
**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INOVAÇÕES DA LEI 12.403/11: SOLUÇÃO PARA A
SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS OU ESTÍMULO À IMPUNIDADE?**

Diana Baroni Firmino

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INOVAÇÕES DA LEI 12.403/11: SOLUÇÃO PARA A
SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS OU ESTÍMULO À IMPUNIDADE?**

Diana Baroni Firmino

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Mário
Coimbra.

Presidente Prudente/SP
2012

INOVAÇÕES DA LEI 12.403/11: SOLUÇÃO PARA A SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS OU ESTÍMULO À IMPUNIDADE?

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

MÁRIO COIMBRA

CLÁUDIO JOSÉ PALMA SANCHEZ

RENATO TREVISI MORALES

Presidente Prudente/SP, dia 26 de novembro de 2012.

Um dos maiores travões aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade (...) A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade.

Cesare Beccaria

Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, não há ninguém que explique e ninguém que não entenda.

Cecilia Meireles

Dedico esta monografia a toda a minha família, que sempre foi minha base e guiou o meu caminho, mas principalmente aos meus pais Edson e Fatima e aos meus avós Luiz e Ana, que me proporcionaram a oportunidade de estudar e de fazer o curso com o qual sempre sonhei.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus pela vida e por sempre iluminar meus caminhos, além de me possibilitar ter acesso à educação de qualidade.

Agradeço ao meu pai Edson que, por ser advogado, me apresentou ao mundo jurídico e à minha mãe Fatima, que aguenta meus piores momentos, e ainda assim, consegue ser maravilhosa em todos os sentidos.

Não posso esquecer de todo o restante da minha família, principalmente meu irmão Giovanni, que estão sempre comigo, independente do que aconteça.

Importante também agradecer ao meu orientador, professor Mário Coimbra, por ter aceitado me orientar neste trabalho, e por estar sempre disponível para me ajudar e tirar as minhas dúvidas, mesmo sendo uma pessoa ocupada em virtude do trabalho como Promotor de Justiça, que desenvolve com maestria junto ao Ministério Público.

Por fim agradeço aos meus amigos de faculdade, responsáveis por muitas risadas e companheirismo, alguns cuja amizade com certeza irá perdurar ao longo da vida.

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido em virtude da recente reforma processual penal, proporcionada com a edição da Lei 12.403/11. O objetivo é analisar se tal reforma foi benéfica do ponto de vista da sociedade como um todo, pois em virtude dela muitos presos cautelares poderão ter seus casos revistos e serem colocados em liberdade, desafogando os presídios brasileiros, que se encontram superlotados. Por outro lado, tal situação pode gerar um sentimento de insegurança na sociedade. A verdade é que a nova lei tem a intenção principal de transformar as prisões cautelares como última razão a ser adotada pela autoridade judiciária, pois agora só ficarão presos antes de sentença definitiva aqueles que realmente não atendam os requisitos legais e apresentem algum tipo de perigo à sociedade. Para concretizar este estudo, iniciaremos com alguns relatos históricos a respeito da evolução das prisões e da liberdade provisória. Posteriormente, falaremos das prisões cautelares que existem atualmente, que são: prisão em flagrante, prisão provisória e prisão domiciliar. A prisão temporária não é objeto deste trabalho por não ter sofrido nenhuma alteração com a Lei 12.403/11. Falaremos também do instituto da liberdade provisória, quando pode ser concedida com ou sem fiança. Passaremos ao estudo das medidas cautelares alternativas à prisão, cujo rol está presente nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal. Por fim, falaremos um pouco sobre a atual situação das instituições carcerárias no Brasil, sendo que a maioria delas passa por situações precárias. Concluiremos que a nova lei é vantajosa sim, desde que sejam feitas regulamentações específicas para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, para que possam cumprir seu objetivo que anteriormente só poderia ser alcançado com a imposição de uma prisão cautelar.

Palavras-chave: Prisões. Medidas Cautelares. Liberdade Provisória. Fiança. Lei 12.403/11.

ABSTRACT

This work was developed under the recent reform of criminal procedure, provided with the enactment of Law 12.403/11. The goal is to analyze whether such reform was beneficial from the standpoint of society as a whole, as a result of her many inmates may have their protective cases reviewed and be placed on probation, relieving the Brazilian prisons, which are overcrowded. Moreover, such a situation can generate a feeling of insecurity in society. The truth is that the new law is intended to transform the main precautionary arrests as last reason to be adopted by the judicial authority, for now only be arrested before final judgment those that really do not meet the legal requirements and present some kind of danger to society. To achieve this study, we will begin with some historical accounts about the evolution of prisons and parole. Later, we'll precautionary prisons that currently exist, which are in flagrant arrest, pretrial detention and house arrest. A makeshift prison is not the object of this work by not having suffered any alteration to Law 12.403/11. We will also institute of parole, when it can be granted with or without bail. We will study the precautionary measures alternatives to prison, whose role is present in articles 319 and 320 of the Criminal Procedure Code. Finally, we'll talk a little about the current situation of prison institutions in Brazil, and most of them go through precarious situations. We conclude that the new law is rather advantageous, provided they are specific rules for the application of the precautionary measures several of the prison, so they can meet their goal which previously could only be achieved by the imposition of a prison precaution.

Keywords: Prisons. Precautionary Measures. Provisional Freedom. Bail. Law 12.403/11.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 PRISÕES E LIBERDADE PROVISÓRIA: UM PANORAMA GERAL E HISTÓRICO | 13 |
| 3 PRISÃO EM FLAGRANTE..... | 20 |
| 3.1 ESPÉCIES DE FLAGRANTE | 21 |
| 3.1.1 PRÓPRIO | 21 |
| 3.1.2 IMPRÓPRIO | 22 |
| 3.1.3 PRESUMIDO | 22 |
| 3.1.4 PREPARADO..... | 23 |
| 3.1.5 FORJADO..... | 24 |
| 3.1.6 ESPERADO..... | 25 |
| 3.1.7 PRORROGADO..... | 25 |
| 3.2 FLAGRANTE EM SITUAÇÕES ESPECIAIS | 27 |
| 3.2.1 EM CRIME PERMANENTE | 27 |
| 3.2.2 EM CRIME HABITUAL | 27 |
| 3.2.3 EM CRIME CONTINUADO | 28 |
| 3.2.4 EM CRIMES FORMAIS | 28 |
| 3.2.5 EM CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA | 29 |
| 3.2.6 EM CRIME DE AÇÃO PENAL PRIVADA | 29 |
| 3.2.7 NAS INFRAÇÕES PENAIS DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS | 30 |
| 3.3 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO: IMUNIDADES..... | 31 |
| 3.4 O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE – FORMALISMO E ALTERAÇÕES | 33 |
| 3.5 PROVIDÊNCIAS DO JUIZ | 34 |
| 4 PRISÃO PREVENTIVA..... | 36 |
| 4.1 DECRETAÇÃO: MOMENTO E LEGITIMIDADE | 37 |
| 4.2 PRESSUPOSTOS | 39 |
| 4.3 FUNDAMENTOS..... | 39 |
| 4.4 CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE | 40 |
| 4.5 PROIBIÇÃO E PRAZO | 42 |
| 5 PRISÃO DOMICILIAR | 44 |
| 5.1 LEGITIMIDADE | 45 |
| 5.2 HIPÓTESES | 45 |
| 5.3 CONVERSÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA EM PRISÃO DOMICILIAR..... | 47 |
| 5.4 CONDIÇÕES | 47 |

6 LIBERDADE PROVISÓRIA 48

| | |
|---|----|
| 6.1 CONCEITO | 49 |
| 6.2 ESPÉCIES | 50 |
| 6.2.1 OBRIGATÓRIA..... | 50 |
| 6.2.2 PERMITIDA..... | 50 |
| 6.2.3 PROIBIDA..... | 51 |
| 6.3 MODALIDADES..... | 52 |
| 6.4 LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA..... | 53 |
| 6.4.1 NATUREZA JURÍDICA..... | 53 |
| 6.4.2 MOMENTO PARA CONCESSÃO | 54 |
| 6.4.3 COMPETÊNCIA, PRAZO E VALOR..... | 55 |
| 6.4.4 FORMAS, DISPENSA E REFORÇO DA FIANÇA..... | 59 |
| 6.4.5 OBRIGAÇÕES DO AFIANÇADO..... | 60 |
| 6.4.6 O USO DO VALOR DA FIANÇA | 61 |
| 6.4.7 INFRAÇÕES INAFIANÇÁVEIS | 61 |
| 6.4.7.1 RACISMO | 62 |
| 6.4.7.2 TORTURA, TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS, TERRORISMO E HEDIONDOS..... | 63 |
| 6.4.7.3 CRIMES COMETIDOS POR GRUPOS ARMADOS, CIVIS OU MILITARES, CONTRA A ORDEM CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO..... | 64 |
| 6.4.7.4 QUEBRA DE FIANÇA ANTERIORMENTE CONCEDIDA OU DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DOS ARTIGOS 327 E 328..... | 64 |
| 6.4.7.5 PRISÃO CIVIL OU MILITAR | 65 |
| 6.4.7.6 PRESENÇA DOS MOTIVOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA | 65 |
| 6.4.8 EXTINÇÃO DA FIANÇA | 65 |
| 6.4.8.1 PELA CASSAÇÃO | 65 |
| 6.4.8.2 PELA QUEBRA..... | 66 |
| 6.4.8.3 PERDA | 67 |
| 6.4.9 RESTITUIÇÃO | 67 |

7 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS 68

| | |
|---|----|
| 7.1 DA DECRETAÇÃO..... | 68 |
| 7.2 DA REVOGAÇÃO E DA SUBSTITUIÇÃO COM POSTERIOR DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA OU MEDIDA CAUTELAR DIVERSA..... | 69 |
| 7.3 PRAZO DE DURAÇÃO E EXTINÇÃO..... | 70 |
| 7.4 DAS MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE..... | 71 |
| 7.4.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO | 73 |
| 7.4.2 PROIBIÇÃO DE FREQUENTAR DETERMINADOS LUGARES | 73 |
| 7.4.3 PROIBIÇÃO DE CONTATO COM PESSOA DETERMINADA..... | 73 |
| 7.4.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA | 74 |
| 7.4.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR..... | 74 |
| 7.4.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA..... | 75 |
| 7.4.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA | 76 |
| 7.4.8 FIANÇA..... | 77 |
| 7.4.9 MONITORAMENTO ELETRÔNICO | 77 |
| 7.4.10 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS | 78 |

| | |
|---|-----------|
| 8 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ATUAL SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO BRASIL | 80 |
| 9 CONCLUSÃO..... | 82 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 84 |

1 INTRODUÇÃO

Em 4 de maio de 2011 foi publicada a Lei 12.403/11, alterando 32 (trinta e dois) artigos do Código de Processo Penal, relacionados à prisões processuais, fiança, liberdade provisória e medidas cautelares. Tal lei surge com a promessa de desafogar o sistema penitenciário brasileiro, que atualmente se encontra com um quadro de superlotação e precariedade. Tal objetivo é estabelecido porque por se tratar de *novatio legis in melius*, a nova lei irá retroagir para beneficiar aqueles que já estão presos, mas em virtude das novas disposições, terão seus casos revistos, e poderão ser colocados em liberdade.

Por outro lado, ao colocar as prisões cautelares como *ultima ratio*, a nova lei levanta debates no que concerne a um estímulo à impunidade dos criminosos, pois o fato da prisão ter que ser aplicada a cada dia de forma mais criteriosa pode gerar um sentimento de injustiça e insegurança na sociedade, pois atualmente a maioria dos agentes poderá permanecer em liberdade enquanto aguarda sua sentença definitiva. Assim, ocorreria um aumento da criminalidade em decorrência do sentimento do sujeito de ser impune.

Para abranger o tema, iniciamos o presente trabalho com uma abordagem histórica dos institutos da prisão e da liberdade provisória, tratando de seu surgimento e sua evolução em conjunto com a evolução da sociedade.

