, com o advento da Lei nº 13.964/19, este princípio está positivado no art. 315, § 1º, do CPP, segundo o qual “na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Acrescente-se que a contemporaneidade diz respeito aos **fatos** que autorizam a medida cautelar e os **riscos** que ela pretende evitar, sendo irrelevante, portanto, se a prática do delito é atual ou não. Como esclarecem Fábio Roque Araújo e Klaus Negri Costa, “a contemporaneidade possui dois marcos bastante claros, quais sejam, os **fatos** que justificam a medida cautelar e os **riscos** que se pretende afastar. Pouco importa a data do delito se a necessidade for atual”⁴. Por exemplo, se um crime é cometido em 2018 e o réu ameaça seriamente de morte testemunha-chave da acusação em 2021, é possível o decreto da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal nesse mesmo ano; todavia, se a ameaça às testemunhas se deu em 2018, não se verifica a contemporaneidade do decreto da preventiva proferido em 2021. Conforme já decidido pelo STJ, se decorrido longo tempo entre a data do fato delitivo e o decreto da medida cautelar, a qual não possui mais necessidade atual, não restará configurada a contemporaneidade (HC nº 480.274/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 07.05.19).

O STF, por sua vez, já decidiu que a contemporaneidade de fatos que justificam o decreto da prisão preventiva (art. 315, § 1º, CPP) “diz respeito aos motivos ensejadores da prisão preventiva e não ao momento da prática supostamente criminosa em si, ou seja, é desimportante que o fato ilícito tenha sido praticado há lapso temporal longínquo” (STF, 1ª Turma, AgRg no HC nº 206.116/PA, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em sessão virtual de 01.10.21 a 08.10.21).

Ademais, a contemporaneidade não está diretamente vinculada ao início ou ao fim de uma investigação criminal, tampouco à data da prática do fato delitivo, e sim à necessidade da medida cautelar, o que pode se revelar a qualquer tempo. É possível que uma investigação dure anos e, mesmo assim, ser constatada a necessidade de uma prisão preventiva, o que se dá principalmente em crimes de grande complexidade. Como pontifica o STJ, “a regra da contemporaneidade entre o fato delituoso e o decreto de prisão preventiva comporta mitigação quando os elementos indiciários forem, por ação do investigado, de difícil colheita, pois

3. ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. *Processo Penal Didático*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 682.

4. ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. *Processo Penal Didático*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 683.

denotam continuidade de atuação do agente no sentido de embaraçar a instrução criminal” (HC nº 531.156/GO, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 22.10.19).

h) jurisdicionalidade: por envolverem o estado de liberdade, direito fundamental do cidadão, as medidas cautelares somente podem ser decretadas e controladas pelo juiz (cláusula de reserva de jurisdição), o que se denota do teor do art. 282, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19, de acordo com o qual “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. Entende-se que, se apenas o magistrado pode privar alguém de sua liberdade (art. 5º, LXI, CF), somente ele poderá aplicar medidas cautelares. Nesse passo, durante a etapa de investigação criminal, o juiz competente para o decreto de tais medidas é o juiz das garantias, como previsto no art. 3º-B, inciso V, do CPP, com a redação dada pelo “Pacote Anticrime”.

Esclareça-se que, na esteira do art. 282, § 2º, do CPP, o juiz não poderá determinar medidas cautelares de ofício, dependendo, portanto, de provocação da parte legitimidade, isto é, de requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, o que se coaduna com o sistema acusatório.

Art. 282, § 2º, do CPP – Redação anterior à Lei nº 13.964/19	Art. 282, § 2º, do CPP – Redação após a Lei nº 13.964/19
Art. 282. [...]. § 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.	Art. 282. [...]. § 2º <i>As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.</i>
Como era antes: o dispositivo legal permitia que o juiz proferisse de ofício o decreto de medidas cautelares.	O que mudou: o dispositivo legal não permite mais que o juiz profira de ofício o decreto de medidas cautelares.

Sobre este dispositivo, vale a pena esclarecer que o termo “partes” deve incluir, por óbvio, o Ministério Público e o querelante. Em uma interpretação sistemática, deve incluir também o assistente de acusação, pois o § 4º do art. 282 do CPP autoriza que este agente formule requerimento de substituição de medida cautelar, imposição de outra em cumulação ou, o que é mais grave, de decreto da prisão preventiva (logo, quem pode o mais pode o menos). Contudo, querelante e assistente de acusação somente podem formular requerimento de aplicação da medida cautelar na fase da **ação penal**, não na investigação criminal, já que não atuam nesta última fase (querelante é o ofendido a partir do início da ação penal privada; assistente de acusação é o ofendido que atua em todos os termos da ação pública, consoante o previsto no art. 268 do CPP).

