

Bruno Taufner Zanotti

Cleopas Isaías Santos

Delegado de Polícia

Teoria e Prática

9^a | revista
edição | ampliada
atualizada

2024

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

CAPÍTULO VII

MEDIDAS CAUTELARES NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL

Cleopas Isaías Santos

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

As medidas cautelares desempenham um papel fundamental no curso da investigação policial. É por meio delas que muitas fontes e meios de provas são identificados, e, por consequência, o Delegado de Polícia consegue, como regra, demonstrar os indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade dos crimes investigados. Não por outra razão o mestre Romeu Pires de Campos Barros considera que esta matéria cautelar “constitui a zona confinante entre a função jurisdicional e a administrativa, ou seja, a de polícia”¹.

A utilização dessas medidas, entretanto, não pode se dar de forma arbitrária, nem tampouco pode ser a regra durante a investigação. Ao representar por tais medidas, a autoridade policial deve estar atento aos direitos fundamentais do investigado,² sempre restringidos com a decretação de uma medida cautelar.

Imprescindível, portanto, o conhecimento, entre outros temas, dos fundamentos, das funções, finalidades, dos pressupostos, da principiologia aplicável às cautelares processuais penais, das espécies e das hipóteses cabíveis, além de saber como elaborar, na prática, suas representações.

-
1. BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 11.
 2. Para uma salutar e profunda análise criminológica e sociológica dos perversos efeitos da prisão cautelar nos direitos fundamentais do imputado, cf. SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: RT, nº 86, set.-out./2010, p. 289-335.

Diante disso, no presente trabalho, procuraremos delinear as linhas essenciais da sistemática das medidas cautelares processuais penais aplicáveis no sistema de investigação preliminar policial, bem como fornecer, ao final, os modelos de representação das principais medidas cautelares utilizadas na persecução penal preliminar policial.

2. APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA GERAL DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS³

As tentativas de sistematização de uma teoria geral das medidas cautelares são bastante antigas,⁴ sendo palpáveis as dificuldades de tal intento, especialmente por serem tratadas, como regra, dentro da mesma sistemática da cautelaridade civil.

Com menos obstáculos, entretanto, puderam-se delinear os contornos de uma teoria geral das medidas cautelares prisionais, mas, ainda assim, em um nível meramente doutrinário.⁵ Apenas com a reforma do sistema de cautelares penais feita especificamente pela Lei nº 12.403/2011 e, mais recentemente, com a Lei nº 13.964/2019, além do PLS 156/2009, tem-se a ruptura dessa tradição e obtém-se um relativo êxito nesse mister, com expressa previsão dos seus elementos essenciais.

Além do já mencionado tratamento das medidas cautelares penais dentro da mesma sistemática das cautelares civis, feita por grande parte da doutrina,

-
3. As ideias principais deste tópico encontram-se publicadas nos seguintes trabalhos, todos de Cleopas Isaías Santos: A prisão em flagrante no projeto de reforma total do código de processo penal e sua ressonância nos direitos fundamentais do imputado. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, nº 393, p. 99-116, julho de 2010; A prisão temporária no projeto de reforma total do código de processo penal (PLS 156/09). **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 36, p. 143-157, jan-mar/2010; e Índícios de uma teoria geral das medidas cautelares prisionais no projeto de reforma do código de processo penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Síntese, nº 66, p. 35-47, fev-mar/2011.
 4. Entre outros: CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádova, 1936; PUJADAS TORTOSA, Virginia. **Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso**. Madrid: Marcial Pons, 2008; MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. IV. Campinas: Bookseller, 1997; BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982; LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
 5. Cf, por todos: TUCCI, Rogério Lauria, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, et al. Sistematização das medidas cautelares Processuais Penais. **Revista do Advogado**, São Paulo, nº 78, p. 120, set. 2004 (em homenagem ao Professor Sérgio de Moraes Pitombo); WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; SANTOS, Cleopas Isaías. Índícios de uma teoria geral das medidas cautelares prisionais no projeto de reforma do código de processo penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Síntese, nº 66, p. 35-47, fev-mar/2011.

outra dificuldade salta aos olhos dos que se atrevem a estudá-las: as diferentes finalidades das diversas medidas, decorrentes de suas naturezas mais singulares, como será evidenciado a seguir.