Posteriormente, passamos a tratar das prisões cautelares propriamente ditas, quais sejam: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão domiciliar. Importante ressaltar que o instituto da prisão temporária não foi objeto da pesquisa por não ter sofrido nenhuma alteração com a edição da Lei 12.403/11.

Passando à análise da liberdade provisória, abordamos seus aspectos legais sobre aplicação, condições, prazos, concessão com e sem fiança e quais infrações penais são inafiançáveis, ou seja, em quais situações o sujeito não poderá ser beneficiado com a aplicação da fiança, e como fica a concessão da liberdade provisória nestas situações.

Abordamos também todo o rol de medidas cautelares diversas da prisão, que talvez seja a maior mudança proporcionada pela reforma do Código de Processo Penal, haja vista que através de sua aplicação alternativa ou cumulativa, o objetivo da Lei 12.403/11 em transformar as prisões cautelares como ultima razão poderá ser efetivado.

Por fim, foram feitas breves considerações sobre a atual situação carcerária no Brasil, que é o quarto país mais encarcerador do mundo, contando até o fim do ano de 2010 com quinhentos mil presos. Estima-se que deste montante, 44% seja formado de presos cautelares, que estão aguardando o desfecho de seu processo crime, com uma sentença definitiva.

Desta forma, a conclusão que almejamos alcançar é a de que a Lei 12.403/11 tem sim potencial para solucionar o problema da superlotação nos presídios, mas desde que as medidas cautelares alternativas à prisão sejam reguladas de uma forma a serem aplicadas correta e efetivamente, para não causar na sociedade os sentimentos de medo e injustiça, e nos infratores, o descrédito na lei processual penal.

Os métodos utilizados serão o hipotético-dedutivo e o comparativo. Os recursos serão pesquisas doutrinárias, artigos específicos da internet e análise de posicionamentos dos Tribunais.

2 PRISÕES E LIBERDADE PROVISÓRIA: UM PANORAMA GERAL E HISTÓRICO

A pena privativa de liberdade consistente em recolher o indivíduo em um estabelecimento prisional demorou para aparecer no mundo, pois como se sabe, anteriormente à esta existiam apenas as penas corporais, aplicadas principalmente em razão da Lei de Talião. Muitas vezes também eram influenciadas por questões religiosas, através do Direito Canônico.

O primeiro estabelecimento que pode ser comparado a uma prisão surgiu na Antiguidade, era o Hospício San Michel, localizado em Roma, na Itália. Para este local eram enviados meninos cujo caráter era descrito como incorrigível.

Durante a Idade Média, os clérigos e monges eram recolhidos em celas nos mosteiros em que viviam para refletir e meditar sobre suas faltas com Deus, e com este poderem se reconciliar.

Porém como espécie de pena privativa de liberdade, a prisão surgiu em Amsterdã, na Holanda, com a construção do *Rasphuis* em 1595.

Na Idade Moderna a Europa passava por uma crise socioeconômica, o que levou muitas pessoas a prática da mendicância, da vadiagem e vários delitos. Neste entremeio, surge, em 1697, em Bristol, Inglaterra, a primeira “*House of Correction*”, instituição onde seriam recolhidos os ociosos e os ladrões. No Brasil foram construídos estabelecimentos deste tipo apenas em 1833 e 1852, respectivamente, no Rio de Janeiro e em São Paulo.

A partir do século XVIII o cenário começa a mudar, foi-se pensando em melhores regulamentações para a pena de prisão. Tanto que nesta época Cesare Beccaria já definia prisões da seguinte forma (1999, p. 98):

Prisão é a pena que, por necessidade, deve, diversamente de todas as outras, ser precedida da declaração do delito, mas este caráter distintivo não lhe tira o outro traço essencial, a saber, que somente a lei determine os casos em que o homem merece a pena. Assim, a lei apontará os indícios do delito que exige a guarda do réu, sujeitando-o a um interrogatório e a uma pena.

Assim, defendia que não se podia deixar a aplicação das prisões ao livre convencimento do juiz, mas sim a lei deveria trazer as situações e requisitos para que uma pessoa pudesse ter sua liberdade restringida.

No Brasil, a situação de penas violentas e violações dos direitos do sujeito acusado, que vinha desde o descobrimento do Brasil, quando vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, demorou para sofrer alguma alteração.

Somente com a Constituição de 1824, e com o Código Criminal do Império de 1830, após a proclamação da Independência, foram introduzidas ideias de justiça, igualdade e melhor tratamento dos presos, por influência de novas correntes de pensamento e escolas penais que surgiam nos Estados Unidos e na Europa.

Sobre isto, Michel Foucault (2011, p. 218-219) se manifesta:

Esse duplo fundamento – jurídico-econômico por um lado, técnico disciplinar por outro – fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas. E foi esse duplo funcionamento que lhe trouxe imediata solidez. Uma coisa, com efeito, é clara: a prisão não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma “detenção legal” encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos.

Desta forma, a partir do século XIX foram surgindo ideias relacionadas ao fato de que as prisões não podiam ser simplesmente um depósito de pessoas transgressoras, mas sim deviam ter uma função ressocializadora, para que o indivíduo sofresse uma reforma moral e saísse de lá transformado.

Após eventos que foram marcos na história do Brasil, como a Abolição da Escravatura em 1888, e a Proclamação da República em 1889, surge o Código Penal da República, em 1890, que já trazia uma diferenciação das modalidades de prisão, como a celular, a reclusão, a prisão com trabalho forçado e a prisão disciplinar, e inclusive previa que estas fossem cumpridas em estabelecimentos próprios para cada tipo.

O Código Penal de 1940, embora classificasse as penas privativas de liberdade em reclusão, detenção e prisão simples, surge no início de uma situação de decadência que perdura até os dias atuais. Os estabelecimentos prisionais começam a enfrentar situações de superlotação, de descaso com os presos, de péssimas condições e instalações, e tudo isto resulta na dificuldade de se atingir o objetivo ressocializador, e muitas vezes geram efeitos indesejados como a prisonização.

A existência da liberdade provisória remonta ao Direito Grego, onde Livro IX de Platão já previa a concessão do benefício nos casos não envolvidos com conspiração política ou peculato. O procedimento previa que o acusado apresentasse três fiadores, que eram três pessoas que se responsabilizariam por seu comparecimento quando este fosse solicitado.

Em sede de Direito Romano, o instituto poderia ser concedido com fulcro na *intercessio* ou mediante o *vadimonium*. A primeira situação ocorria quando houvesse veto oposto de um magistrado à decisão de outro; e a segunda significava o compromisso de comparecimento em Juízo, sendo inicialmente previsto para as ações privadas, e só posteriormente para as públicas. Este poderia ser mediante caução ou meramente fidejussório. A *praedes vades* é a fiança nas ações públicas, sendo que há posicionamentos no sentido de que esta pode remontar até mesmo anteriormente à época da Lei das Doze Tábuas. Conforme entendimento de Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 20):

[...] a partir da Lei das Doze Tábuas, a liberdade provisória passou a ser considerada direito do imputado. O instituto somente conheceu seu ocaso com a troca do processo acusatório pelo inquisitivo, com o advento do Império, que trouxe consigo um arrefecimento do respeito aos direitos individuais do cidadão.

Pelas *quaestiones perpetuae*, o réu poderia se defender em liberdade. Segundo Jorge Vicente Silva (1998, p. 09), a partir da Lei Júlia *de vi*, a regra para o cidadão romano era a da liberdade provisória, independendo mesmo de fiança.

Já na época do Principado, voltaram a ocorrer situações de prisão provisória. O juiz, quando citasse o acusado, poderia optar por três situações: conceder liberdade provisória sem fiança; conceder liberdade provisória com fiança (agora chamada de *satisdatio*, não mais *vadimonium*), ou poderia decretar a prisão. Para decidir, o juiz levava em conta vários fatores, como a gravidade do crime (fator

objetivo), a personalidade do réu (fator subjetivo), e ainda condição social, status, sexo, entre outros. E isto era permitido, segundo Jorge Vicente Silva (1998, p. 09 e 10), em razão da interpretação extensiva de uma lei que permitia aos magistrados determinarem a prisão de desobedientes e desordeiros.

No período da Idade Média, havia previsão de liberdade provisória tanto com caução quanto com garantia fidejussória apenas.

Na Inglaterra era comumente praticada a detenção do acusado, a fim de que se fizessem investigações até que o juiz chegasse ao local do ocorrido. Mas geralmente demorava até que o juiz comparecesse, então os *sheriffs*, por terem poder discricionário, começaram a conceder liberdade provisória com caução. Tal situação se tornou prática tão comum que cominou na edição do *Statute of Westminster the first*, que visava regular a concessão do benefício, evitando que ocorressem exorbitâncias. Esta lei previa que algumas pessoas eram afiançáveis e outras não. Também levava em conta a gravidade do fato. Após, diversas leis concederam o poder da concessão aos juízes de paz, entre 1275 e 1444. Em 1486, editou-se uma lei para sanar abusos ocorridos. De 1554 a 1826, esteve em vigor o *Statute of Philip and Mary*, que trazia normas para os inquéritos e estabelecia que quando um preso fosse afiançado, dever-se-ia tomar depoimento de testemunhas e enviar a um tribunal superior.

Segundo Jorge Vicente Silva (1998, p. 10), no último ano de vigência do *Statute of Philip and Mary*, por força do Ato 7 do Rei Jorge IV, novas normas sobre fiança passaram a vigor, como o deferimento de poderes discricionários ao juiz, que poderia conceder fiança em infrações leves (*misdemeanours*), e graves (*felonies*), mas nunca para as gravíssimas (*treasons*), quando apenas os tribunais superiores poderiam conceder liberdade provisória com fiança.

Em Portugal, durante os séculos XIII e XIV, a liberdade provisória foi legislada por D. Diniz e D. Pedro I, e suas leis foram posteriormente absorvidas pelas primeiras Ordenações do Reino, as Afonsinas, que tratavam da liberdade provisória em seus Títulos 120, 129, 131 e 132.

Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 21), afirmam que o seguro consistia em “uma promessa feita em juízo pelo acusado para solto se livrar, podendo assim, aguardar o desfecho da causa em liberdade, para tanto aceitando determinadas condições que lhe eram impostas”. Desta forma, através das *Cartas de Seguro* os senhores feudais colocavam algumas pessoas sob

sua proteção. Em dado momento, os interessados passaram a pedir tal documento às autoridades, geralmente quando era caso de negativa de autoria ou confissão qualificada (alegou que agiu sob legítima defesa, por exemplo).

A *Homenagem* atualmente é a Menagem, prevista no nosso Código de Processo Penal Militar, em seus artigos 263 a 269. Na época era uma liberdade provisória concedida como privilégio e sob palavra (atualmente, não é privilégio da pessoa, mas sim prerrogativa de função). Nesta época a fiança se dava na força de caução de bens, e os *fiéis carcereiros* eram os garantes do acusado. Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 21) afirmam:

Tais presos privilegiados poderiam permanecer em determinada casa, castelo ou cidade enquanto respondiam a processo. A caução por fiéis carcereiros consistia na palavra de fiadores idôneos de réus, mercedores da graça real. Pela palavra desses fiadores o réu lograva obter do rei a graça de ficar em liberdade enquanto era processado.

Durante a Idade Moderna, na França, em 1539, a liberdade provisória só era concedida aos casos de pequena importância. Tal orientação decorria do tipo de processo adotado, que era o inquisitorial, onde a investigação era facilitada pela presença do acusado, que participava de acareações, interrogatórios e reconhecimentos. Conforme Jorge Vicente Silva (1998, p. 12), os juízes e doutrinadores buscaram o abrandamento desse sistema, com a aplicação da Lei 17 do Código Justinianeu, Livro XII, título I, onde as pessoas ilustres poderiam se defender em liberdade, desde que prestassem juramento.

Na parte final do século XVI, houve uma combinação entre o rigor das ordenações modernas com a flexibilidade das leis romanas. Quando o crime fosse punido apenas com pena pecuniária, o acusado poderia ser posto em liberdade provisória mediante caução. Em outros casos, a concessão do benefício dependia da gravidade do crime. Os punidos com penas que acarretassem efusão de sangue eram inafiançáveis. Como nesta época ainda não se falava no princípio da anterioridade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*), haviam muitas penas arbitrárias, e a liberdade provisória era concedida a critério do juiz.