Não se pode esquecer que o investigado ou réu da ação penal pode requerer o arbitramento da fiança enquanto medida cautelar prevista no art. 319, inciso VIII, do CPP.

Verifica-se que a autoridade policial somente possui legitimidade para representar pela aplicação de medida cautelar na fase de investigação criminal, não na fase da ação penal, ao contrário do Ministério Público, que pode requerer a aplicação de medida desta natureza a qualquer momento.

Nas hipóteses em que não é o Ministério Público o autor do pedido de medidas cautelares (representação da autoridade policial ou requerimento das partes), deve o juiz, antes de decidir, ouvir o órgão, em respeito ao sistema acusatório, por ser o *Parquet* o titular da ação penal pública (art. 129, I, CF) ou atuar, na ação penal privada, como fiscal da ordem jurídica.

Reprise-se ainda que as decisões sobre requerimento de medida cautelar, prorrogação, substituição ou revogação dela, se proferidas ao longo da investigação criminal, competem ao juiz das garantias, com fincas no art. 3º-B, incisos V e VI, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”). Além disso, havendo prorrogação da medida cautelar por este mesmo juiz, o exercício do contraditório será *preferencialmente* em audiência pública e oral (interpretação conforme a Constituição ao art. 3º-B, inciso VI, do CPP realizada pelo STF nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).

A legislação, porém, prevê *exceções à jurisdicionalidade*, em casos em que a medida pode ser determinada pelo *delegado de polícia*, a saber:

- (i) a liberdade provisória com fiança, na hipótese de infração punida com pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos (art. 322 CPP).
- (ii) a medida protetiva de afastamento do lar na hipótese de violência doméstica ou familiar contra a mulher, se o município não for sede de comarca (art. 12-C, II, Lei nº 11.340/06).

Nessas situações excepcionais, haverá um controle judicial *a posteriori*.

i) legalidade: as medidas cautelares que restringem a liberdade devem estar previstas expressamente em lei. No entanto, há discussão na doutrina e na jurisprudência se essa característica pode ser relativizada com a aplicação do poder geral de cautela, tema que será estudado em tópico futuro deste capítulo.

Características das medidas cautelares pessoais

1. Acessoriedade.
2. Instrumentalidade.
3. Sumariedade.
4. Preventividade.
5. Provisoriedade ou temporariedade ou temporaneidade.
6. Revogabilidade.
7. Referibilidade.
8. Jurisdicionalidade.
9. Legalidade.

1.4. Princípios

A doutrina ainda indica a existência de princípios das medidas cautelares pessoais. São eles:

a) princípio do contraditório ou da dialeticidade: é princípio que impõe, via de regra, a necessidade de oitiva dos envolvidos antes do decreto da medida cautelar. Destarte, após o requerimento das partes, se no curso do processo, ou a representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, se ao longo da investigação, o magistrado deverá permitir que a parte contrária se manifeste para, logo após, decidir.

Esse princípio se encontra previsto expressamente no art. 282, § 3º, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19. Na dicção legal, “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional”.

Art. 282, § 3º, do CPP – Redação anterior à Lei nº 13.964/19	Art. 282, § 3º, do CPP – Redação após a Lei nº 13.964/19
<p>Art. 282. [...]. § 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.</p>	<p>Art. 282. [...]. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.</p>
<p>Como era antes: o dispositivo legal não mencionava a forma pela qual a parte contrária iria se manifestar, se oralmente ou por escrito.</p>	<p>O que mudou: o dispositivo legal menciona que a parte contrária irá se manifestar por escrito, no prazo de 5 (cinco) dias.</p>

Acrescente-se que, no entender da doutrina, na hipótese de descumprimento de medida cautelar, o juiz, antes de substituir tal medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 282, § 4º, CPP), também deverá respeitar o contraditório⁵.

Ademais, se a decisão é de prorrogação da medida cautelar pelo juiz das garantias, o contraditório será cumprido *preferencialmente* em audiência pública e oral (interpretação conforme a Constituição ao art. 3º-B, inciso VI, do CPP realizada pelo STF nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).

