

ANDRÉ NICOLITT

PROCESSO PENAL CAUTELAR

PRISÃO E DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES

2.^a edição revista, atualizada e ampliada

Com a colaboração de: Bruno Cleuder de Melo
e Gustavo Rodrigues Ribeiro

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

STJ00101344

PROCESSO PENAL CAUTELAR
Prisão e demais medidas cautelares

ANDRÉ LUIZ NICOLINI

Colaboradores:

Bruno Cleuder de Melo e Gustavo Rodrigues Ribeiro

1.ª edição: Elsevier, 2011



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso *site*: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [07-2015]

Profissional

Fechamento desta edição [08.07.2015]



EDITORA AFILIADA

ISBN 978-85-203-6107-8

SUMÁRIO

NOTA À 2. ^a EDIÇÃO	17
INTRODUÇÃO.....	19
1. PROCESSO PENAL CAUTELAR.....	21
1.1 É possível falar em Processo Penal Cautelar	21
1.2 É possível falar em uma Teoria Geral do Processo?	24
1.3 Classificação das Medidas Cautelares	26
2. PRINCÍPIOS REITORES DO PROCESSO PENAL CAUTELAR	28
2.1 Dignidade da pessoa humana: origem, natureza eficácia e conceito	28
2.1.1 Origem	28
2.1.2 Natureza: princípio, regra ou direito fundamental?	30
2.1.3 Eficácia e aplicabilidade do princípio da dignidade humana	31
2.1.4 Dignidade como conceito vago e indeterminado. A necessária densificação	33
2.1.5 Teoria dos cinco componentes de Podlech	34
2.1.6 Fórmula-objeto de Dürig.....	35
2.2 Devido processo legal	37
2.2.1 Devido processo legal e taxatividade das medidas cautelares	40
2.2.2 Medidas cautelares e princípio da duração razoável do processo	41
2.2.3 A presunção de inocência como limite teleológico das medidas cautelares	48
2.3 Reserva de jurisdição	50
2.4 Motivação.....	51
2.5 Contraditório	51
2.6 Proporcionalidade	52
2.6.1 Nossa posição crítica sobre os dispositivos referidos.....	54
2.7 Excepcionalidade	56
2.8 Provisionalidade e provisoriedade ou precariedade	56
3. MEDIDAS CAUTELARES E SISTEMA ACUSATÓRIO – CRÍTICA À LEI 12.403/2001	58

4. SISTEMA CAUTELAR PENAL DINÂMICO ATRAVÉS DA LEI 12.403/2011: CRÍTICA E DIREITO COMPARADO	62
5. MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE	64
5.1 Sistema de prisão no processo penal brasileiro	64
5.1.1 Prisão processual: considerações gerais.....	65
5.1.1.1 Requisitos	66
5.1.1.2 Características	67
5.1.1.3 Prisão e liberdade na Lei 12.403/2011	67
5.1.1.4 Nossa posição sobre a liberdade provisória a partir da Lei 12.403/2011	69
5.1.1.5 Nossa posição sobre a fiança a partir da Lei 12.403/2011	73
5.1.1.6 Liberdade Provisória e art. 44 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)	74
5.1.2 Prisão em flagrante.....	75
5.1.2.1 Auto de prisão em flagrante	78
5.1.2.2 Das comunicações da prisão: Juiz, Ministério Público e Defensoria Pública.....	79
5.1.2.3 Nota de culpa.....	81
5.1.2.4 Prisão em flagrante e período eleitoral	81
5.1.2.5 Audiência de custódia.....	82
5.1.2.5.1 Previsão legal e natureza jurídica.....	82
5.1.2.5.2 Compatibilidade entre o tratado e o CPP....	84
5.1.2.5.3 Expressão “sem demora”	84
5.1.2.5.4 Juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais	87
5.1.2.5.5 Consequências da não realização da audiência	90
5.1.2.5.6 Objetivo da audiência.....	91
5.1.2.5.7 Dificuldades para implementação da audiência de custódia	91
5.1.3 Prisão preventiva.....	92
5.1.3.1 Momento para o decreto: uma releitura do art. 311 do CPP.....	92
5.1.3.2 Requisitos e fundamentos da prisão preventiva	94
5.1.3.3 Nossa posição sobre a prisão para garantia da ordem pública ou econômica: inconstitucionalidade.....	96
5.1.4 Prisão preventiva por descumprimento de outras medidas cautelares e prisão por reincidência	97
5.1.4.1 Prisão por descumprimento de outras medidas cautelares	97
5.1.4.2 Prisão preventiva e reincidência.....	98
5.1.5 Prisão preventiva e violência doméstica	99