2.1. Conceito

Dizem-se cautelares penais as medidas preventivas previstas em lei, decretadas, como regra, pelo Judiciário, em decisão escrita e motivada, destinadas: a assegurar a presença do imputado no curso da persecução criminal; a garantir a obtenção ou a integridade de uma fonte ou meio de prova; e a “evitar a insolvência do (e pelo) imputado”.⁶

Para Scarance Fernandes, as medidas cautelares são “Providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa”.⁷

Ou ainda, segundo Romeu de Almeida de Campos Barros, “Através dela se procura colocar as coisas que interessam ao processo numa situação de letargia, evitando-se que sejam modificadas com o decurso do tempo”.⁸

2.2. Fundamento e finalidade

O **fundamento** das medidas cautelares é o *periculum libertatis*, o qual, segundo Pujadas Tortosa, é composto por **dois elementos**, “[...] um **objetivo**, que identifica o que se deve proteger do processo através daquelas medidas, e outro **subjeto**, indicador de quem deve proteger-se o processo mediante a tutela cautelar penal. Denominei o primeiro de ‘**risco de frustração**’ e o segundo, ‘**perigosidade processual do imputado**’”.⁹ (sem destaque no original)

Ou seja, de forma objetiva e conclusiva, segundo Aury Lopes Jr. “o *risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo*”.¹⁰ Pela primeira vez o legislador previu, de forma expressa, o perigo gerado pela liberdade do imputado como fundamento da prisão preventiva, como se vê na nova redação do art. 312, *caput*, do CPP, dada pela Lei nº 13.964/2019.

Já a sua **finalidade** é garantir o regular e eficaz desenvolvimento da persecução criminal (princípio instrumental punitivo), e, conseqüentemente, da

6. PUJADAS TORTOSA, Virginia, op. cit. p. 29.

7. FERNANDES, Antonio Sacarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 2005, p. 311.

8. BARROS, Romeu Pires de Campos, op. cit., p. 12.

9. PUJADAS TORTOSA, Virginia, op. cit. p. 57.

10. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

aplicação do *jus puniendi*, bem como evitar a insolvência do imputado em relação ao Estado (custas processuais) ou à vítima (pretensão indenizatória). Por isso se diz que as medidas cautelares são o instrumento do instrumento.¹¹

Ainda de acordo com Aury Lopes Jr., “as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva”.¹²

Veja-se que a finalidade de evitar a insolvência do imputado, especialmente em relação a uma pretensão indenizatória *ex delicto*, apesar de muitas opiniões contrárias, ganhou força com a micro reforma processual feita pela Lei nº 11.719/2008. O PLS 156/09, de igual modo, contempla a reparação civil (art. 526) como uma finalidade das medidas cautelares penais.

A crítica que se faz a esta última finalidade é que ela contribui, sobremaneira, para a civilização do processo penal. E mais, em um momento que o processo penal busca, com muito esforço, despir-se das velhas roupas que o processo civil lhe empresta.

De todo modo, entendemos que a reparação civil não é, nem pode ser, uma finalidade da prisão provisória, devendo ficar relegada às medidas cautelares reais e à fiança.

2.3. Características

Entre as características das medidas cautelares apontadas pela doutrina, destacam-se as seguintes: **a)** instrumentalidade hipotética; **b)** acessoriedade; **c)** preventividade; **d)** sumariedade; **e)** provisoriedade (interinidade); **f)** provisionalidade (revogabilidade); **g)** referibilidade; **h)** jurisdicionalidade; **i)** proporcionalidade; e **j)** contemporaneidade.

A **instrumentalidade** das medidas cautelares indica que elas se destinam a assegurar o provimento final do objeto do processo principal. Esta **instrumentalidade**, segundo Calamandrei,¹³ é **hipotética e qualificada**. Será hipotética porque, sendo a condenação a hipótese mais provável quando presentes os pressupostos positivos e negativos de uma medida cautelar, esta servirá como “um **instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação**”.¹⁴

11. CALAMANDREI, Piero, op. cit., p. 175-176, chama essa dupla instrumentalidade de “instrumentalidade qualificada”.

12. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II, p. 50.

13. CALAMANDREI, Piero, op. cit., p. 175-176. Adotando este mesmo posicionamento, cf. MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 32.

14. BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 702.

E será qualificada ou de segundo grau porque “se a função jurisdicional tem por objetivo a aplicação dos mandamentos e das normas da ordem jurídica, a medida cautelar, que instrumentalmente a tutela, constitui meio predisposto e adequado para a melhor consecução da providência definitiva, sendo que esta, por seu turno, constitui também meio e modo para a realização do Direito.”¹⁵

Referindo-se à mencionada dupla instrumentalidade, Gustavo Badaró asserere que “Esse posicionamento, correto no campo processual civil, é reforçado no campo penal. Sendo o direito penal um instrumento de coação indireta, e não havendo a possibilidade de imposição de sanção penal, senão por meio do processo, resta potencializado o caráter instrumental do processo penal em relação ao direito penal”. Trata-se, pois, de uma instrumentalidade necessária.¹⁶

A **acessoriedade** caracteriza as medidas cautelares penais porque estas visam a assegurar o provimento final de um processo, sendo a ele acessórias, portanto.

Outra característica da tutela cautelar é a **preventividade**, ou seja, “sua finalidade é prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação”¹⁷ no regular desenvolvimento do processo no qual ela é decretada. No processo penal, a tutela cautelar busca “[...] conservar um estado de fato (p. ex.: sequestrando o bem que seja proveito do crime) ou impor determinada constrição a direitos do acusado (p. ex.: a prisão preventiva ou a proibição de ausentar-se do país), evitando que o longo tempo do processo possa gerar a inutilidade ou ineficácia do provimento final, no caso, e provável sentença condenatória”.¹⁸

Em virtude de seu caráter preventivo, a tutela cautelar é também urgente, o que não permite que o juiz, ao decretá-la, faça-o em uma análise profunda, típica da tutela definitiva. Ao contrário, a tutela cautelar exige uma **congnição sumária** ou superficial do juiz, que decide com base no *fumus comissi delicti*.

Sendo acessória e preventiva, necessariamente a tutela cautelar é **provisória** ou **interina**, devendo durar apenas pelo tempo necessário àquela preventividade ou até que o provimento principal lhe sobrevenha. Infelizmente poucas são as medidas cautelares com previsão legal do seu tempo de duração, cabendo à doutrina e à jurisprudência sua definição, atendidos outros princípios, especialmente o da proporcionalidade.

15. MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 32.

16. BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 702.

17. BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 703.

18. BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 703.

Outro limite que caracteriza a tutela cautelar, além do tempo, é a subsistência dos motivos que justificaram sua aplicação. Ou seja, a tutela cautelar é também **provisional** ou **revogável**. Uma vez cessados os motivos ensejadores de uma medida cautelar, deverá o juiz revogá-la. Finalmente o legislador estabeleceu, de forma expressa, a necessidade de o juiz rever sua decisão e analisar se os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva persistem. É a chamada provisionalidade ou revogabilidade. Nos termos do art. 316, par. único, do CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019, o juiz que decretou a prisão preventiva deverá rever sua decisão a cada 90 (noventa) dias, e, uma vez cessados seus motivos ensejadores, deverá revogá-la, como antes já sustentávamos. O PLS 156/09 traz, em vários dispositivos, tal obrigatoriedade. Dúvida surgiu quanto à obrigatoriedade dessa regra também pelo Tribunal revisor ou apenas pelo juízo de primeiro grau. Em recente decisão monocrática, o Min. Edson Fachin decidiu que “Não há, nesse contexto, dúvidas da imprescindibilidade da observância do prazo nonagesimal também pelo Tribunal de segundo grau, enquanto não encerrada a sua jurisdição. Deve, pois, a autoridade judiciária competente, nos termos do decidido nas ADIs n. 6.581 e 6.582, reavaliar a prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias”¹⁹.

Uma medida cautelar deve sempre referir-se ou vincular-se à situação de direito material objeto do processo principal que ela previne. Ou seja, a **referibilidade** é outra característica da tutela cautelar. Isso significa que, no exemplo de Gustavo Badaró, “[...] se um acusado responde a processo por roubo, e está ameaçando uma testemunha de outro processo a que também responde, pelo crime de calúnia, não se poderá ser decretada a prisão ou qualquer outra medida cautelar pessoal no primeiro processo, por conveniência da instrução criminal, visto que a ameaça foi realizada em relação à instrução de outro processo. Somente neste segundo haverá referibilidade”²⁰.