De acordo com o previsto no art. 282, § 3º, do CPP, apenas excepcionalmente é que o juiz poderá proferir decisão sem intimar a parte contrária (*inaudita altera parte*), o que ocorre nas hipóteses de **urgência** ou de **perigo de ineficácia da medida**. Todavia, nessas situações excepcionais, a doutrina aponta para a exigência de respeito a um contraditório diferido ou postergado, ou seja, exercido após a fixação da medida cautelar⁶.

Assim, por exemplo, se a vítima de um crime de ameaça informa possuir sério receio de que o agente venha a realmente cumprir a sua promessa de matá-la, a medida cautelar de proibição deste manter contato com aquela (art. 319, III, CPP) deve ser decretada imediatamente, sem oitiva da parte contrária (*urgência*). Em outra situação, se o interesse no decreto da medida cautelar é evitar que o agente fuja do país (art. 320 CPP), não há qualquer sentido

5. LOPES JUNIOR, Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16-17.
 6. LOPES JUNIOR, Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14-17.

lógico em permitir o exercício do contraditório, sob pena de a medida tornar-se absolutamente prejudicada (*perigo de ineficácia da medida*).

De outro lado, a doutrina esclarece que o contraditório, seja ele prévio ou diferido/postergado, não necessita ser respeitado para o decreto da prisão preventiva⁷. É esse também o posicionamento do STJ (STJ, 5ª Turma, RHC nº 51303/BA, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09.12. 14). Em complemento, veja-se a esse respeito o teor do Enunciado nº 31 do GNCCRIM: “*Os dispositivos do § 3º do art. 282 não se aplicam à prisão preventiva, mas apenas às cautelares do art. 319 do CPP.*”.

No mais, vale noticiar que, com fincas no art. 798-A, inciso III, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 14.365/22, suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive, salvo nos casos de medidas consideradas urgentes, mediante despacho fundamentado do juízo competente. Além disso, durante o período de suspensão, fica vedada a realização de audiências e de sessões de julgamento, salvo nas hipóteses dos incisos I, II e III do *caput* deste artigo (art. 798-A, parágrafo único, do CPP).

b) princípio da substitutividade: as medidas cautelares alternativas à prisão procuram, em essência, substituir a prisão provisória. Em outro viés, se a medida decretada se revelar ineficaz para os fins por ela pretendidos, ela pode ser substituída por outra medida cautelar diversa da prisão, que se revele mais contundente. Ademais, admite-se que, no caso de descumprimento de uma medida cautelar alternativa, ela seja substituída pela prisão.

Este princípio resta reconhecido pelo art. 282, § 4º, do CPP, com a redação conferida pela Lei nº 13.964/19. Conforme este dispositivo, “no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código”.

Art. 282, § 4º, do CPP – Redação anterior à Lei nº 13.964/19	Art. 282, § 4º, do CPP – Redação após a Lei nº 13.964/19
<p>Art. 282. [...].</p> <p>§ 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).</p>	<p>Art. 282. [...].</p> <p>§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.</p>
<p>Como era antes: o dispositivo legal permitia que o juiz proferisse de ofício as decisões nele mencionadas.</p>	<p>O que mudou: o dispositivo legal não permite mais que o juiz profira de ofício as decisões nele mencionadas.</p>

Há uma impropriedade deste dispositivo, tendo em vista que ele se refere ao parágrafo único do art. 312 do CPP, que, após o “Pacote Anticrime”, não existe mais, estando o seu conteúdo deslocado para o § 1º deste mesmo artigo. Esclareça-se também que a Lei nº 13.964/19 excluiu desta norma a possibilidade de o juiz proferir de ofício todas as decisões ali mencionadas, o que está inteiramente adequado ao sistema acusatório.

7. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do Processo Penal*: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30.

A priori, o requerimento do Ministério Público, do assistente ou do querelante poderia ser feito a qualquer tempo (na investigação criminal ou na ação penal). No entanto, lembre-se que, de acordo com o art. 268 do CPP, o assistente atua apenas no curso da ação pública, ao passo que o querelante é o ofendido a partir do início da ação penal privada. Desse modo, pela lógica do sistema processual, estes agentes somente estariam autorizados a formular requerimento desta natureza no curso da ação penal.

Constata-se ainda que a autoridade policial não aparece como legitimado para representar pela aplicação do dispositivo legal em comento, o que não deixa de ser uma incoerência do sistema, já que ela pode representar pela aplicação de medida cautelar (art. 282, § 2º, CPP) ou até mesmo de medida mais drástica, que é a prisão preventiva autônoma (art. 312, *caput*, CPP).