Jorge Vicente Silva (1998, p. 12) afirma que a possibilidade de permanecer em liberdade sem prestar caução por falta de condições financeiras, que anteriormente era prevista apenas aos fidalgos, foi agora também estendida aos pobres. Dependendo do caso, o juiz poderia permitir a prisão domiciliar.

Na Ordenação de 1670, houve previsão do benefício independente de caução, quando o acusado não tivesse contra si decreto de *prise de corps*. Porém, mesmo se tivesse, o juiz poderia conceder a liberdade mediante promessa de comparecimento, após parecer do Ministério Público.

A legislação revolucionária trouxe novamente a liberdade com caução nas infrações graves, e sem caução nas infrações correcionais.

Em toda a Europa, a liberdade provisória se desenvolveu de forma similar às situações ocorridas na França.

Passemos a tratar especificamente do desenvolvimento do instituto da liberdade provisória no Brasil.

Segundo artigo 179, §9º, da Constituição Imperial, “ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admite; e, em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão e desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto”.

O artigo 100 do Código de Processo Criminal de 1832, era a cópia da parte final do artigo constitucional acima, porém conforme entendimento de Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 22), o art. 113 do referido código expressamente admitiu apenas a fiança como forma de liberdade provisória, abolindo as demais.

A Lei 261 de 1841, em seu artigo 37, permitiu a liberdade quando o delito não fosse punido com pena superior a cem mil réis de multa ou prisão, degredo ou desterro, ou também a seis ou três meses de Casa de Correção oficinas públicas, desde que o acusado não fosse vagabundo e tivesse residência fixa. Porém sobreveio o regulamento 120 de 1842, que em seu artigo 299 desobrigava de fiança nos casos anteriormente citados.

Nesta época, a liberdade era muito demorada, pois havia inúmeras exigências. Com tal situação, o artigo 14 da Lei 2.033, de 1871, passou a prever a fiança provisória.

Na “Declaração dos Direitos” da primeira Constituição Republicana, o artigo 72 previa: “ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir”.

Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 22) afirmam:

Com a proclamação da República, o instituto da liberdade provisória com fiança passou a ser disciplinado no Código Penal de 1890, no Título IV – Das Disposições Gerais – arts. 405 e 406. Isso ocorreu porque, no atinente aos casos de cabimento e de aplicação de fiança, uma garantia individual constitucional, apenas a União podia legislar, razão pela qual não foi possível deixar a matéria à legislação processual, acerca do que cada Estado-membro da Federação tinha competência legislativa.

Os Decretos 3.084 de 1898 e 3.745 de 1899 traziam tabelas com valores de fiança, sendo estes proporcionais à gravidade do crime, de acordo com a quantidade de pena prevista.

Os códigos estaduais continham disposições similares, com diferenças em apenas alguns detalhes, como por exemplo, alguns admitiam a fiança provisória, e outros não.

Posteriormente, houve a edição do nosso atual Código de Processo Penal, criado pelo Decreto-lei 3.689 de 03/10/1941, o qual é objeto do presente estudo. Sua edição extinguiu a pluralidade do Direito Processual em âmbito nacional.

3 PRISÃO EM FLAGRANTE

A expressão flagrante é oriunda das expressões em latim “*flagrare*”, “*flagrans*” e “*flagrantis*”, que significam “ardente” e “chama”, respectivamente. Assim, flagrante é aquilo que está ardendo, queimando.

Esta medida se traduz na prisão do indivíduo que é surpreendido durante ou logo após a prática de um delito. Pode ocorrer independentemente de ordem escrita da autoridade judiciária, porém exige os requisitos atualidade e visibilidade, ou seja, faz-se necessário que uma pessoa tenha assistido o fato, podendo estabelecer uma relação entre este e seu autor. Tais requisitos podem ser também chamados de “*fumus commissi delicti*”, pelo qual deve haver prova do crime e indícios suficientes de autoria.

Desta forma, a prisão em flagrante visa evitar a consumação do crime, impedindo que resultados sejam alcançados, ou, ao menos, que ocorra o seu exaurimento. Além disto, protege o preso de eventuais retaliações da sociedade.

São encontradas divergências doutrinárias no que tange à natureza jurídica deste instituto. Alguns entendem ser modalidade de prisão cautelar, a exemplo de Renato Marcão (2012, p. 54), enquanto outros posicionam-se no sentido de ser uma medida precauteladora, como Luiz Flávio Gomes (2011, p. 89). E este último é deste entendimento em razão do texto legal, e afirma que:

Agora, com a nova redação do art. 310 do CPP, já não pode haver dúvida sobre a natureza pré-cauteladora da prisão em flagrante. Em virtude da visibilidade do delito (da flagrância), presente resulta o *fumus commissi delicti*. Mas se trata de uma medida precária, que deve ser convalidada pelo juiz. O art. 283, parte final, só menciona duas modalidades de prisão cautelar: temporária e preventiva. Essa é a nova sistemática do CPP, depois da reforma que estamos comentando. A prisão em flagrante, para ser validamente mantida, deve ser convertida em preventiva.

Conforme seu entendimento, a prisão em flagrante tem natureza precauteladora porque não tem o poder de se manter durante todo o processo, apenas visa conservar o preso à disposição do juiz, para que tome uma das providências previstas em lei quando receber o Auto de Prisão em Flagrante Delito, quais sejam:

converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal; aplicar medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal; ou ainda conceder liberdade provisória com ou sem fiança, conforme o caso concreto.

3.1 Espécies de Flagrante

Destacaremos 7 (sete) formas em que pode ocorrer o flagrante:

3.1.1 Próprio

Previsto no art. 302, I e II do Código de Processo Penal, esta espécie é também chamada de flagrante real, verdadeiro ou perfeito. Consiste no fato de surpreender o indivíduo quando está praticando ou acabou de praticar o delito.

Estar praticando significa que o indivíduo está percorrendo o iter criminis, e ao ser surpreendido, a infração pode se consumar ou ficar na forma tentada.

Na hipótese de ter acabado de praticar o delito, Renato Marcão (2012, p. 67), entende que pode resultar em consumação ou também ficar na forma tentada, pois é muito comum alguém ser preso em flagrante quando acabou de cometer um furto tentado, por exemplo. Já Edilson Mougnot Bonfim (2011, p. 68) tem posicionamento diverso, pois entende que “a segunda hipótese implica que o delito já tenha se consumado, havendo elementos significativos no sentido de que a pessoa detida é autora da prática delituosa recém-ocorrida”. Assim, como se trata de presunção, a rigor o delito tentado não configura flagrante próprio.

3.1.2 Impróprio

Está previsto no art. 302, III, do Código de Processo Penal, e também é chamado de imperfeito, irreal ou quase-flagrante.

Ocorre quando o agente é perseguido, logo após a prática do delito, seja pela polícia, pelo ofendido, ou por qualquer outra pessoa, e esta situação faz presumir que seja o autor da infração.

A perseguição deve ser ininterrupta, pois se a prisão for feita apenas horas após a prática do ato e por mero acaso, será nula, podendo ser caracterizado flagrante presumido.

3.1.3 Presumido

Também chamado de flagrante ficto ou assimilado, é a hipótese do art. 302, IV. É a prisão daquele encontrado logo após, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Nesta modalidade, não há certeza sobre a autoria, os instrumentos encontrados apenas ligam o sujeito ao delito. O juízo é dedução de autoria.

Difere do flagrante impróprio por não exigir a perseguição incessante do indivíduo. Basta que ele seja encontrado por alguém, seja a polícia ou terceiro. Porém não há necessidade de estar sendo procurado, ou ter sua identidade conhecida, pois isto diminuiria de forma considerável o alcance da regra.

Assim, pela expressão “logo depois” utilizada pela lei, exige-se uma proximidade entre o encontro com o agente e a prática do delito. Não é exatamente igual à expressão “logo após”, utilizada para o flagrante impróprio, pois no caso do flagrante presumido, há uma maior elasticidade quanto ao lapso temporal entre o encontro e a prática do ato.

Podemos exemplificar tal elasticidade através da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte caso:

Se os agentes forem encontrados algumas horas após o roubo, em circunstâncias suspeitas, aptas a autorizar a presunção de serem os autores do delito, por estarem na posse do automóvel e se objetos da vítima, além do fato de tentarem fugir, ao perceberem a presença da viatura policial, configurada está a hipótese prevista no art. 302, IV do CPP, que trata do flagrante presumido, pois a expressão “logo após”, permite a interpretação elástica, havendo margem na apreciação do elemento cronológico, que pode, inclusive, estender-se do repouso noturno até o dia seguinte, se for o caso. (STJ, HC 8.672-SP, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 17-8-1999, DJU 6-9-1999, RT 771/555).

Desta forma, a casuística determinará a possibilidade da realização da prisão por flagrante presumido.

3.1.4 Preparado

É também chamado de provocado, delito de ensaio por obra do agente provocador ou crime de experiência.

A prisão em flagrante nesta hipótese é ilegal, pois o agente é induzido a cometer um crime que não iria ou não queria cometer. Tal entendimento é pacificado através da súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Assim, o crime cometido nesta situação é impossível.

Na prática ocorre com muita frequência uma situação relacionada ao crime de tráfico de drogas ilícitas, quando agentes policiais se disfarçam de compradores da droga, com finalidade de prender em flagrante o indivíduo. Porém tal situação não caracteriza flagrante preparado, pois como se trata de crime permanente, o agente está em situação de flagrância enquanto não cessar a permanência (vide art. 303 do Código de Processo Penal). Desta forma, o crime já tinha ocorrido desde o momento em que o agente trazia a droga consigo para

destinar à venda para terceiros. Assim é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Se o agente trazia consigo a substância entorpecente quando ocorreu a prisão, não há que se falar em flagrante preparado, uma vez que já se encontrava em estado de flagrância. Esta posse da droga basta para a tipificação do tráfico (STF, HC 72.674-7/SP, 2ª Turma, j. 26-3-1996, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 26-3-1996, RT 735/527).

Diferente é a hipótese em que o policial instiga o sujeito a adquirir droga que não possuía, fingindo intenção de compra. Neste sentido:

Haverá flagrante preparado ou provocado se durante a investigação policial o réu é induzido a adquirir substância entorpecente de que não dispunha, não guardava, nem tinha em depósito, não podendo, assim, ser condenado por tráfico nem na conduta “trazer consigo”. (TAPR, Ap. 113.886-7, 1ª Câmara, rel. desig. Juiz Mendonça de Anunciação, j. 19-3-1998, RT 757/665).

Neste caso sim será hipótese de flagrante preparado, caracterizando crime impossível.

3.1.5 Forjado

É também chamado de urdido, maquinado, fabricado, arquitetado ou arranjado. Ocorre quando o agente policial ou um particular produz provas de um crime que não existe, com o fim de responsabilizar o indivíduo por delito que não cometeu. Por exemplo: o terceiro coloca algo nos pertences de alguém para incriminá-lo.

Nesta situação não há caracterização de crime, seja tentado ou consumado, que possa ensejar a prisão em flagrante; há na realidade crime por parte daquele que criou a prova inexistente para incriminar o outro.

3.1.6 Esperado

Ocorre quando a polícia ou terceiro toma conhecimento de que irá acontecer um crime, em determinado dia e horário, e toma providências no sentido de constatar o fato e prender em flagrante o agente.

Denomina-se esperado porque espera-se que a qualquer momento a pessoa que esteja cometendo o delito seja presa.

Esta modalidade de flagrante é perfeitamente regular, visto que a polícia ou o particular não instigou o sujeito a cometer o crime, este foi de iniciativa do próprio, e apenas se esperou.

E por isto é diferente do flagrante preparado, onde o agente é induzido a agir em uma conduta criminosa, para ser preso em flagrante.

3.1.7 Prorrogado

Via de regra, os policiais são obrigados a prender imediatamente quem esteja cometendo um crime em situação de flagrância, porém, em alguns casos, é mais interessante que se prorogue a prisão em flagrante para conseguir prender mais indivíduos envolvidos, e esclarecer melhor o fato.