As medidas cautelares são decretadas, como regra, pelo Judiciário. Existe, portanto, em relação a elas, em geral, **reserva de jurisdição**. Como já visto no capítulo referente à prisão em flagrante, em algumas hipóteses, a autoridade policial poderá decretar medidas cautelares, a exemplo da própria prisão em flagrante, da fiança, da busca pessoal e outras. Não se pode esquecer, como deixamos claro no citado capítulo sobre prisão em flagrante, que esta modalidade prisional possui natureza pré-cautelar.

De uso corrente na doutrina e na jurisprudência, a **proporcionalidade** mereceu destaque no texto da reforma das medidas cautelares (art. 282, incs. I e II, do CPP), embora com previsão expressa apenas de duas (**necessidade** e

19. STF, Rcl 57583/MG, Decisão Monocrática Rel. Min. Edson Fachin, em 13.02.2023.

20. BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 707.

adequação) das três categorias dogmáticas que lhe estruturam, havendo ainda, além das duas já mencionadas, a **proporcionalidade em sentido estrito**.

Assim, de acordo com o referido dispositivo legal, a decretação de uma medida cautelar observará:

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

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

E com razão, vez que a tutela cautelar, acessória e preventiva que é, não pode ser mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação. Ou seja: “o remédio não pode ser mais grave do que a doença”. Mas também não pode ser em uma dose que não surta qualquer efeito. Temos, assim, como decorrência lógica do atendimento à proporcionalidade, a **proibição de excesso** e a **proibição de proteção deficiente**.

Por fim, o pacote anticrime passou a exigir (art. 315, § 1º, do CPP) que, na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz indique concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. E se o juiz tem esse dever, a autoridade policial também o tem. Ou seja, a partir da reforma, o Delegado de Polícia tem o dever de indicar, na representação por qualquer medida cautelar pessoal, e não apenas da prisão preventiva, a existência de fatos novos ou contemporâneos que possam ensejar a decretação da medida. Com efeito, a exigência da demonstração da **contemporaneidade** está em consonância com a segunda parte do art. 312 do CPP, também inserido pelo pacote anticrime, que é o *periculum libertatis*, ou seja, com o perigo que a liberdade do imputado pode gerar para a persecução penal.

Segundo a Min. Rosa Weber, em recente decisão na qual analisava a necessidade ou não da manutenção de uma prisão preventiva, asseriu que “a contemporaneidade diz respeito aos motivos ensejadores da prisão preventiva e não ao momento da prática supostamente criminoso em si, ou seja, é desimportante que o fato ilícito tenha sido praticado há lapso temporal longínquo, sendo necessária, no entanto, a efetiva demonstração de que, mesmo com o transcurso de tal período, continuam presentes os requisitos (i) do risco à ordem pública ou (ii) à ordem econômica, (iii) da conveniência da instrução ou, ainda, (iv) da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal [...] (Agravo Regimental no HC 192.519-BA). É importante destacar que existem precedentes do plenário do STF e do STJ no mesmo sentido.

Contudo, de acordo com o STJ, a contemporaneidade não deve ser requisito das medidas cautelares reais, a exemplo da busca e apreensão. Com efeito, a 5ª Turma do STJ entendeu, ao julgar o HC 624.608, que a busca e apreensão possui requisitos próprios das provas, conforme disciplinado no Título VII do CPP, entre os quais, não se encontra a contemporaneidade. Além disso, no que tange à manutenção de vestígios, o passar do tempo sempre beneficiará o investigado, valendo aqui o adágio “tempo que passa é verdade que foge”. Desse modo, para o STJ, não faz sentido exigir-se a contemporaneidade à busca e apreensão, sob pena de incremento injustificado da impunidade.

Como esse assunto foi cobrado em concurso público?

(Delegado/MA/2018/CESPE/ADAPTADA) Julgue o próximo item, relativo à prisão.

Nos crimes hediondos, o tempo da prisão preventiva varia segundo o limite da pena estabelecida para o tipo penal imputado ao indiciado.

