

PRISÕES II

TÍTULO IX

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

A aplicação de prisão cautelar ocorre quando existe perigo na liberdade do indivíduo. Alternativamente, podem ser aplicadas medidas cautelares diversas da prisão quando houver risco relacionado à demora na atuação ou à necessidade de evitar prejuízos à investigação, ou à instrução criminal.

As medidas cautelares diversas da prisão têm a finalidade de impor condições para que a liberdade provisória seja concedida. A necessidade para a aplicação da lei penal se verifica, por exemplo, quando há risco de fuga do investigado, indiciado, réu ou acusado, de modo que sua ausência comprometeria a aplicação da lei em face do crime praticado.

Também se justifica a aplicação de medidas cautelares quando a investigação ou a instrução criminal corre risco de ser prejudicada, seja pelo contato do investigado com testemunhas, seja pela tentativa de destruição de provas.

Além disso, medidas cautelares podem ser aplicadas em casos especialmente previstos para garantir a ordem pública e prevenir a prática de infrações penais. Por exemplo, um indivíduo que pratica furtos recorrentes em estabelecimentos comerciais pode ter sua liberdade restringida para impedir a repetição desses crimes. Nesse caso, a aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão, como a proibição de frequentar certos locais, é suficiente para atingir o objetivo, sem necessidade de prisão.

Portanto, a aplicação de medidas cautelares depende de **necessidade**, que se manifesta pelo **perigo na liberdade** (*periculum libertatis*) ou pelo **perigo na demora** (*periculum in mora*).

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

Em determinadas situações, não há necessidade de aplicar uma medida cautelar genérica. Por exemplo, no caso de um indivíduo que pratica furtos recorrentes em shopping centers, não seria adequado proibi-lo de ter contato com o proprietário do estabelecimento, uma vez que isso não impediria a prática das infrações. A medida cautelar deve ser **adequada** à situação concreta, de modo a efetivamente coibir a repetição de delitos. Portanto, sempre se deve observar a adequação da medida, seja ela cautelar, diversa da prisão ou prisão cautelar.

Além disso, existe uma terceira condição para a aplicação de medidas cautelares, conhecida como **fumus commissi delicti** — ou seja, a “fumaça do cometimento do delito”. Isso se refere à existência de indícios ou aparência de que a pessoa praticou determinada infração penal. Não se pode aplicar uma medida cautelar a alguém na ausência de materialidade do crime e indícios de autoria. A fundamentação da medida cautelar deve estar baseada no **fumus commissi delicti**, ou seja, na aparência de que a pessoa praticou o delito. Sem essa condição, não há justificativa legal para a imposição de qualquer medida cautelar.

Art. 282. (...)

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

É importante registrar que, em provas de concurso público, é frequentemente cobrada a possibilidade de acumulação de medidas cautelares diversas da prisão. Por exemplo, pode-se combinar o recolhimento domiciliar noturno com o monitoramento eletrônico, aplicando ambas cumulativamente.

Também é possível acumular medidas como a obrigação de comparecimento periódico em juízo, na qual o indivíduo deve comparecer semanalmente para relatar suas atividades, com a proibição de se aproximar ou manter contato com determinada pessoa. Essa acumulação pode incluir três ou mais medidas, dependendo do caso concreto.

Entretanto, quando se trata de prisão cautelar, em regra, não há acumulação com outras medidas, pois a prisão constitui a medida cautelar mais gravosa. A exceção ocorre na prisão domiciliar, que pode ser cumulada com monitoramento eletrônico, substituindo a prisão preventiva, mas mantendo a possibilidade de fiscalização por tornozeleira ou outro sistema de monitoramento eletrônico.

Na prática, para fins de concurso, a principal cobrança está relacionada à possibilidade de acumulação prevista no parágrafo primeiro, especialmente entre medidas cautelares diversas da prisão.

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

O parágrafo segundo é frequentemente cobrado em provas de concurso público, especialmente no que se refere a princípios constitucionais e processuais. Um dos princípios principais relacionados a este parágrafo é o princípio da jurisdicionalidade, também chamado de reserva de jurisdição. Outro princípio relevante é o princípio da motivação.

De acordo com esses princípios, somente o juiz pode decretar medidas cautelares, sejam elas de prisão ou diversas da prisão. Ao mencionar “juiz” em sentido amplo, incluem-se magistrados de primeira instância, desembargadores e ministros. Não é permitido que

membros do Ministério Público ou outros agentes decretem medidas cautelares, exceto em situações específicas.

A exceção importante ocorre na prisão em flagrante, que é considerada uma medida cautelar. Nessa situação, a prisão será determinada pelo delegado de polícia, respeitando a urgência e a necessidade de atuação imediata para resguardar a ordem pública, prevenir a fuga ou evitar a destruição de provas.



10m

A prisão em flagrante é determinada pelo delegado de polícia, sem a participação do juiz. A prisão em flagrante possui duração máxima de 24 horas, pois, nesse período, o preso deve ser submetido à audiência de custódia, na qual o juiz homologa a prisão e decide se o indivíduo responderá em liberdade ou se a prisão em flagrante será convertida em prisão preventiva. Existe, portanto, essa exceção em que a prisão em flagrante pode ser aplicada pelo delegado de polícia. Entretanto, para fins de prova, deve-se considerar que somente o juiz pode aplicar medidas cautelares, salvo quando a prova menciona expressamente a exceção.