Assim, o legislador criou o art. 2º, II, da Lei 9.034/95 (Lei de Combate ao Crime Organizado), trazendo as chamadas ações controladas, pelas quais o flagrante poderá ser postergado para se concretizar no momento mais eficaz, desde que se mantenha sob acompanhamento e observação a ação criminosa.

Porém tal instituto só poderá ser aplicado para situações de crimes cometidos por organizações criminosas.

A respeito do art. 53, II da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), há discussão doutrinária no sentido de ser ou não outra hipótese de flagrante prorrogado, além da ação controlada expressamente prevista na Lei 9.034/95.

Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1286) entende que a situação prevista na Lei de Drogas é sim outra hipótese de flagrante prorrogado. Vejamos:

Tanto na Lei nº 9.034/1995, quanto na Lei 11.343/2006, o flagrante prorrogado funciona como uma autorização legal para que a prisão em flagrante seja retardada ou protelada para outro momento, que não aquele em que o agente está em uma situação de flagrância (CPP, art. 302).

Ressalta-se que neste caso, é imprescindível a autorização judicial após ter sido ouvido o Ministério Público para que tal flagrante seja legal.

De outra banda, Renato Marcão (2012, p. 82) é contra a equiparação da hipótese da Lei de Drogas à hipótese da Lei de Combate ao Crime Organizado, pois afirma que a lei autoriza apenas a não atuação policial. Se manifesta no seguinte:

De fato, é possível denominar a estratégia investigativa regulada no art. 53, II, da Lei de Drogas, como *ação controlada* (embora a lei assim não proceda expressamente), mas não para o fim de equipará-la à ideia de flagrante diferido ou protelado.

[...]

De ver-se, entretanto, que não se trata de hipótese de “*flagrante protelado*”, também conhecido como flagrante prorrogado, flagrante retardado ou ação controlada. O que a lei autoriza, sob as condições que impõe, é a não atuação policial, ou seja, mesmo diante de hipótese de flagrante delito, *não ocorrerá a prisão*. Haverá inquérito e ação penal, mas *não haverá prisão em flagrante* precedente.

Importante destacar que a não atuação policial só é autorizada em relação aos “portadores” de drogas, que são aqueles que trazem esta consigo. Em relação aos demais, a prisão em flagrante deverá ser efetuada normalmente.

3.2 Flagrante Em Situações Especiais

3.2.1 Em crime permanente

Crimes permanentes são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo. O agente criminoso poderá interromper sua ação a qualquer momento, e assim, responderá pelos atos até então praticados. São exemplos os crimes de sequestro e cárcere privado (art. 148 do Código Penal) e de redução à condição análoga à de escravo (art. 149 do Código Penal).

Conforme o art. 303 do Código de Processo Penal, nos crimes permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Assim, enquanto perdurar a consumação, a prisão em flagrante poderá ser efetuada, independente de autorização judicial.

3.2.2 Em crime habitual

Crime habitual é aquele que exige reiteração da conduta criminosa para sua configuração. O delito é único, e a habitualidade é elementar do tipo. A ação isolada não configura crime habitual. São exemplos os crimes de curandeirismo (art. 284 do Código Penal) e de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (art. 282 do Código Penal).

A respeito da possibilidade da prisão em flagrante nos crimes habituais, a doutrina diverge. Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 629) entende que não é possível, pois a prisão em flagrante retrataria apenas um ato isolado, que não caracteriza crime habitual, sendo um indiferente legal.

Por outro lado, Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1291) é a favor do cabimento da prisão em flagrante delito em caso de crime habitual, desde que no ato da prisão, a reiteração da conduta criminosa esteja devidamente comprovada.

3.2.3 Em crime continuado

É uma ficção jurídica tratada no art. 71 do Código Penal para beneficiar o agente criminoso, pois este comete vários crimes, mas só responderá por um deles, com a pena agravada, de um sexto a dois terços.

Cada um dos crimes será considerado de forma isolada para efetuar a prisão em flagrante. Assim, ocorre o flagrante fracionado, pois cada um dos atos autoriza de forma independente a prisão em flagrante, desde que esteja presente uma das hipóteses do art. 302 do Código de Processo Penal.

3.2.4 Em crimes formais

Crimes formais se consumam com apenas a ação do agente, não exigindo a ocorrência de um resultado naturalístico, como por exemplo os crimes de extorsão (art. 158 do Código Penal) e concussão (art. 316 do Código Penal).

Neste caso, a prisão em flagrante é perfeitamente possível, desde que feita enquanto o agente estiver em estado de flagrância, ou seja, enquanto a infração estiver se consumando. Se a prisão for realizada somente no momento do exaurimento do crime, quando este já se consumou, mas o agente continua agredindo o bem jurídico, será ilegal, pois não há mais o estado de flagrância. Assim, eventual prisão em flagrante efetuada nesta situação, deverá ser relaxada (art. 310, I do Código de Processo Penal).

3.2.5 Em crime de ação penal pública condicionada

A ação penal é movida pelo Ministério Público, mas para ser iniciada exige representação do ofendido (exemplo: crime de ameaça – art. 147 do Código Penal) ou requisição do Ministro da Justiça (exemplo: art. 7º, §3º, *b*, do Código Penal).

A prisão em flagrante só poderá ser efetuada se a pessoa que deverá ofertar representação estiver no local do fato no momento do flagrante, e manifeste expressamente seu desejo de ver realizada a prisão e instaurado o termo circunstanciado ou inquérito policial, conforme o caso.

3.2.6 Em crime de ação penal privada

Em alguns crimes como de calúnia, difamação e injúria, a ação penal só poderá ser iniciada pela vítima, através de queixa-crime, no prazo decadencial de seis meses contados do conhecimento da autoria do delito. O legislador ainda autoriza a ação penal privada subsidiária da pública, cujo prazo se inicia no dia em que esgotar o prazo do Ministério Público para oferecer denúncia.

Nestes casos, conforme dispõe o art. 5º, §4º do Código de Processo Penal, o termo circunstanciado somente poderá ser iniciado mediante autorização do ofendido ou seu representante legal. Assim, o mesmo ocorre para a prisão em flagrante – só poderá ser efetuada caso o ofendido esteja presente no local dos fatos e manifeste expressamente seu desejo de que a prisão seja feita.

3.2.7 Nas infrações penais de competência dos Juizados Especiais Criminais

São crimes de menor potencial ofensivo, e por consequência, de competência dos Juizados Especiais Criminais aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, e todas as contravenções penais.

Conforme estabelece o art. 69 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), ao tomar conhecimento do fato criminoso, a autoridade policial irá lavrar termo circunstanciado e conduzir o indivíduo ao Juizado Especial Criminal. Concorrendo em se dirigir ao juizado, não caberá prisão em flagrante ao sujeito, ainda que esteja presente alguma das hipóteses do art. 302 do Código de Processo Penal.

Porém se não for possível a imediata apresentação ao juizado, o autor do fato deverá prestar compromisso perante a autoridade policial de comparecer no dia e hora designados para a audiência preliminar (conforme p. único do art. 69 e seguintes da Lei 9.099/95), e assim também não poderá ser efetuada a prisão em flagrante.

Desta forma, a prisão em flagrante nos crimes de menor potencial ofensivo será rara. Existem também outras exceções, onde não caberá prisão em flagrante.

O §1º do art. 283 do Código de Processo Penal, que foi acrescentado pela Lei 12.403/11, dispõe que as medidas cautelares previstas no Título IX, Livro I do Código de Processo Penal não se aplicam à infração penal a que não for isolada, cumulada ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Desta forma, como a prisão em flagrante se encontra regulada neste livro e título, não será aplicada para estas infrações.

Além disto, estabelece o §2º do art. 48 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) que, ocorrendo uma das condutas previstas no art. 28 da mesma lei, “não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários”.

3.3 Sujeitos Ativo e Passivo: Imunidades

Sujeito ativo é aquele que efetua a prisão em flagrante delito. Conforme art. 301 do Código de Processo Penal, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem for encontrado em situação de flagrância.

Dispõe ainda o art. 292 do Código de Processo Penal que se houver resistência à prisão, o executor e seus auxiliares poderão usar dos meios necessários para se defender ou vencer a resistência, e tudo será lavrado em auto subscrito por duas testemunhas.

Já aquele que é preso em flagrante é o sujeito passivo. Em regra, qualquer pessoa poderá ser presa em flagrante, desde que estejam presentes os requisitos legais, como estar em alguma das situações do art. 302 do Código de Processo Penal.

Porém, existem exceções. Algumas pessoas não poderão ser presas em flagrante em nenhuma hipótese, pois possuem imunidade absoluta a esta cautelar. São os seguintes: o Presidente da República, a partir da diplomação (também não está sujeito a nenhuma outra prisão cautelar, conforme art. 86, §3º da Constituição Federal); os diplomatas estrangeiros, em razão de tratados e convenções (conforme art. 1º I, do Código de Processo Penal); os menores de 18 (dezoito) anos, em razão de sua imputabilidade (conforme artigos 228 da Constituição Federal e 27 do Código Penal); o autor de infração de menor potencial ofensivo, quando for levado ao Juizado Especial Criminal ou a ele se comprometer a comparecer (conforme art. 69 da Lei 9.099/95); o condutor do veículo em acidente de trânsito com vítima, se prestar pronto e integral socorro a esta (conforme art. 301 do Código de Trânsito Brasileiro); o autor de crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça e o autor de crime de ação penal privada exclusiva (conforme art. 5º, §§ 4º e 5º do Código de Processo Penal), quando estiver ausente a autorização do ofendido ou do Ministro da Justiça para que seja feita a prisão; o autor de crime a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade

(conforme §1º do art. 283 do Código de Processo Penal) e o autor do crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, pois deverá ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou prestar compromisso de nele comparecer.

Para alguns sujeitos a imunidade é relativa, ou seja, poderão ser presos em flagrante delito apenas se cometerem crime inafiançável (vide art. 5º, XLII, XLIII e XLIV da Constituição Federal e art. 323 do Código de Processo Penal). São: os membros do Congresso Nacional, a partir da sua diplomação (conforme art. 53, §2º, Constituição Federal); os deputados estaduais (conforme art. 27, §1º c.c. art. 53, §2º, ambos da Constituição Federal); os magistrados (conforme art. 33, II da Lei Complementar nº 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura); os membros do Ministério Público (conforme art. 40, III da Lei 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e art. 18, II da Lei Complementar nº 75/1993 – Ministério Público da União) e os advogados, por motivo de exercício da profissão (conforme art. 7º, §3º da Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB).

Importante ressaltar que a imunidade absoluta do Presidente da República e a relativa dos membros do Congresso Nacional começa apenas após a sua diplomação, que é o ato pelo qual se autoriza que a pessoa eleita tome posse. O art. 53, §2º da Constituição Federal estabelece expressamente que os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos desde a expedição do diploma. Quanto ao Presidente da República, o fato de não poder ser preso se trata de imunidade formal (art. 86, §3º da Constituição), assim como é a imunidade prevista no §4º do art. 86, de que não poderá processado ou responsabilizado por atos estranhos ao exercício da função. E esta também é adquirida com a diplomação, conforme afirma Luiz Flavio Gomes (2011, p. 05). Desta forma, antes da diplomação o Presidente da República não terá a imunidade formal.

3.4 O Auto de Prisão em Flagrante – Formalismo e Alterações

Com a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito a prisão em flagrante é formalizada. Nas palavras de Renato Marcão (2012, p. 97), “nada mais é do que a documentação da prisão levada a efeito”. Este ato ocorre após a captura e condução do indivíduo à presença da autoridade competente.

A lavratura do auto exige rigor quanto ao formalismo, devendo ser observados os exatos termos do art. 304 do Código de Processo Penal, pois a existência de alguma irregularidade poderá fulminar a prisão em flagrante. Estabelece o inciso I do art. 310 do Código de Processo Penal que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá relaxar a prisão ilegal, ou seja, aquela que padecer de algum vício.