A banca examinadora considerou errada a questão. De fato, como visto acima, a prisão preventiva não possui, ainda, prazo fixo, cabendo à análise do julgador a razoabilidade do tempo de prisão. A prisão que possui prazo fixo é a temporária.

2.4. Classificação

Adotaremos aqui a classificação das medidas cautelares penais sugerida por Scarance Fernandes,²¹ igualmente adotada pelo PLS 156/09, a saber:

- medidas cautelares pessoais, relacionadas com o suspeito, acusado;
- medidas cautelares de natureza civil (reais), relacionadas com a reparação do dano;
- medidas cautelares relativas à prova, tanto para efeito penal como para efeito civil.

As medidas cautelares **pessoais** podem ser **prisoniais** ou **alternativas** à restrição da liberdade do imputado. Como a prisão em flagrante já foi estudada em capítulo apartado, aqui serão tratadas apenas as prisões preventiva, temporária e extradicional. Em relação às medidas pessoais alternativas à prisão, trataremos de todas as elencadas nos arts. 319 e 320 do CPP, a saber:

1 – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

21. FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 313.

- 2 – 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;
- 3 – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- 4 – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- 5 – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- 6 – 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;
- 7 – 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;
- 8 – 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;
- 9 – monitoração eletrônica; e
- 10 – proibição de ausentar-se do país.

No que concerne às cautelares **reais** previstas no CPP, pelo legislador chamadas de *medidas assecuratórias*: **a)** sequestro de bens; **b)** especialização de hipoteca legal; e **c)** arresto de bens; analisaremos mais profundamente apenas a aplicável no âmbito da investigação policial. Antes, porém, serão expostas as razões pelas quais algumas dessas medidas não podem ser aplicadas na fase preliminar. A indisponibilidade de bens, outra medida cautelar real, embora sem tratamento no CPP, tem previsão específica no PLS 156/09 (art. 615-623).

Por fim, entre as diversas medidas cautelares **probatórias**, serão aqui tratadas apenas as de maior incidência na atividade policial, a saber:

- a) busca e apreensão;
- b) interceptação telefônica;
- c) quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal e de dados;
- d) antecipação cautelar de provas; e
- e) infiltração policial.

2.5. Processo, ação ou apenas medidas cautelares penais?

Muito se tem discutido acerca da autonomia do processo cautelar, ao lado do processo de conhecimento e de execução. Para Carnelutti, tal qual no

processo civil, no processo penal também se identificam todos os elementos constitutivos de um *procedimento cautelar*, de um *processo cautelar* e, conseqüentemente, de uma *ação cautelar*.²²

Por outro lado, a doutrina contemporânea inclina-se pela inexistência de um processo ou uma ação cautelar no processo penal. Segundo Urani, não existe um processo nem procedimento cautelar autônomos. E acrescentaríamos, nem uma ação cautelar. E assim pensamos por duas razões. Primeiro, porque “[...] não há possibilidade do direito penal material ser exaurido dentro de um processo penal cautelar ou um procedimento penal cautelar”,²³ uma vez que:

Se um eventual processo cautelar fosse o meio de aplicação do direito material, este tipo de processo perderia a sua essência acautelatória, e passaria a ter natureza cognitiva, até porque, seja como um processo cautelar, seja como um procedimento cautelar, a temporalidade é uma característica inafastável, enquanto o processo e/ou procedimento de cognição têm a marca definitiva.²⁴

Ao criticar a doutrina processualista civil que defende haver, também no processo cautelar, a satisfação do direito material, Hassan Choukr²⁵ afirma que se este posicionamento for transposto para o processo e para o direito penal, “pode-se chegar a um resultado altamente inquisitivo nessas searas”. E conclui em seguida: “Dessa maneira, a medida cautelar penal, sob essa ótica, tende a se revestir de verdadeira antecipação do juízo de mérito, e portanto, de pena antecipada”.