O segundo princípio a ser observado é o princípio da motivação. Sempre que o juiz aplicar uma medida cautelar, ele deve fundamentar a decisão, não podendo simplesmente decretar a prisão sem apresentar razões. A fundamentação deve explicar a decretação da prisão, considerando o *periculum libertatis*, a necessidade, a adequação da medida e o *fumus comissi delicti*.

Em relação ao parágrafo segundo, antes de janeiro de 2020, era prevista a possibilidade do juiz decretar medidas cautelares de ofício, ou seja, por iniciativa própria. Após o Pacote Anticrime, essa prática deixou de ser admitida. Atualmente, somente o juiz pode decretar medidas cautelares, e somente mediante requerimento das partes, representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público durante o curso da investigação criminal.

A persecução penal divide-se em duas etapas: o inquérito policial e a ação penal. Durante o inquérito policial, as medidas cautelares podem ser solicitadas pelo delegado de polícia, por meio de representação, ou pelo Ministério Público, por meio de requerimento. A diferença terminológica decorre do fato de que o Ministério Público atua como parte do processo, enquanto o delegado de polícia não é parte, podendo apenas representar.

Durante a ação penal, podem requerer medidas cautelares o Ministério Público, o assistente de acusação, sendo a vítima habilitada como parte, e o querelante, nos crimes de ação penal privada. O delegado de polícia não pode representar medidas cautelares durante a ação penal, pois sua atuação se encerra com o recebimento da denúncia pelo juiz, momento em que se inicia a ação penal.

A análise e decisão sobre os pedidos de medidas cautelares competem ao juiz das garantias, durante o inquérito policial, e ao juiz da instrução, durante a ação penal. Estes são os responsáveis por analisar os pedidos e decretar as medidas cautelares.



15m

Conforme o parágrafo segundo, as medidas cautelares são decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, durante a investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

O princípio da fungibilidade das medidas cautelares estabelece que o juiz, ao receber o pedido ou representação de uma medida cautelar, pode conceder outra diferente daquela solicitada, desde que mais adequada à situação concreta.

Por exemplo, caso o Ministério Público requeira a prisão cautelar e o juiz entenda que outra medida seja mais apropriada, ele poderá decretar uma medida diversa, como a imposição de comparecimento periódico em juízo, em substituição à prisão.

Da mesma forma, se o Ministério Público requerer a medida cautelar de proibição de frequentar determinados lugares, o juiz poderá optar por outra medida cautelar que considere mais adequada, sem se limitar àquela expressamente requerida.

A aplicação do princípio da fungibilidade não configura atuação de ofício, mas consiste em atender ao que dispõe o artigo 282 do Código de Processo Penal, verificando qual medida cautelar é mais adequada ao caso concreto. Este princípio é plenamente admitido no âmbito do direito processual penal.

Regra geral, quando uma medida cautelar é requerida ao juiz, tal pedido pode ser formulado pelo delegado de polícia, pelo Ministério Público, pelo querelante ou pelo assistente de acusação.

O juiz deve, em regra, notificar a parte contrária — investigado, indiciado, réu ou acusado — concedendo-lhe a oportunidade de se manifestar antes da decisão sobre a medida cautelar. O contraditório deve ser oportunizado, não sendo suficiente que o Ministério Público requeira e o juiz decida automaticamente.

Excepcionalmente, determinadas medidas cautelares podem ser decretadas sem a notificação da parte contrária, em razão de sua natureza. Por exemplo, se existirem fortes indícios de que o acusado está prestes a fugir, como no caso de falsificação de passaporte, o delegado de polícia poderá representar pela prisão preventiva ou outra medida cautelar, e o juiz poderá decretá-la sem intimar o acusado, evitando que este antecipe a fuga.

§ 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.

Quando o juiz decide não intimar a parte contrária e decreta a medida cautelar sem a ouvir, é necessário justificar os motivos dessa decisão, evidenciando a urgência ou o risco de ineficácia da medida caso houvesse intimação prévia.

O parágrafo terceiro é de relevância, especialmente em hipóteses excepcionais em que a medida cautelar é decretada “**inaudita altera parte**”, expressão em latim que significa “**sem ouvir a outra parte**”. Nesses casos, a medida é imediatamente cumprida, garantindo-se posteriormente à parte contrária — réu ou acusado — a oportunidade de se manifestar e justificar sua situação, podendo solicitar a revogação da medida, caso comprove que não há fundamentos para sua aplicação.

§ 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.

No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz não pode agir de ofício. Anteriormente era possível, mas atualmente não é mais permitido. O juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente (assistente de acusação) ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.