Em complemento, registre-se o teor do art. 312, § 1º, do CPP, segundo o qual “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)”.

c) princípio da revogabilidade ou da provisionalidade: os motivos cautelares (*necessidade*) que permitiram o decreto de uma medida cautelar, enquanto persistirem, fundamentam a sua manutenção. O decreto da medida cautelar está então submetido à **cláusula *rebus sic stantibus***. Portanto, decorre diretamente do princípio em estudo, como seu subprincípio, o **princípio da necessidade**: em apertada síntese, se a medida cautelar é necessária, deverá ser determinada judicialmente, permanecendo em curso enquanto esta necessidade subsistir. Logo, a decisão que autoriza a medida cautelar possui caráter momentâneo, situacional; se alteradas as circunstâncias fáticas que a justificaram, ela deve ser revista.

Este princípio encontra referência normativa no art. 282, § 5º, do CPP, com a redação estabelecida pela Lei nº 13.964/19, segundo o qual “o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

d) princípio da proporcionalidade: o decreto judicial de uma medida cautelar demanda o preenchimento dos critérios da *necessidade* (exigibilidade), *adequação* (concordância prática) e *proporcionalidade em sentido estrito* (justa medida).

De certa forma, este princípio encontra respaldo no art. 282, incisos I e II, do CPP. Conforme este dispositivo, as medidas cautelares 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.

e) princípio da fungibilidade: desde que exista pedido de decreto de medida cautelar pela parte legitimada (já que, em respeito ao sistema acusatório, o juiz não poderá atuar de ofício), autoriza-se que o magistrado determine medida cautelar distinta daquela pleiteada pelo interessado, especialmente se ela for menos gravosa ao agente delitivo. Assim, por exemplo, se o Ministério Público formula requerimento de prisão preventiva, pode perfeitamente o magistrado, ao invés de decretá-la, impor medida cautelar alternativa à prisão que se revele mais adequada.

Correlatos a este princípio são os parágrafos 2º, 4º e 5º do art. 282 do CPP, com a redação dada pelo “Pacote Anticrime”. Com base nesses dispositivos, o juiz poderá:

(i) substituir a medida cautelar, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Não poderá, porém, decretar medida cautelar de ofício, dependendo, portanto, de provocação da parte legitimada, isto é, de requerimento das partes ou, quando

no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

(ii) de ofício ou a pedido das partes legitimadas, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista. A atuação de ofício do juiz resta justificada, considerando que ele atuará em prol do direito fundamental ao estado de liberdade, ou seja, em favor do agente. Ou, ao menos, não irá prejudicá-lo.

Porém, verifica-se que a parte final do § 5º do art. 282 do CPP prevê que o juiz poderá “voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Há quem critique esta previsão legal, que deveria ser afastada, por violar o sistema acusatório, já que o magistrado estaria atuando em desfavor do estado de liberdade do agente. Aponta-se também desrespeito ao conteúdo dos arts. 3º-A e 282, § 2º, do CPP. Por tudo, o juiz teria poder de atuar de ofício apenas e tão somente se em favor do estado de liberdade, isto é, para revogar a medida cautelar ou substituí-la por outra (desde que menos gravosa).

Em outro extremo, há quem se apegue à redação literal do dispositivo, sustentando a plena possibilidade de atuação do juiz de ofício para o novo decreto de medida cautelar, independente, inclusive, da sua natureza.

Em posição intermediária, há corrente na doutrina que sustenta a possibilidade de o magistrado proferir novo decreto de medida cautelar, desde que ela seja menos gravosa do que aquela anteriormente por ele determinada.

Semelhante antinomia dessa natureza é observada a partir da análise comparativa dos arts. 311 e 316, *caput*, do CPP, com a redação estabelecida pela Lei nº 13.964/19. Com efeito, o art. 311 do CPP afirma que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. Ou seja, o decreto da preventiva dependeria de pedido formulado por alguma parte legitimada. O art. 316, *caput*, do Código, por sua vez, assevera que “o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Portanto, a parte final deste dispositivo permite que o novo decreto da preventiva seja realizado de ofício pelo magistrado. A doutrina igualmente diverge quanto à harmonia desses dispositivos, nos moldes alhures expostos.

f) princípio da taxatividade: intimamente ligado à característica da legalidade, é princípio segundo o qual a medida cautelar, para ser decretada, deve estar prevista expressamente em lei. Afinal de contas, a medida cautelar envolverá a restrição à liberdade do agente. Entretanto, na doutrina, há quem não reconheça a existência deste princípio ante o denominado “poder geral de cautela”. O tema voltará a ser discutido neste capítulo, em tópico próprio, quando do estudo deste último instituto.

g) princípio da motivação: a decisão que determina uma medida cautelar deve ser sempre motivada. Trata-se de decorrência lógica do mandamento constitucional previsto no art. 93, inciso IX, sendo ainda princípio pormenorizado no CPP a partir do seu art. 315, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19.