Desta forma, quando o sujeito for apresentado à autoridade policial, esta irá fazer a verificação do flagrante, analisando se houve realmente um estado de flagrância e se o fato é típico. Após, o preso será informado sobre seus direitos constitucionais: direito de permanecer calado e direito de ser assistido por sua família e por advogado (art. 5º, LXIII da Constituição Federal).

Em seguida a autoridade policial irá proceder à oitiva do condutor, de pelo menos duas testemunhas e da vítima. Feito isto, será realizado o interrogatório do preso, porém este poderá usar de seu direito constitucional ao silêncio.

Após, a autoridade policial irá fazer a entrega da nota de culpa ao preso, que é o documento que contém os motivos da prisão e os dados do condutor e das testemunhas.

Imediatamente a autoridade policial deverá informar o Ministério Público e o Juízo Criminal a respeito da prisão, sob pena de cometimento de crime de abuso de autoridade (vide art. 4º, c, Lei 4.898/65). Dentre todas as etapas de formalização do Auto de Prisão em Flagrante, esta é a única que sofreu alteração em razão da Lei 12.403/11. Anteriormente a esta, o art. 306 não trazia a previsão da obrigatoriedade de comunicação da prisão ao Ministério Público. Assim, este só era comunicado em caso de crimes envolvendo drogas ilícitas.

Dispõe também o art. 306 que caso o preso não informe o nome de seu advogado, será enviada cópia integral do auto à Defensoria Pública.

Estando formalizado o auto, o preso será recolhido ao cárcere. Porém, em virtude da reforma trazida pela Lei 12.403/11, tal ato não acontecerá se o crime cometido for passível de fiança. Assim, o delegado deverá arbitrá-la quando for de sua competência, ou caso contrário, recolher o indivíduo ao cárcere provisoriamente, enquanto aguarda o arbitramento judicial.

Estabelece o art. 309 do Código de Processo Penal que o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade após ser lavrado o auto de prisão em flagrante. No entanto, as hipóteses em que o autuado podia se livrar solto eram reguladas nos incisos I e II do art. 321 do Código de Processo Penal, que foram expressamente revogados pela Lei 12.403/11. Assim, não há mais previsão no nosso sistema processual penal de nenhuma hipótese em que o réu poderá livrar-se solto, após a lavratura do auto de prisão. Em virtude disto, o §1º do art. 304 deveria ter sido reformulado com a nova lei, para o fim de não mais constar a expressão “exceto no caso de livrar-se solto”.

3.5 Providências do Juiz

Após ter sido lavrado, o auto de prisão em flagrante delito deverá ser encaminhado ao juiz competente no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, conforme impõe o §1º do art. 306 do Código de Processo Penal.

Recebendo o auto, o juiz deverá, com a devida fundamentação, tomar alguma das providências previstas nos incisos do art. 310 do Código de Processo Penal, quais sejam: relaxar a prisão; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou em outra medida cautelar diversa da prisão; e conceder liberdade provisória.

O relaxamento da prisão poderá ocorrer quando houver alguma ilegalidade formal ou material na prisão. Ilegalidade formal se dá por alguma irregularidade no auto de prisão em flagrante, e ilegalidade material pode ser

exemplificada com a evidente ausência de situação de flagrância. A própria ausência de fundamentação judicial ao optar pela conversão em preventiva pode caracterizar uma irregularidade e ensejar o relaxamento. Se, sendo cabível o relaxamento da prisão, o magistrado se omite, estará cometendo crime de abuso de autoridade – art. 4º, d, da Lei 4.898/65.

Em razão da nova Lei 12.403/11, a prisão em flagrante atualmente só existirá enquanto o juiz não se manifestar sobre ela. Assim, se a manifestação for fundamentada no sentido de ser necessária a manutenção da prisão, ocorrerá a segunda providência possível: conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Este inciso II é a consagração do objetivo máximo da Lei 12.403/11: transformar a prisão preventiva na *ultima ratio* entre as medidas cautelares. Isto porque o texto legal estabelece expressamente que a conversão só será possível se estiverem presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e também se as medidas cautelares diversas da prisão se revelarem inadequadas ou insuficientes.

Não subsiste mais a sistemática que vigia anteriormente, na qual o indivíduo poderia ficar preso apenas por uma prisão em flagrante, sem que o juiz se manifestasse acerca da real necessidade da manutenção desta. Ocorriam apenas duas hipóteses: ou estavam ausentes os motivos da prisão preventiva e assim seria necessária a concessão da liberdade provisória ou estes estavam presentes, sendo na verdade a causa de sustentação da manutenção da cautelar preventiva.

Desta forma, pode-se dizer que atualmente o prazo máximo de duração da prisão em flagrante é de 24 (vinte e quatro) horas.

Mais adiante falaremos pormenorizadamente sobre a prisão preventiva e sobre a terceira providência: concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

4 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva pode ser encarada como a verdadeira medida cautelar, pois diferentemente da prisão temporária e da prisão em flagrante, pode se estender até o fim do processo. Ou seja, através desta modalidade de prisão mantem-se o sujeito encarcerado mesmo sem parecer judicial a respeito de sua culpa.

Embora seja uma prisão anterior a um pronunciamento judicial, não fere o Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado enquanto não sobrevier sentença condenatória transitada em julgado. Isto porque a prisão preventiva deriva de outro princípio constitucional, previsto no artigo LXI do mesmo artigo (lembrando-se que não há hierarquia entre princípios). Além do mais, quando da sua decretação, devem ser observados os pressupostos e motivos elencados pela lei, e também o binômio necessidade e fundamentação, pois caso contrário, corre-se o risco da prisão ter natureza de antecipação da pena, o que confronta totalmente com o objetivo do instituto (neste sentido, Superior Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 90.464/RS, rel. Ricardo Lewandowski, DJU, 4/5/2007).

Sua natureza jurídica é de prisão provisória cautelar. Tal provisoriedade decorre do fato de que ao final de todo o *iter criminis*, as hipóteses que poderão ocorrer são: o sujeito será solto em virtude de sentença absolutória, extintiva ou porque a decretação se deu apenas por conveniência à instrução criminal; ou, quando houver sentença condenatória, a prisão será convertida em prisão-pena.

Importante ressaltar o caráter de excepcionalidade desta prisão, assim como das demais, após a edição da Lei 12.403/11. O principal foco da lei foi transformar todas as formas de prisão em *ultima ratio*.

Assim nos ensina Eugenio Pacelli de Oliveira (2011, p. 543):

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na

medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

Desta forma, a preventiva só poderá ser decretada em casos extremos, com a devida fundamentação, sob pena de confronto com o Princípio da Presunção de Inocência.

4.1 Decretação: Momento e Legitimidade

A prisão preventiva, de acordo com o artigo 311 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada a qualquer momento da persecução penal, desde a abertura do inquérito policial ou na sentença condenatória recorrível. A decretação poderá ocorrer na sentença de primeiro grau (vide artigo 387, parágrafo único, Código de Processo Penal) ou ainda na sentença de pronúncia ao Tribunal do Júri, conforme estabelece o §3º do artigo 413 do Código de Processo Penal.

Após a decisão que decreta a preventiva, o Ministério Público não está obrigado a oferecer denúncia contra o indivíduo, até porque a prisão pode ter sido decretada exclusivamente pela conveniência da instrução criminal, e enquanto esta não terminar, não há elementos para tal. Após o inquérito policial estar devidamente relatado, o Ministério Público poderá agir conforme de direito, ou seja, denunciando, requerendo diligências ou solicitando o arquivamento do inquérito.

Possuem legitimidade para requerer a preventiva: o Ministério Público, o Querelante, o Assistente de Acusação e a Autoridade Policial. O Ministério Público poderá requerer durante toda a fase policial e de instrução. A figura do querelante só existe posteriormente à propositura da Queixa-Crime, pois antes é vítima, e por óbvio, só poderá requerer a preventiva durante a ação penal. O mesmo vale para o Assistente de Acusação, que só passa a existir na ação penal. A Autoridade Policial poderá representar, desde que fundamentadamente, pela prisão preventiva durante o curso das investigações.

Anteriormente à edição da nova lei, a prisão preventiva poderia ser decretada de ofício em qualquer momento do inquérito ou do processo. Atualmente, a decretação da preventiva poderá ser *ex officio* no trâmite da ação penal. Se ainda estiver em fase investigativa, a decretação se concretizará apenas através de requerimento do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial.

Porém em se tratando de prisão preventiva por conversão, feita após o recebimento pelo juiz do Auto de Prisão em Flagrante Delito, a doutrina diverge a respeito do decreto *ex officio*.

Uma primeira parte acredita não ser possível, em razão das disposições do §2º do art. 282 do Código de Processo Penal. Um eventual decreto de ofício neste caso, violaria o Sistema Acusatório trazido em nossa Constituição. É deste entendimento Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 552):

A previsão de decretação da prisão preventiva como ato de ofício do magistrado, logo, sem que qualquer interessado provoque, é mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é a do órgão acusatório, podendo decretar medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado.

Há outro entendimento no sentido de ser possível o decreto *ex officio*, conforme dispõe o inciso II do art. 310. Tal entendimento se dá baseado nos argumentos de que a conversão não agravaria a situação do preso, pois já há uma prisão formal e substancialmente em ordem. Tal opinião é partilhada por Eugenio Pacelli de Oliveira (2012, p. 561):

Evidentemente, o que e está afirmando não impede (nem poderia) a atuação jurisdicional no processo, que vem a ser o local apropriado para a manifestação do Poder Judiciário. É missão constitucional do referido Poder Público a tutela das liberdades públicas, no exercício da qual caberá a ele, unicamente, a imposição de medidas cautelares (art. 319, CPP), a decretação de prisões, a expedição de mandados de busca e apreensão, a preservação das liberdades individuais e, enfim, a determinação de todas e quaisquer restrições de direito. E, ao mesmo tempo, como visto, compete também ao Judiciário a proteção da efetividade do processo, adotando medidas que preservem os interesses da Justiça Penal.

Além disso, caso o decreto *ex officio* fosse vedado, o juiz ficaria impedido de converter a prisão sem requerimento do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial, havendo afronta ao Princípio da Efetividade.

4.2 Pressupostos

Para que seja possível a decretação da preventiva, o juiz deverá analisar se estão presentes:

- a) Prova da existência do crime: segundo Renato Marcão (2012, p. 140), os indícios devem ser veementes, e não apenas meros indícios.
- b) Indício suficiente de autoria: a prova não se faz necessária, mas deve haver elementos suficientes para embasar o juiz quando for decretar.

4.3 Fundamentos

O juiz deverá decretar a prisão preventiva com base em pelo menos um dos motivos trazidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

O fundamento “garantia da ordem pública” se traduz na prevenção quanto a um novo ato criminoso do agente. Conforme ensina Renato Marcão (2012, p. 156), não se confunde com as situações que causem clamor público, comoção social ou que tenham despertado a atenção da imprensa.

“Garantia da ordem econômica” relaciona-se com os crimes cometidos contra o sistema financeiro nacional.

Parte da doutrina afirma que tais fundamentos são inconstitucionais, a exemplo de André Luiz Nicolitt (2011, p. 69):

[...] a prisão cautelar só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois do contrário transforma-se em antecipação de pena. O que tutela, ou deveria tutelar, a ordem pública (prevenção geral e específica) é a pena. Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional. O mesmo se pode dizer em relação à ordem econômica, pois toda prisão cujo objetivo transcenda a ordem processual padece de inconstitucionalidade.

Através da prisão preventiva decretada com base na “conveniência da instrução criminal”, busca-se garantir a livre produção de prova, ou seja, que o acusado não irá interferir na instrução processual. Ocorre por exemplo, quando o agente está ameaçando as testemunhas.

Por fim, o fundamento “assegurar a aplicação da lei penal” visa assegurar a execução da pena, pois é utilizado quando há ameaças de fuga do acusado. O juiz deverá ser cauteloso quanto a este requisito, pois é arriscado basear uma prisão em uma eventual condenação, que não se sabe se ocorrerá de fato.