A ausência de contraditório, para Urani,²⁶ seria a segunda razão pela qual não existe possibilidade de processo nem procedimento cautelar. Contudo, com a Lei nº 12.403/2011, esta razão já não subsiste, vez que agora é possível, para não dizer obrigatório, ressalvadas as hipóteses legais, o contraditório para a decretação de uma medida cautelar penal. Com efeito, segundo reza o art. 282, § 3º, do CPP: “*Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação*”

-
22. CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, v. II, p. 70-73. No mesmo sentido, na doutrina pátria, cf. por todos, BARROS, Romeu Pires de Campos, op. cit., p. 57-61 e MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV, p. 33.
 23. URANI, Marcelo Fernandez. (Re)pensando as medidas cautelares com Elio Fazzalari. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Orgs.). **Ciências penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 251.
 24. URANI, Marcelo Fernandez. (Re)pensando as medidas cautelares com Elio Fazzalari..., p. 251.
 25. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33.
 26. URANI, Marcelo Fernandez. (Re)pensando as medidas cautelares com Elio Fazzalari..., p. 252.

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”, conforme nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019.

A possibilidade do contraditório nas hipóteses de representação ou requerimento por uma medida cautelar, entretanto, não cria um processo cautelar, nem tampouco “enceta uma evolução à discussão do reconhecimento de um verdadeiro processo cautelar”, como advoga Nereu Giacomolli.²⁷ A impossibilidade de satisfação do direito material, aliada à superficialidade de cognição jurisdicional, típicas das medidas cautelares, mostram-se como obstáculos intransponíveis ao reconhecimento de um verdadeiro processo cautelar penal.

No mesmo sentido, Gustavo Badaró entende que não existe no “processo penal brasileiro um verdadeiro processo penal cautelar. O que existe são medidas cautelares – pessoais e patrimoniais – que funcionam como incidentes de outro processo”.²⁸

Portanto, deve-se concluir que no sistema processual penal brasileiro, ao contrário do que pensam alguns, não se tem um processo penal cautelar, nem tampouco uma ação penal cautelar, por consequência, mas apenas medidas cautelares. Este fato pode agora ser constatado já pela opção terminológica da recente Lei nº 12.403/2011 (Título IX do CPP), bem como do PLS 156/09, como se vê no título do seu Livro III.

E as decorrências lógicas de um tal entendimento não podem ser negligenciadas, como se verá adiante.

2.6. Afinal, pode o Delegado de Polícia representar por uma medida cautelar penal?

Por mais óbvia que possa parecer, a resposta ao questionamento do tópico acima está longe de ser consensual. Ao menos na doutrina. Realmente, muitos autores, em geral membros do Ministério Público, têm advogado que a autoridade policial não pode representar por uma medida cautelar ao Judiciário, diretamente, devendo fazê-lo ao membro do Ministério Público, este, sim, o

27. GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 30.

28. BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 710.

único com legitimidade para tanto, vez que somente ele é parte. Além disso, é também o legítimo dono da ação penal.²⁹

Infelizmente o Ministério Público brasileiro, com raras exceções, ainda não se deu conta que é indevido e inadmissível o transplante acrítico das categorias próprias do Processo Civil para o Processo Penal, a exemplo da tese de que existe um processo cautelar penal, que traz como consequência a impossibilidade da autoridade policial provocar o Poder Judiciário a manifestar-se acerca de uma medida cautelar prisional, por exemplo, defendendo a insustentável doutrina de que apenas o membro do Ministério Público teria legitimidade para tanto, vez que, se apenas este, e não aquele, pode ser parte no processo principal, não haveria razão para assim também não ser em relação ao suposto processo acessório, qual seja, o “processo cautelar”.³⁰

E o que é mais grave: a defesa dessa simbiose (ou promiscuidade) processual chega mesmo ao nível da institucionalização, onde uma forma de “pensar” o Direito é enlatada e exposta a todos os seus membros, para consumo.

Com efeito, o Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial, elaborado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União – CNPG, e publicado em agosto de 2009, ao tratar do tema, diz expressamente que “a titularidade privativa do Ministério Público para a promoção da ação penal pública, diz respeito também a todos os demais procedimentos e processos de natureza cautelar”.

Ainda no âmbito institucional, e com base nas mesmas premissas, a 7ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Controle Externo da Atividade Policial e Sistema Prisional) publicou, em dezembro de 2014, a Orientação nº 04, pela qual os membros do Ministério Público Federal são estimulados a, “respeitada a independência funcional, pugnam pelo não recebimento de pedido de medida cautelar formulado por autoridade policial

29. Cf. por todos, SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do ministério público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 151-170, *passim*.