Diante do descumprimento da medida — por exemplo, a proibição de frequentar determinados lugares, como bares, em razão de condutas praticadas nesses locais —, o juiz, desde que haja requerimento, deverá adotar uma das três alternativas:

1. **Substituir a medida cautelar:** por exemplo, em vez de proibir a frequência em determinados locais, determinar o recolhimento domiciliar noturno.
2. **Impor cumulação de medidas cautelares:** por exemplo, além da proibição de frequentar bares, impor monitoramento eletrônico para garantir o cumprimento da determinação.
3. **Decretar a prisão preventiva:** quando as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem insuficientes.

Na prova, é necessário lembrar que o juiz não pode agir de ofício para realizar substituição, cumulação ou decretação de prisão preventiva, sendo indispensável o requerimento das partes legitimadas. Inclusive, foi retirada a previsão legal que autorizava a atuação de ofício do magistrado nesse contexto.

Na prática, observa-se com frequência a atuação do juiz de ofício. Ao ser informado do descumprimento, o magistrado muitas vezes emite decisão substituindo ou cumulando medidas, ou até mesmo decretando a prisão preventiva. Todavia, para fins de prova, o que prevalece é a disposição legal: o juiz não poderá agir de ofício.

§ 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.



25m

Revogar a medida cautelar. Ainda que não tenha sido o juiz quem a decretou, ele pode revogá-la a qualquer momento, de ofício, independentemente de manifestação, de pedido das partes ou até mesmo do réu. Ainda que o réu não tenha solicitado a revogação e nem o advogado tenha se manifestado, o juiz pode, por iniciativa própria, decretar a revogação da medida cautelar.

Esse entendimento também se aplica à prisão. Trata-se de estudo das medidas cautelares de forma genérica. Quando se menciona medida cautelar, o entendimento aplica-se tanto às prisões cautelares quanto às medidas cautelares diversas da prisão.

O juiz pode substituí-la quando verificar a falta de motivo para subsistir. Se tiver aplicado uma medida cautelar diversa da prisão e perceber que ela não é mais adequada ou necessária, pode substituí-la por outra, podendo fazê-lo de ofício. Também poderá voltar a decretá-la, caso sobrevenham razões que a justifiquem.

Assim, em determinadas situações, o juiz pode revogar uma medida cautelar e, posteriormente, concluir que não deveria tê-la revogado, decretando-a novamente.

Diversos doutrinadores sustentam que esse dispositivo legal encontra-se equivocado, pois contém um grave erro e não poderia ser interpretado dessa forma. O argumento é que tal interpretação desrespeita o sistema acusatório, já que o juiz não poderia agir de ofício para decretar novamente uma medida cautelar, sendo necessária a provocação das partes. Todavia, o texto legal estabelece que o juiz pode, sim, agir de ofício nesse caso.

Portanto, o juiz decreta uma medida cautelar diante de pedido, não podendo agir de ofício nessa primeira decretação. Posteriormente, pode revogá-la de ofício ou mediante pedido das partes. Além disso, pode voltar a decretá-la. Conforme o dispositivo, é possível fazê-lo de ofício.

§ 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.



30m

O princípio em análise é o princípio da subsidiariedade da prisão preventiva, também denominado “última ratio”, expressão em latim que significa “última razão” ou “último recurso”. A prisão preventiva deve ser compreendida como medida extrema, aplicada apenas quando nenhuma outra medida cautelar se mostrar suficiente. Existem diversas espécies de medidas cautelares:

- aquelas que impõem restrição da liberdade, como as prisões cautelares;
- e aquelas diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

O juiz somente poderá optar pela decretação da prisão preventiva se as medidas cautelares diversas da prisão não forem suficientes.

Exemplo: em uma situação de risco de fuga do investigado, o Ministério Público pode requerer a prisão preventiva. O juiz, ao analisar o pedido, pode concluir que a imposição de monitoração eletrônica é suficiente para coibir o risco de fuga. Nesse caso, a prisão preventiva deve ser negada e a monitoração eletrônica decretada.

Caso posteriormente surjam indícios de que o investigado está tentando burlar a medida — por exemplo, pesquisando formas de romper a tornozeleira eletrônica sem ser detectado —, ficará demonstrado que a monitoração eletrônica não é mais adequada. Nessa hipótese, a prisão preventiva poderá ser decretada, já que as medidas alternativas se revelaram insuficientes.

Assim, a prisão preventiva somente pode ser decretada quando nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão for adequada e suficiente para:

- coibir risco de fuga;
- assegurar a conveniência da instrução criminal (evitar interferência nas investigações);
- ou prevenir a prática de novas infrações penais.

Esses fundamentos encontram-se no artigo 312 do Código de Processo Penal. Portanto, a prisão preventiva é medida cautelar excepcional, devendo ser utilizada, em última hipótese, quando a substituição por outra medida cautelar não for cabível. A impossibilidade de substituição deve sempre ser fundamentada pelo juiz.

Este material foi elaborado pela equipe pedagógica do Gran Concursos, de acordo com a aula preparada e ministrada pelo professor Érico de Barros Palazzo.

A presente gravação tem como objetivo auxiliar no acompanhamento e na revisão do conteúdo ministrado na videoaula. Não recomendamos a substituição do estudo em vídeo pela leitura exclusiva deste material.