4.4 Condições de Admissibilidade

As hipóteses legais para a decretação da prisão preventiva são:

- a) Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (art. 313, I, Código de Processo Penal): atualmente o critério é quantitativo de pena, diferente do critério previsto no código antes da Lei 12.403/11, que era qualitativo de pena, pois caberia prisão preventiva sempre que o crime fosse apenado com reclusão. Embora alguns crimes como quadrilha ou bando e sequestro ou cárcere privado sejam apenados com reclusão menor de 4 (quatro) anos, autores como Eugenio Pacelli de Oliveira (2012, p. 554) defendem a possibilidade da preventiva, haja vista que são graves, e a lei contempla a possibilidade de prisão temporária para eles. Em caso de concurso de crimes, caberá prisão preventiva se a soma ou acréscimo elevar a pena

acima de 4 (quatro) anos. O mesmo para quando houver alguma qualificadora. Se a pena de um crime tentado for reduzida de modo que se torne inferior a 4 (quatro) anos, não caberá a preventiva, salvo a por conversão, cuja decretação é permitida apenas com o preenchimento dos requisitos do art. 312.

- b) Reincidência dolosa (art. 313, II, Código de Processo Penal): neste caso, a pena máxima e o tipo de pena não influenciarão. Há exceção quanto ao chamado “período depurador”, ou “prescrição da reincidência”, previsto no art. 64, I do Código Penal.
- c) Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, III, Código de Processo Penal): Renato Marcão (2012, p. 146) nomeia como “crimes de covardia”. Para viabilizar a preventiva, não basta que tais sujeitos sejam vítimas do crime, mas sim que a preventiva seja necessária para garantir a execução de medidas protetivas de urgência aplicadas por força de lei.
- d) Dúvida sobre a identidade do agente (art. 313, parágrafo único, Código de Processo Penal): ou quando este se recusa a fornecer elementos para sua identificação. Tal hipótese não desobriga aos requisitos do art. 312.
- e) Descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares: a prisão preventiva somente será decretada quando não for possível a aplicação de outras medidas cautelares, ou quando estas se revelarem insuficientes. Existem divergências doutrinárias a respeito de que o descumprimento por si só da medida cautelar aplicada não autoriza a decretação da preventiva. Neste sentido, Rogério Sanches Cunha (2011, p. 150):

Mesmo aqui entendemos imprescindível ponderar a presença das condições de admissibilidade previstas no art. 313 do CPP. Raciocínio diverso, além de fomentar a prisão provisória fora dos casos permitidos por lei, não observa que o art. 313 se aplica a todas as hipóteses do art. 312, não excepcionando o seu parágrafo único.

Assim, para os autores que partilham deste entendimento, a prisão preventiva só poderá ser decretada quando estiver presente algumas das hipóteses do art. 313.

4.5 Proibição e Prazo

A lei processual penal estabelece que o indivíduo será absolvido quando for reconhecida causa excludente de ilicitude ou causa excludente de culpabilidade. Tais previsões estão explícitas no Código de Processo Penal, nos artigos 386, VI; 397 I e II; 415, IV.

Por lógica, a proibição da prisão preventiva deveria alcançar ambas as situações, pois a consequência (resultado da ação penal) das duas é a mesma – absolvição. Mas o que acontece é que o artigo 314 do Código de Processo Penal fez remissão apenas ao artigo 23 do Código Penal, estipulando assim que a proibição da preventiva será apenas para as situações onde seja reconhecida excludente de ilicitude.

Na prática, o juiz deve interpretar extensivamente o artigo 314, não decretando a preventiva em caso de excludente de culpabilidade.

Além disto, o §6º do artigo 282 traz a regra de que o juiz estará proibido de decretar a prisão preventiva quando for possível a imposição de outra medida cautelar, que são aquelas do rol trazido nos artigos 319 e 320. Referido parágrafo tem a seguinte redação: “a prisão preventiva será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Renato Marcão (2012, p. 167) faz uma crítica a tal redação, pois esta gera um antagonismo em relação à principal finalidade da Lei 12.403/11 – o de transformar as prisões na última razão:

Conforme assinalamos anteriormente, ao dizer que a preventiva não será decretada quando for cabível sua substituição, tecnicamente, o que se diz revela antagonismo, pois sua *substituição* por outras medidas cautelares pressupõe sua prévia decretação, o que o dispositivo visa exatamente impedir.

Com relação ao prazo, a lei não estabelece qual deverá ser a duração da prisão preventiva. Obviamente, a prisão não pode se estender por tempo indeterminado, pois as penas no Brasil não podem ter caráter perpétuo. Além disto, poderia ser caracterizado constrangimento ilegal ao indivíduo.

A lei 9.034/95 criou o prazo de 81 dias de duração para o processo relativo a ações praticadas por organizações criminosas. Tal prazo tem sido adotado doutrinariamente, por analogia, às prisões cautelares que não possuam prazo determinado. Há exceções: no caso concreto, quando haja necessidade, tal prazo poderá ser estendido, por exemplo, quando estiver pendente a oitiva de testemunhas por carta precatória.

Em caso de excesso de prazo fundado em culpa, faz-se necessário o relaxamento da prisão, que poderá ser feito pelo juiz de primeiro grau ou ainda pelo Tribunal, quando houver interposição de *habeas corpus*.

Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1368) nos ensina:

Deveras, se a prisão cautelar anterior foi relaxada por excesso de prazo no encerramento do processo, seria expediente arbitrário e desleal restabelecer a detenção por meio de novo mandado de prisão preventiva, pois, assim, ficaria burlada a lei quando reclama, estando preso o acusado, se conclua o processo em prazo menor que o fixado para os processos de réu solto.

Diante de tal posicionamento podemos concluir que caso a prisão preventiva tenha sido relaxada por excesso de prazo, o juiz não poderá decretar nova prisão cautelar, sob pena de ofensa ao direito da razoável duração do processo.

Tal situação excetua-se na medida em que quando houver fundamentos jurídicos e fatos inteiramente novos, o juiz poderá decretar nova prisão preventiva mesmo após o relaxamento da primeira.

5 PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar é um instituto criado no Brasil através da Lei 12.403/11. Seu objetivo, entre outros, é o de assegurar algumas disposições constitucionais fundamentais, como a da integridade física e moral do preso (artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal). Em algumas hipóteses, teria caráter humanitário. É deste entendimento Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1419), quando afirma que a conversão da preventiva em domiciliar visa tornar menos desumana a segregação cautelar, pois ao invés de ser recolhido ao cárcere, o agente permanecerá em sua residência.

Renato Marcão (2012, p. 193) conceitua a prisão domiciliar da seguinte forma:

A prisão domiciliar substitutiva da preventiva é modalidade de prisão cautelar em regime domiciliar, cuja concessão se encontra condicionada à satisfação de determinados requisitos e sua permanência à satisfação de outros, a ser determinada pelo juiz, em decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial, mediante requerimento do Ministério Público ou do investigado.

Desta forma, a existência da prisão domiciliar depende uma prisão preventiva anterior, pois é feita uma substituição.

Leva-se em conta a situação pessoal do preso ou de uma pessoa que dele dependa. Então, poderá ensejar o decreto desta prisão um caso de preso extremamente debilitado ou que possua filho enfermo, por exemplo.

5.1 Legitimidade

A decretação poderá ser realizada tanto durante o inquérito policial como durante a ação penal. Aqui, vale a mesma regra da preventiva: se for durante o inquérito, faz-se necessária a requisição do Ministério Público ou a representação da Autoridade Policial. Se durante a ação penal, poderá haver requerimento ou decreto *ex officio*.

Conforme estabelece o art. 282, §2º, o juiz poderá decretar a requerimento das partes. Então, o preso pode formular requerimento de próprio punho, demonstrando seus motivos ao juiz. Como em todas as outras medidas cautelares, o requerimento e o decreto devem ser devidamente fundamentados. Ainda é possível que o Defensor faça o requerimento, quando cabível.

Ressalta-se que, em caso de já ser ação penal, o contraditório deverá ser observado, ou seja, o juiz deverá intimar a parte contrária a respeito do pedido da outra. É o que se extrai do §3º do mesmo dispositivo.

5.2 Hipóteses

A decretação anterior da prisão preventiva é um pressuposto necessário para que seja concedida a prisão domiciliar. Desta forma, seria impossível falar em prisão domiciliar para crime a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. E tal limitação se dá devido à proibição expressa do §1º do art. 283 do Código de Processo Penal de que as medidas cautelares não se aplicam às infrações penais para as quais não seja cominada pena privativa de liberdade.

O artigo 318 do Código de Processo Penal traz o rol de situações que poderão ensejar a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar.

Faz-se necessário analisar referido dispositivo em conjunto com o artigo 117 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), pois este traz hipóteses semelhantes para que seja concedido ao preso em regime aberto o benefício de cumprir a pena em sua residência.

O inciso I do artigo 318 do Código de Processo Penal estabelece que a conversão poderá ser feita quando o agente for maior de 80 (oitenta) anos, ao passo que o artigo 117, I da LEP estabelece a idade de 70 (setenta) anos. Alguns doutrinadores, como André Luiz Nicolitt (2011, p. 101) criticam tal divergência, pois “o preso condenado a regime aberto, com 70 anos pode ingressar na prisão domiciliar e o presumidamente inocente, com a mesma idade, não pode, pois só aos 80 anos”. Desta forma, a regra da LEP deve ser aplicada também aos presos provisórios, em *bonam partem*.

O critério trazido pelo inciso II do artigo 318 se subdivide em dois, haja vista que é necessário que o agente esteja extremamente debilitado e também que tal debilidade seja em razão de doença grave. Diferente do previsto no inciso II do artigo 117, que exige apenas o acometimento de doença grave.

Diverge também o inciso III de ambos os artigos, pois no Código de Processo Penal a condição é que o agente seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, enquanto que na LEP, o requisito é que seja condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental. A regra da LEP é mais benéfica, pois como não fixa idade, dá abertura para que a aplicação da prisão domiciliar se dê também para a condenada com filho maior de 6 (seis) anos, mas que dela ainda dependa.

Por fim, os dois artigos são diferentes no que tange às gestantes: o artigo 318, IV do Código de Processo Penal prevê que a conversão poderá ser feita quando a gestante já estiver no 7º mês de gravidez ou esta seja de alto risco. Já o artigo 117, IV da LEP refere-se apenas a condenada gestante, sem maiores condições.

5.3 Conversão da Prisão Temporária em Prisão Domiciliar

O artigo 318 do Código de Processo Penal trata apenas da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, silenciando a respeito da prisão temporária.

Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1421), interpreta tal omissão da lei como uma impossibilidade de conversão da temporária em preventiva. E assim o faz porque a prisão temporária tem prazo bem definido e reduzido – 5 (cinco) ou 30 (trinta) dias prorrogáveis por igual período, dependendo se o crime for hediondo ou equiparado. Desta forma, a prisão temporária tem uma capacidade pequena de gerar danos ao agente, em razão de seu curto prazo. Diferente da prisão preventiva, que gera uma insegurança muito maior devido ao fato de não ser fixada com prazo determinado. Além do mais, o principal objetivo da prisão temporária é viabilizar as investigações, assegurando sua eficácia, o que geraria um contrassenso caso o agente permanecesse com o benefício da prisão domiciliar.

5.4 Condições

O objetivo básico do instituto é que o agente permaneça em sua residência. O artigo 317 do Código de Processo Penal não estabelece em quais dias ou horários, mas presume-se que seja em período integral, sob pena da perda da natureza de prisão. A ausência do indivíduo somente poderá se dar mediante autorização judicial.

Como a lei não trouxe previsão de outras condições, será ato discricionário do juiz estabelecer-las, sendo possível inclusive fixar em conjunto com as medidas cautelares alternativas previstas nos artigos 319 e 320. Isto porque o §1º do artigo 282 prevê que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

6 LIBERDADE PROVISÓRIA

O artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal prevê que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Esta disposição, por sua localização, caracteriza um direito fundamental, estando estritamente relacionada a outro direito fundamental, o da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do mesmo artigo.

Respeitando-se a hierarquia das normas, em um patamar abaixo, a liberdade provisória tem previsão no artigo 310, III e parágrafo único, artigos 321 a 350 e artigo 413, § 3º, todos do Código de Processo Penal.