30. Para a compreensão da autonomia da Teoria Geral do Processo Penal, cf., entre outros: GOLDSCHMIDT, James. Principios gererates del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. v. II, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, s/d; CARNELUTTI, Francesco. La cernicienta. In: CARNELUTTI, Francesco. Cuestiones sobre el proceso penal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Lebrería El Foro, 1994, p. 15-21; TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do direito processual penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989; LOPES JR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; DUCLERC, Elmir. Por uma teoria do processo penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

diretamente ao Juízo, sem prejuízo de pleitearem a medida cautelar, em petição própria, quando a entenderem pertinente”.

No mesmo sentido, para Nereu Giacomolli, o Delegado de Polícia até pode representar por uma medida cautelar, como a preventiva. “Contudo, antes de o pedido ser submetido ao juiz de direito, deverá passar pelo Ministério Público, fiscal da lei e único legitimado ao *ius ut procedatur*, detendo as prerrogativas postulatórias criminais exclusivas da ação penal pública”³¹ Ou seja, o citado processualista parte do mesmo pressuposto da existência de um processo penal cautelar autônomo.

Não podemos, contudo, concordar com tais posicionamentos, pelas razões já expostas.

Como se disse inicialmente, não existe, no Brasil, um processo cautelar. E atento a este fato, a redação original do CPP previa, a Lei nº 12.403/2011, a recente Lei nº 13.964/2019 e o PLS 156/09 trazem, em várias oportunidades, de forma expressa, a possibilidade de a decretação de uma medida cautelar ser realizada mediante provocação da autoridade policial.

Na fase de investigação, aliás, medida cautelar somente deverá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial (art. 282, § 2º, do CPP), embora a leitura isolada do art. 282, § 4º,³² do CPP possa levar à equivocada conclusão de que o juiz poderia decretar, de ofício, tais medidas.³³

2.7. Poder geral de cautela no processo penal

Ao contrário do que ocorre no Processo Civil, no Processo Penal não se admite o assim chamado “poder geral de cautela” do juiz, através do qual poderiam ser decretadas medidas cautelares inominadas.

No Processo Penal, somente as medidas tipificadas, ou seja, previstas expressamente, podem ser aplicadas pelo juiz. Por esta razão é que a proibição de tais medidas mostra-se como consequência lógica do princípio da taxatividade ou da tipicidade das medidas cautelares, antes referido.

31. GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere...**, p. 81. No mesmo sentido, cf. SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 113; PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 131.

32. Art. 282. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

33. O tema encontra-se desenvolvido nos capítulos II e IV desta obra.

Tanto a Lei nº 12.403/2011 quanto o PLS 156/09 parecem resolver, em definitivo, esta questão, como, aliás, já reivindicava a melhor doutrina,³⁴ numa inequívoca demonstração que não se pode simplesmente transplantar os institutos próprios do Processo Civil para o Processo Penal, nem tampouco reuni-los em uma mesma teoria geral. Deseja-se, portanto, que assim permaneça.

3. MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

As medidas cautelares **pessoais** são aquelas que dizem respeito ao sujeito passivo do processo penal, ou seja, ao imputado.

Um das principais novidades trazidas pela nova Lei nº 12.403/2011, foi o abandono da bipolaridade prisão/liberdade provisória e consequente tratamento multipolar das cautelares pessoais.

Pela nova sistemática, essas medidas podem ser **prisões e alternativas** à restrição da liberdade do imputado. Atualmente existem apenas três modalidades de cautelares **prisões**, a saber, **prisão preventiva, prisão temporária e prisão extradicional**. Como já tratado exaustivamente em capítulo próprio, a prisão em flagrante assumiu definitivamente, com a reforma, sua natureza de medida pré-cautelar, preparatória da prisão preventiva ou de outra medida alternativa à prisão.

Em relação às medidas pessoais **alternativas à prisão**, a Lei nº 12.403/2011 as elencou nos arts. 319 e 320 do CPP, a saber: 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

34. Considerando inadmissível o poder geral de cautela do juiz em matéria de medidas cautelares: CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**, p. 47; LOPES JR., Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. In: **Boletim IBCCRIM**: São Paulo, ano 17, nº 203, p. 08-09, out., 2009; e BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**, p. 58. Por sua vez, entendendo incabível o poder geral de cautela do juiz apenas em relação às medidas cautelares pessoais prisionais: ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. In: **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro: PGJ, nº 15, p. 229-245, jan-jun, 2002; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57; TUCCI, Rogério Lauria, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, et al. Sistematização das medidas cautelares Processuais Penais, p. 120. Por fim, admitindo a possibilidade de o juiz decretar uma medida cautelar processual penal atípica (inominada), por analogia ao art. 798 do CPC: NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon et al. **Temas de direito penal e processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 325; e LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**, p. 123.