Registre-se que, nas hipóteses em que a medida cautelar pode ser decretada pela autoridade policial, as quais foram anteriormente apontadas neste capítulo, haverá um controle judicial *a posteriori*, oportunidade em o magistrado, igualmente, deverá motivar a decisão que mantém ou não a medida autorizada pelo delegado.

h) princípio da excepcionalidade: por força da presunção de inocência, a medida cautelar, seja ela qual for, deve ser compreendida sempre como uma situação excepcional. É dizer, a regra é a de que o agente delitivo deve permanecer em plena liberdade. Dentre as medidas cautelares pessoais, sem dúvida alguma, a prisão provisória é a medida mais extrema, drástica, devendo ser entendida como uma verdadeira medida de *extrema* ou *ultima ratio*. Nesse passo, é sintomático o teor do art. 282, § 6º, do CPP, segundo o qual “a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”.

Art. 282, § 6º, do CPP – Redação anterior à Lei nº 13.964/19	Art. 282, § 6º, do CPP – Redação após a Lei nº 13.964/19
<p>Art. 282. [...]. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).</p>	<p>Art. 282. [...]. § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.</p>
<p>Como era antes: o dispositivo legal não exigia a justificativa em concreto e de forma individualizada a respeito do não cabimento da substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar.</p>	<p>O que mudou: o dispositivo legal passa a exigir a justificativa em concreto e de forma individualizada a respeito do não cabimento da substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar.</p>

Destarte, a prisão preventiva revela-se cabível apenas se inócuas ou infrutíferas as medidas cautelares alternativas, o que, repita-se, atende ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Aliás, esclareça-se que as medidas cautelares alternativas somente podem ser fixadas exatamente nas hipóteses que permitiriam o decreto da prisão cautelar, mas, pelas circunstâncias do caso concreto, não recomendam a medida mais gravosa de prisão (*extrema* ou *ultima ratio*) e autorizam a escolha das medidas mais brandas (medidas cautelares). É o posicionamento albergado pelo STJ, segundo o qual:

Com efeito, as medidas alternativas à prisão preventiva não pressupõem, ou não deveriam pressupor, a inexistência de requisitos ou do cabimento da prisão preventiva, mas sim a existência de uma providência igualmente eficaz (idônea, adequada) para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo. É essa, precisamente, a ideia da subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição de excesso): o juiz somente poderá decretar a medida mais radical – a prisão preventiva – quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do indiciado ou acusado por meio das quais seja possível, com igual eficácia, os mesmos fins colimados pela prisão cautelar. Trata-se de uma escolha comparativa, entre duas ou mais medidas disponíveis – in casu, a prisão preventiva e alguma(s) das outras arroladas no artigo 319 do CPP – igualmente adequadas e suficientes para atingir o objetivo a que se propõe a providência cautelar. Desse modo, é plenamente possível que estejam presentes os motivos ou requisitos que justificariam e tornariam cabível a prisão preventiva, mas, sob a influência do princípio da proporcionalidade e a luz das novas opções fornecidas pelo legislador, deverá valer-se o juiz de uma ou mais das medidas indicadas no artigo 319 do CPP,

desde que considere sua opção suficiente e adequada para obter o mesmo resultado – a proteção do bem sob ameaça – de forma menos gravosa. Vale dizer, cabível a prisão preventiva, não há dúvida de que poderia magistrado decretá-la, pondo a salvo, assim, o bem ameaçado pela liberdade do agente. No entanto, em avaliação criteriosa, cuja iniciativa não deve juiz olvidar, poderá ele entender que, para a mesma proteção ao bem ameaçado pela liberdade do agente, é adequado e suficiente proibir, por exemplo, o indiciado ou acusado de ausentar-se do País. (STJ, 6ª Turma, HC nº 282.509, Rel. Min. Rogério Schietti Machado Cruz, j. 19.11.13).

É também este o entendimento do STF (Informativo nº 783), de acordo com o qual, para o decreto da prisão preventiva, além da demonstração concreta e objetiva dos requisitos do art. 312 do CPP, é indispensável a evidência de que nenhuma das medidas alternativas do art. 319 do CPP seria apta para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins (CPP, art. 282, § 6º).