Com o advento da Lei 12.403/11, a prisão, seja qual for sua modalidade, se tornou a *ultima ratio*, ou seja, a última razão, só podendo ser decretada em casos extremos, quando não for mais cabível nenhuma medida de natureza cautelar, e mediante o preenchimento de alguns requisitos. Porém mesmo com a existência dos requisitos, nem sempre é conveniente que o réu ou indiciado seja mantido encarcerado. Para isto, existe a liberdade provisória, que garante o direito ao réu de livrar-se solto, mediante a restrição de alguns direitos e a imposição de alguns deveres.

A terminologia “provisória” nada tem a ver com o tempo em que o indivíduo permanece solto, ou por sua duração simultânea à duração do processo, mas sim decorre das condições para que ele seja posto em liberdade. De acordo com Weber Martins Batista (1985, p. 38), “A provisoriedade se liga à situação durante o processo, e não ao fim do mesmo”.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1450), “trata-se de verdadeiro direito subjetivo do cidadão preso frente ao Estado, e não de um poder discricionário atribuído ao juiz”. Adiante, ficará claro que de acordo com a situação do caso concreto, a lei faculta ou impõe sua concessão.

6.1 Conceito

Liberdade Provisória é um instituto processual que garante ao sujeito, seja ainda indiciado ou já acusado, o direito de permanecer em liberdade durante o curso do procedimento, seja inquérito policial ou ação penal, até que a sentença penal condenatória transite em julgado, momento em que a liberdade se efetivará, em razão de sentença absolutória, ou se iniciará a execução da pena definitiva, por conta de sentença condenatória.

A posição de Edilson Mougenot Bonfim (2011, p. 93) é a seguinte:

Visa-se garantir o comparecimento do acusado ou indiciado beneficiado ao processo, sem que se lhe imponha o pesado ônus do encarceramento.

[...]

Deve ser entendida como uma verdadeira medida 'contracautelar' alternativa à decretação da prisão preventiva, justamente visando impedir que o acusado, preso em flagrante, tenha sua detenção convertida em prisão preventiva.

Este benefício substitui a prisão decorrente de flagrante legal, pois a ilegal, que é aquela que contém algum tipo de vício em sua execução, será imediatamente relaxada, por imposição do artigo 310, I, do Código de Processo Penal.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete (2008, p. 408-409), a liberdade provisória aplica-se para atenuar tanto a prisão já decretada (atual) quanto aquela que poderia ser decretada (iminente).

Reveste-se das características de ser limitada, em razão da liberdade ser vinculada (ou não) à imposição de determinadas condições, e também de ser precária, pois poderá ser revogada a qualquer tempo, em caso de descumprimento das condições impostas pelo juiz e aceita pelo indivíduo.

6.2 Espécies

6.2.1 Obrigatória

A pessoa deve ficar solta por força de lei, é um direito incondicional, que não lhe pode ser negado. Não poderá ser preso em nenhuma hipótese, em razão de circunstâncias objetivas, independentemente de condição pessoal do agente.

Não há necessidade de nenhuma condição. Ocorre nos delitos para os quais não se comina pena privativa de liberdade, e também nas infrações de menor potencial ofensivo, mediante compromisso de comparecimento espontâneo ao Juizado, conforme artigo 69, parágrafo único, da Lei do 9.099/95.

Alguns exemplos: crime de porte para uso pessoal de drogas (artigo 28, c.c. artigo 48, §§ 2º e 3º, da Lei 11.343/06) e crimes de trânsito com vítimas, quando o motorista prestar socorro (artigo 301 do Código de Trânsito Brasileiro).

6.2.2 Permitida

Quando não couber prisão preventiva, em face da ausência dos requisitos que a autorizam. O juiz concederá a liberdade provisória com ou sem fiança, podendo ainda impor uma ou mais das medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, respeitando as disposições do artigo 282 e 321 da mesma lei.

6.2.3 Proibida

Ocorre quando a lei textualmente veda o benefício. As hipóteses são:

- a) Artigo 7º da Lei 9.034/95 – intensa e efetiva participação em ilícitos vinculados ao crime organizado, sendo que caberá ao juiz definir o que se entende por “intensa e efetiva”, de acordo com o caso concreto;
- b) Crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, previstos na Lei 9.613/98;
- c) Crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, por força do artigo 44 da Lei 11.343/06.

Apesar destas hipóteses, o entendimento doutrinário majoritário é de que a proibição da liberdade provisória por qualquer lei é inconstitucional, quando ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, sendo indiferente ser o crime grave ou não, ou a sua natureza.

O Supremo Tribunal Federal, através da ADIn nº 3112-1, declarou inconstitucional a vedação da concessão de liberdade provisória *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade competente. Desta forma, decretou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), parágrafo único do artigo 15 (disparo de arma de fogo), e artigo 21 (que veda a concessão da liberdade provisória aos delitos previstos nos artigos 16, 17 e 18), todos da Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento.

O artigo 44 da Lei 11.343/06 prevê expressamente a proibição da concessão de liberdade provisória, para os crimes de tráfico de drogas e semelhantes, porém, mesmo assim têm-se concedido o benefício, sob o argumento de que a vedação quando à liberdade provisória, mesmo também sendo *ex lege*, encontra fundamento próprio, no artigo 5º, XLIII da Constituição Federal. Por outro lado, há argumentos diferentes para a concessão do benefício, como o de que a proibição prevista no referido artigo 44 é a mesma prevista no artigo 2º, II, da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos). E como a Lei 11.464/07 afastou a impossibilidade de

liberdade provisória nos crimes hediondos, o inciso foi derogado neste aspecto, sendo hoje possível sim haver a liberdade provisória para os crimes hediondos, e por consequência, aos de tráfico de drogas e assemelhados. Importante ressaltar o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 697, entendeu que “a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”. Porém conforme dito, a Lei 11.464/07 suprimiu este entendimento, ao afastar a impossibilidade de liberdade provisória nos crimes hediondos.

Finalmente, sobre o artigo 7º, da Lei 9.034/95, que prevê que não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, este ainda não foi revogado explicitamente, e nem foi decidido sobre sua inconstitucionalidade, o que só faz gerar mais dúvidas quanto à sua aplicação, e entendimentos divergentes em nossa doutrina e jurisprudência.

6.3 Modalidades

A liberdade provisória pode ser concedida sob 3 modalidades distintas:

- a) Sem arbitramento de fiança e sem a imposição de condições e/ou medidas cautelares diversas;
- b) Sem arbitramento de fiança, porém com a imposição de condições e/ou medidas cautelares diversas;
- c) Com o arbitramento de fiança.

O objeto do presente estudo é a análise dos aspectos e implicações da última modalidade, a liberdade provisória mediante fiança.

6.4 Liberdade Provisória Com Fiança

Encontra fundamento legal nos artigos 5º, inciso LXVI da Constituição Federal; artigo 319, inciso VIII e artigos 321 a 350, do Código de Processo Penal.

Por uma análise terminológica, fiança vem de *fidare/fidere*, que significa “fiar-se”, “confiar em alguém”. Assim, seria a fidejussória, que é a palavra dada por alguém de confiança, um fiador, que se obrigaria a pagar certa quantia se o condenado fugisse, impossibilitando o cumprimento da pena.

Porém, a mera palavra não é a forma aceita no nosso sistema. A fiança no nosso processo penal consiste em uma caução, uma garantia real, que visa o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado. É garantia real porque é prestada mediante objetos, dinheiro, qualquer coisa de valor, não se admitindo mais a fiança fidejussória, meramente por palavra.

O objetivo da fiança é manter o réu vinculado ao distrito de culpa, que é o local onde cometeu o crime. Isto para assegurar o cumprimento das obrigações do afiançado, previstas nos artigos 319, VIII, 327 e 328, entre as quais a de comparecer aos atos processuais, não mudar de residência e não ausentar-se da comarca.

Além disso, o valor da fiança poderá ser usado posteriormente para o pagamento de custas processuais, pagamento de indenização à vítima e pagamento da prestação pecuniária, caso seja condenado à uma pena de multa.

6.4.1 Natureza Jurídica

A fiança é um direito constitucional (pois está prevista no art 5º, LXVI da Constituição Federal) subjetivo do acusado que preencha todos os requisitos legais.

Antes do advento da Lei 12.403/11, era vista apenas como uma contracautelar, pois o réu dava uma caução visando a não manutenção da prisão em flagrante, ficando em liberdade, e então teria que cumprir as obrigações

impostas, caso contrário outras medidas cautelares seriam impostas, ou ainda poderia ser recolhido à prisão. Ilustra esta visão o pensamento de José Frederico Marques (1961) *apud* Rocha e Baz (2000, p. 18): “A prisão em flagrante delito do indiciado seria uma cautela para a regular tramitação do processo penal, e sua cessação exigiria uma contracautela, representada pela fiança”.

A partir da nova lei, a maioria da doutrina acredita que a fiança passa a ser também uma cautelar autônoma. É deste entendimento Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1475):

Portanto, seja como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante, seja como medida cautelar autônoma, a fiança tem como finalidade precípua assegurar o cumprimento das obrigações processuais do acusado, na medida em que este, pelo menos em tese, tem interesse em se apresentar, em caso de condenação, para obter a devolução da caução. Na prática, todavia, diante da defasagem do valor da fiança que vigorou durante anos e anos, não havia, pelo menos até o advento da Lei nº 12.403/2011, qualquer estímulo ao acusado para que permanecesse vinculado ao processo.

Assim, a fiança poderá ser determinada pelo juiz, quando a infração penal assim admitir, para alcançar os objetivos trazidos pelo art. 319, VIII do Código de Processo Penal.

6.4.2 Momento para concessão

A liberdade provisória poderá ser concedida durante todo o curso da investigação e instrução processual: desde a prisão em flagrante, antes mesmo da abertura do Inquérito Policial, com o auto de prisão em flagrante, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O antigo artigo 334 do Código de Processo Penal trazia a seguinte redação:

Art. 334: A fiança poderá ser prestada em qualquer termo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

Com a reforma do código, passou a ser o seguinte:

Art. 334: A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

Desta forma, nota-se que a diferença está na expressão “em qualquer termo”. Isto porque antes da Lei 12.403/11, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz não estava obrigado a se pronunciar *ex officio* acerca da liberdade provisória. Então se não fosse provocado pelo Ministério Público ou pelo advogado do réu, este poderia ficar preso em flagrante ao longo de todo o processo.

Muito embora esta fosse a praxe, a doutrina não entendia desta forma, a exemplo de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1476):

Antes do advento da Lei nº 12.403/2011, a liberdade provisória funcionava apenas como substitutivo da prisão em flagrante. Sempre entendemos que, diante do parágrafo único do art, 310 do CPP, não era possível que alguém permanecesse preso em flagrante até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois, ao ser comunicado da prisão em flagrante, era obrigatório que o juiz analisasse o cabimento da liberdade provisória.

Hoje em dia, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá tomar uma das três providências trazidas pelo novo artigo 310 do Código de Processo Penal, então não resta alternativa senão manifestar-se de ofício sobre a liberdade provisória, pois esta é justamente a situação prevista pelo inciso III.

6.4.3 Competência, prazo e valor

Conforme art. 322 do Código de Processo Penal, para as infrações punidas com pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, a competência para arbitrar será do delegado de polícia. Nestes casos, o valor poderá variar entre 1 e 100 salários mínimos. A lei não fixou prazo para a autoridade policial,

mas o correto a se entender é que o arbitramento deverá ser feito imediatamente após a conclusão o auto de prisão em flagrante delito.

Quando a infração for punida com quantidade superior, apenas o juiz poderá decidir sobre a fiança, em um prazo de 48 horas (segundo parágrafo único do art. 322), e o valor poderá ser entre 10 e 200 salários mínimos.

A diferença com a redação anterior, é que o artigo usou apenas o termo “infração”, sendo que o texto antigo falava em “infração punida com detenção ou prisão simples”. Sobre isto, nos ensina Edilson Mougenot Bonfim (2011, p. 99):

Note-se que o rol de amplitude dos crimes passíveis de imposição de fiança diretamente pela autoridade policial foi substancialmente ampliado, porquanto a antiga previsão limitava-se aos crimes punidos com detenção e prisão simples, ao passo que, com a alteração da lei, a autoridade poderá estipular fiança nos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos de prisão.