– 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; e X – proibição de ausentar-se do país.

Essas medidas, segundo a nova sistemática da Lei nº 12.403/2011, podem ser aplicadas **isolada ou cumulativamente** (art. 282, § 1º, do CPP). A aplicação, unitária ou cumulativa, deve ser feita pelo julgador levando-se em conta o princípio da **proporcionalidade**, ou seja, verificando-se, em cada caso concreto se a(s) medida(s) é(são) necessária(s), adequada(s) e proporcional(is) em sentido estrito, conforme estudado acima.

Considerando, porém, a **excepcionalidade**, agora **expressa, da prisão preventiva** (art. 282, § 6º, do CPP), ou seja, esta somente será cabível quando não o for outra medida cautelar, torna-se difícil legitimar a cumulatividade da prisão preventiva com outra medida alternativa, até porque, uma vez restringida preventivamente a liberdade do imputado, nenhuma outra medida pessoal exerceria qualquer de suas finalidades. Em razão disso, conclui magistralmente Gustavo Badaró que “**a prisão preventiva somente pode ser imposta de forma isolada**”.³⁵ (sem grifos no original)

Diferentemente do que antes ocorria, com a última reforma da tutela cautelar no processo penal brasileiro, o juiz deverá, como regra, possibilitar o **contraditório prévio ou antecipado**, para a decretação de uma medida cautelar. E aqui reside um dos aspectos mais elogiáveis da micro reforma. Com efeito, segundo o art. 282, § 3º, do CPP, “*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*”.

35. BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 721.

Embora as duas ressalvas ao contraditório antecipado pareçam aplicáveis mais facilmente às prisões cautelares, nada obsta que também o sejam em outras medidas alternativas. Além disso, nos casos dessas prisões, as referidas exceções não incidirão automaticamente. Ou seja, **é plenamente possível que, antes de ser decretada uma prisão preventiva, o imputado demonstre que outras medidas, diversas da prisão, são mais adequadas ao seu caso.**

Estudemos, pois, separadamente, cada uma dessas medidas cautelares pessoais.

3.1. Prisionais

Atualmente só existem três tipos de medidas cautelares prisionais: a **prisão preventiva**, a **prisão temporária** e a **prisão para fins de extradição**. Esta última regulamentada finalmente pela Lei nº 12.878/2013.

As antigas prisões decorrentes, respectivamente, de sentença condenatória recorrível e de pronúncia, deixaram de existir com a reforma feita pela Lei nº 11.719/2008.

A prisão em flagrante, por sua vez, como dito acima, a partir da Lei nº 12.403.2011, assumiu, definitivamente, sua natureza de medida pré-cautelar. Aliás, a pré-cautelaridade da prisão em flagrante foi finalmente reconhecida pelo legislador da Lei nº 13.964/2019, ao prever, de forma distinta, essa modalidade prisional, da prisão cautelar e da prisão pena (art. 283 do CPP).

Vale destacar, antes da análise individual de cada modalidade prisional, que finalmente o legislador estabeleceu critérios claros e racionais para a separação entre os presos provisórios. Com efeito, segundo a Lei nº 13.185/2015, alterando o art. 84, § 1º da LEP, estabelece que os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

- I – acusados pela prática de crimes ou equiparados;
- II – acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
- III – acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.

Só é criticável a previsão da separação dos autores de contravenções penais, levando a crer que é cabível a prisão preventiva nestas hipóteses, o que é inimaginável, como analisado em outro tópico.

3.1.1. Prisão preventiva

A prisão preventiva sempre foi o parâmetro de todas as prisões cautelares e também a mais drástica medida aplicada antes do fim do processo penal.

Mais do que isso, para Pizarro Beleza, “a prisão preventiva é, sem grande risco de exagero, um barômetro do funcionamento do sistema de justiça