Desse modo, não se permite que as medidas cautelares alternativas sirvam como opção judicial para casos que não permitiriam o decreto da prisão cautelar: ou serão admitidas as medidas cautelares (via menos gravosa) ou até a prisão cautelar (*extrema* ou *ultima ratio*), ou nenhuma limitação à liberdade poderá ser determinada.

Acrescente-se que as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade (art. 283, § 1º, CPP).

Em complemento, a doutrina esclarece que as medidas cautelares alternativas não são aplicadas em infrações penais que preveem como sanção apenas a multa (contravenções), bem como quando a única sanção prevista é a pena restritiva de direitos, a exemplo do crime de porte para uso de drogas⁸ (art. 28 Lei nº 11.343/06⁹). Em outras palavras, por força do disposto

8. Quanto ao crime de porte de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06), vale a pena registrar as teses fixadas pelo STF a respeito da sua criminalização, a saber: “1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.” (STF, Plenário, RE nº 635.659/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento finalizado em 26.06.2024).
9. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.054.

no art. 283, § 1º, do CPP, e tendo em vista os requisitos da necessidade e da adequação (art. 282, incisos I e II, CPP), não se admite a fixação de medida cautelar em infração de menor potencial ofensivo (para a qual é previsto o processo conciliatório da transação penal), para os casos de proposta, aceitação e homologação da suspensão condicional do processo e em crimes culposos, considerando que, nessas situações, via de regra, não se autoriza o decreto de prisão preventiva, de acordo com o art. 313, inciso I, do CPP¹⁰. A matéria é ainda diretamente correlata ao princípio da homogeneidade, a ser estudado em outras passagens deste capítulo.

Como será exposto com mais vagar no tópico próprio da prisão preventiva, todos os motivos que justificam o decreto de uma medida cautelar pessoal, seja ela qual for, devem estar presentes e demonstrados **em concreto**, nunca em abstrato, não sendo suficiente, portanto, a mera alegação de que o tipo penal, em abstrato, é extremamente grave, ou de que o indivíduo, simplesmente pelos seus antecedentes, apresenta alta probabilidade de que volte a delinquir. Acrescente-se que a fundamentação do decreto de medida cautelar deve ser feita de forma individualizada (art. 282, § 6º, CPP), levando em consideração as circunstâncias subjetivas de cada indivíduo em separado, em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena, já incidente neste momento.

Ademais, tem-se que as medidas cautelares poderão ser **aplicadas isolada ou cumulativamente** (art. 282, § 1º, CPP). Nesse trilhar, constata-se, mais uma vez, a intenção do legislador em realmente deixar a prisão preventiva como medida mais drástica, de *ultima* ou *extrema ratio* do sistema cautelar, já que o juiz pode decretar medidas cautelares inclusive cumulativamente ao invés daquela prisão processual.

i) princípio da homogeneidade: corolário do princípio geral da proporcionalidade, em sua faceta da proibição do excesso, é princípio de acordo com o qual o simples investigado/acusado não pode receber tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao condenado definitivo. É dizer, “não se pode exagerar na dose. Inconcebível que alguém permaneça preso cautelarmente durante o processo se, ao final, a pena definitiva jamais poderá leva-lo ao cárcere, consideradas todas as condições pessoais do imputado¹¹”. Portanto, a medida cautelar a ser fixada deve ser homogênea à pena definitiva. O tratamento destinado ao inocente deve ser linear àquele atribuído ao condenado.

A título de ilustração, é este princípio que fundamenta a existência do art. 313, inciso I, do CPP, que só admite o decreto da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. É que, para crimes dolosos punidos com pena de prisão inferior a 4 (quatro) anos e nos crimes culposos, o condenado terá, via de regra, direito a pena privativa de liberdade que lhe for aplicada substituída pela pena restritiva de direitos; ou seja, o condenado não ficará efetivamente preso, logo, na mesma proporção, o inocente não poderá ser submetido a prisão (preventiva).

Por tudo, o princípio da homogeneidade envolve o vínculo entre as medidas cautelares e as penas substitutivas ou as condições estabelecidas para as infrações penais de menor ou de médio potencial ofensivo¹².

O tema voltará a ser apreciado com mais profundidade neste capítulo quando do estudo da prisão preventiva.

10. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do Processo Penal*: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7-24.

11. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.052.

12. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.052.