5.1.6	Prisão para identificação do indiciado.....	100
5.1.7	Prisão preventiva e excludente de ilicitude – Art. 314 do CPP.....	100
5.1.8	Exigência de motivação – Art. 315 do CPP.....	100
5.1.9	Prisão temporária.....	101
5.1.9.1	Doutrina tradicional.....	101
5.1.9.2	Nossa posição.....	102
5.1.10	Prisão por precatória e registro do mandado de prisão.....	103
5.1.11	Separação dos presos provisórios dos definitivos e a nova situação dos jurados.....	106
5.1.12	Revogação da prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrida e da obrigatoriedade do recolhimento à prisão para recorrer (arts. 393 e 595 do CPP).....	108
5.1.13	Progressão cautelar de regime – Lei 12.736/2012.....	108
5.1.14	Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.....	113
5.1.15	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.....	113
5.1.16	Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.....	114
5.1.17	Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução e proibição de ausentar-se do país.....	115
5.1.18	Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.....	116
5.1.19	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.....	117
5.1.20	Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração.....	118
5.2	Fiança.....	120
5.2.1	Inafiançabilidade e descabimento de liberdade provisória.....	120
5.2.2	Valor da fiança.....	121
5.2.3	Recusa e retardamento da fiança.....	122
5.2.4	Destino do valor da fiança.....	122
5.2.5	Fiança e hipossuficiência econômica.....	123
5.2.6	Fiança e autoridade policial.....	123
5.3	Monitoração eletrônica: do PL 156/2009, à LEP e à Lei 12.403/2011.....	124
5.3.1	Monitoramento eletrônico: compatibilidade sistêmica e risco cultural.....	126

5.4	Prisão domiciliar	128
5.4.1	Prisão domiciliar e detração da pena	129
6.	MEDIDAS CAUTELARES REAIS E PROBATÓRIAS.....	130
6.1	Medidas assecuratórias.....	130
6.1.1	Do sequestro	131
6.1.2	Da hipoteca legal	132
6.1.3	Do arresto.....	133
6.2	Medidas cautelares probatórias (ou meios de obtenção de prova)	133
6.2.1	Busca e apreensão.....	134
6.2.2	Da busca domiciliar.....	136
6.2.2.1	Nossa posição	137
6.2.3	Encontros fortuitos	138
6.2.4	Escritórios de advocacia	138
6.2.5	Busca pessoal.....	139
6.2.5.1	Intervenções corporais e busca pessoal: enquadramento	139
6.2.5.2	Busca pessoal ou “revistas”: enquadramento do tema	143
6.2.5.3	Busca pessoal como meio de obtenção de prova e o <i>nemo tenetur se detegere</i>	146
6.3	O Regime da interceptação na Constituição de 1988	147
6.3.1	Nossa posição.....	148
6.3.2	O regime infraconstitucional das interceptações: Lei 9.296/1996	149
6.3.3	Requisitos legais para a interceptação telefônica	150
6.3.4	Definição do objeto da investigação: limites subjetivos, objetivos e encontros fortuitos	150
6.3.5	A controvérsia doutrinária sobre a constitucionalidade do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.296/1996.....	152
6.3.6	Interceptação e prova emprestada	153
6.3.6.1	Gravação de conversa do investigado com advogado e familiares.....	154
6.3.6.2	Nossa posição	155
6.3.6.3	Procedimento de interceptação.....	155
6.3.6.4	Do prazo da interceptação.....	156
6.3.6.5	Processamento em apartado e apensamento	157
6.4	Quebra de sigilos bancário e fiscal	158
6.5	Captações e interceptações ambientais; infiltração de agentes e ação controlada	160
6.6	Do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações – Natureza não cautelar	164
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	169