Caso o delegado se omita em arbitrar, ou retarde a concessão, o art. 335 traz a possibilidade de requerer ao juiz competente, por simples petição. Neste caso, o prazo também será de 48 horas.

Se a pessoa praticar mais de um crime, na mesma ocorrência, ambos admitindo fiança, e com penas não superiores a 4 (quatro) anos, a autoridade policial irá somar as penas, cujo resultado deverá ser não superior a 4 (quatro) anos, pois é o limite imposto pelo art. 322. Caso tal limite seja excedido, a fiança somente poderá ser concedida pelo juiz.

Sobre o valor, antes da Lei 12.403/11 havia uma grande dificuldade, pois a redação do art. 325 do Código de Processo Penal era a seguinte:

Art. 325: O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

- a) De um a cinco salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa de liberdade, até 2 (dois) anos;
- b) De cinco a vinte salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida com pena privativa de liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro) anos;
- c) De vinte a cem salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada for superior a 4 (quatro) anos.

A Lei 7.789/89 extinguiu o chamado salário mínimo de referência (SMR). Também em 1989, a Medida Provisória nº 75 estabeleceu que a fiança passaria a ser calculada pelo Bônus do Tesouro Nacional (BTN). Cada SMR corresponderia a 40 BTN. Porém em 1991, o BTN deixou de existir, então ao arbitrar, deveria ser levado em conta o valor do último BTN, em 30 de janeiro de 1991, devidamente corrigido e atualizado para real.

Tudo isto tornava o cálculo do valor da fiança muito confuso, e algumas vezes até mesmo injusto, não cumprindo com o seu objetivo de garantir o comparecimento do acusado aos atos processuais. Neste sentido é o posicionamento de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1481):

Um dos principais objetivos da Lei nº 12.403/2011 foi o de revigorar o instituto da fiança. De fato, há muitos anos já se fazia necessária atualização de seus valores, a fim de que a cifra arbitrada fosse algo mais razoável, de modo que a possibilidade da perda da sua metade (quebramento) ou da sua totalidade (perdimento) seja capaz de exercer uma coação indireta sobre o beneficiário, obrigando-o a respeitar as condições que lhe forem estabelecidas.

A doutrina de época anterior ao advento da Lei 12.403/11 já se inconformava com os obstáculos que tinham que ser vencidos para que a fiança fosse arbitrada, por conta de inúmeras mudanças no sistema monetário. Vejamos qual era a posição de Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 131 e 134):

Antes de tudo, é razoável reconhecer que as variações do padrão monetário efetivamente consistiram em complicador quase invencível ao aplicador da lei penal que desejasse fixar valores de fiança, mormente nas três últimas décadas.

[...]

Acreditamos que o instituto da fiança somente se aperfeiçoaria se buscasse estabelecer mecanismos para a fixação de algo que se poderia denominar de “valor do risco social”, ou seja, a garantia patrimonial ou pecuniária condizente com o risco imanente à soltura provisória de indivíduo acusado da prática de crime, risco esse que deflui da perspectiva de fuga e impossibilidade de cumprimento da sanção penal cabível. A fixação desse valor atenderia à necessidade de aparelhamento do Estado para a melhor repressão criminal, sopesados os riscos de frustração dessa atividade, em

particular, com as vantagens globais decorrentes da perda da garantia em favor do poder público.

Diante do exposto, é nítido que a situação está melhor atualmente, e que a Lei 12.403/11 veio para melhorar a antiga sistemática de concessão e arbitramento da fiança.

Os incisos II e III do §1º do art. 325 dispõem que de acordo com a situação econômica do preso, a fiança poderá ser reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços) ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes. Então a autoridade deverá guiar-se pela proporcionalidade, pois pode até ocorrer do valor arbitrado ser muito baixo, porém perante a situação econômica do indivíduo, estar exercendo seu caráter coercitivo. Assim como o inverso, ou seja, o valor precisar ser muito alto para exercer coerção sobre alguém de muitas posses. Desta forma nos ensina Edilson Mougnot Bonfim (2011, p. 100):

Considerando a finalidade da fiança, que deverá servir como caução para garantir o comparecimento do réu aos autos do processo, é relevante ter em conta sua situação financeira, pois a fiança não poderá ser de valor tão alto que inviabilize sua prestação, equivalendo tal situação à sua não concessão, tampouco pode ser de valor irrisório.

Para fins de comparação, o §1º do art. 325 antes de passar pela reforma da Lei 12.403/11, trazia a mesma possibilidade de redução (até dois terços), porém previa um aumento de no máximo até 10 (dez) vezes.

O art. 326 não foi incluído na reforma do código. Ele traz um rol de requisitos que deverão ser observados pela autoridade quando da aplicação da fiança. Dois dos requisitos são de natureza objetiva (natureza da infração e importância provável das custas do processo, até final julgamento); e os outros são de natureza subjetiva, pois estão ligados a circunstâncias pessoais do agente (condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, e circunstâncias indicativas de sua periculosidade).

6.4.4 Formas, dispensa e reforço da fiança

A fiança poderá ser prestada na forma de dinheiro ou qualquer outro objeto que alcance o valor necessário, como por exemplo, joias.

Não há necessidade de o próprio sujeito pagar sua fiança, esta poderá ser paga por terceiros também.

O inciso I do §1º do art. 325 contempla a possibilidade da dispensa da fiança, estabelecendo que deverá ser observada a forma do art. 350. Este define que o juiz (e apenas ele) poderá conceder a liberdade provisória dispensando o preso do pagamento de fiança, ao verificar sua situação econômica. Porém o preso deverá respeitar as condições dos artigos 327 e 328, e se for o caso, ficará sujeito a outras medidas cautelares. O art. 350 difere do anterior à nova lei no sentido de que o antigo exigia que o juiz verificasse ser impossível ao réu prestar a fiança, usando os termos “por motivo de pobreza”. Além disso, o artigo reformado prevê a aplicação de outras medidas cautelares, coisa que não ocorria no antigo, logicamente porque as medidas cautelares diversas foram criadas com a Lei 12.403/11.

O art. 340 dispõe que a fiança deverá ser reforçada quando for insuficiente, quando o delito for reclassificado ou quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais e pedras preciosas. Esta última situação é a mais comum entre as três, pois conforme Jorge Vicente Silva (1998, p. 47):

Pode ocorrer tanto quando a nível policial, se afiança o acusado como infrator de uma certa disposição e depois o representante do Ministério Público o acusa formalmente por outra infração com maior apenamento [...], como também quando, anteriormente à denúncia arbitra a fiança a autoridade judicial, com fundamento no fato de que teria o acusado cometido certa infração, e, após o representante ministerial imputa àquele infração com apenamento mais grave.

Salienta-se que o art. 340 não sofreu alteração com a Lei 12.403/11.

6.4.5 Obrigações do afiançado

São trazidas pelos artigos 327 e 328, que também não passaram por reforma com a Lei 12.403/11.

A primeira obrigação consiste no dever do acusado em comparecer perante a autoridade a todos os atos processuais para os quais for intimado, sob pena de quebra da fiança. Isto é o que dispõe o art. 373. Para tanto, o sujeito irá assinar um termo de compromisso, colaborando com o regular desenvolvimento da instrução. A intimação se faz necessária, pois segundo Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 683):

Logicamente, caso não tenha ciência da prática do ato processual, não se pode considerar como injustificada a sua ausência. O mesmo se diga quando o ato processual a ser praticado prescinde de sua presença, como seria o caso da audiência para inquirição de testemunhas de antecedentes, arroladas pela própria defesa.

O acusado também estará obrigado a não mudar de residência, sem prévia autorização da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado, conforme art. 328. Há certo exagero na expressão “prévia autorização”, conforme entendem Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer (2012, p. 669):

Embora a Lei se refira à necessidade de *permissão judicial* para a mudança de endereço, semelhante exigência não pode ser aceita, na medida de sua violação ao direito de livre locomoção, sem falar na garantia individual ao domicílio e à moradia (art. 5º, XI), fora do alcance de qualquer regulação estatal, a não ser quando fundada em riscos atinentes à construção.

O que pode ser exigido é a *comunicação* da mudança, do mesmo modo que ocorre em relação à ausência temporária do local de moradia, por prazo superior a oito dias.

Desta forma, na verdade o importante é saber onde estará o indivíduo, bastando para isto uma comunicação.

6.4.6 O uso do valor da fiança

O art. 336 estabelece que o valor obtido com a fiança poderá ser utilizado para indenização do dano à vítima, pagamento de custas processuais e eventual multa e prestação pecuniária (em caso de condenação).

O parágrafo único do referido artigo tem a seguinte redação: “este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal)”. Desta forma, tal disposição só se aplicará em caso de prescrição da pretensão executória (da pena); e não quando ocorrer prescrição da pretensão punitiva (da ação). Assim, a fiança não será usada quando for caso de prescrição da pretensão punitiva. Isto porque após a sentença, ainda poderá ocorrer a prescrição retroativa ou intercorrente, que são formas de prescrição da pretensão punitiva estatal; neste caso o valor da fiança será restituído a quem a prestou. Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1497), afirma: “No entanto, se a extinção da punibilidade se der em virtude da prescrição da pretensão executória, não há falar em restituição, como deixa entrever o art. 337, c.c. art. 336, parágrafo único, do Código de Processo Penal”.

6.4.7 Infrações infiançáveis

O legislador não trouxe um rol de quais crimes admitem fiança, mas sim quais não admitem. Desta forma, deve-se fazer uma interpretação a *contrario sensu* para se determinar quais são as infrações afiançáveis.

Ao editar a Lei 12.403/11, o legislador claramente objetivou melhorar o instituto da liberdade provisória com fiança, pois anteriormente havia uma verdadeira deturpação, visto que agentes de crimes graves acabavam sendo beneficiados com a concessão da liberdade sem fiança, quando houvesse ausência dos motivos autorizadores da prisão preventiva, o que ocorria por exemplo com o roubo.

O antigo art. 323 trazia 5 (cinco) incisos com situações que vedavam a liberdade provisória com fiança. Desta forma, a grande maioria dos crimes acabava por não permitir a concessão do instituto, e os juízes concediam a liberdade sem a fiança, mesmo para crimes graves, o que tornava o sistema contraditório. Atualmente, possui apenas 3 (três) incisos, o que demonstra que a intenção é tornar regra a liberdade provisória com fiança, podendo ser cumulada ou não com as medidas cautelares diversas trazidas pelo art. 319.

Além disso, o art. 324, que anteriormente trazia mais 4 (quatro) impossibilidades de concessão da fiança, com a reforma manteve 3 (três) delas. O inciso II, que impedia a fiança em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar, agora se limitou a impedir a fiança em caso de prisão civil ou militar.

6.4.7.1 Racismo

Tal hipótese está prevista no inciso I do art. 323, e também constitucionalmente no inciso XLII do art. 5º, que afirma que além de ser infiançável, também é imprescritível. Desta forma, o objetivo da Lei 12.403/11 foi adequar o Código de Processo Penal à Constituição Federal de 1988. Apesar da Constituição vedar a concessão de fiança, caberá liberdade provisória se ausentes os motivos da prisão preventiva.

A Lei 7.716/89 estabelece os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

6.4.7.2 Tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e hediondos

Conforme art. 323, inciso II e art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal.

A Lei 8.072/90, em seu art. 2º, II, estabelece que os crimes hediondos, a tortura, o tráfico e o terrorismo são insuscetíveis de fiança. A respeito do cabimento da liberdade provisória sem fiança para os crimes hediondos, há divergências doutrinárias. A partir da Lei 11.464/07, não há mais proibição da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados. Desta forma, como há proibição da fiança (cuja aplicação seria mais gravosa), poderá ser concedida a liberdade provisória sem fiança, o que pode ocasionar injustiças e desproporcionalidade. Assim é o pensamento de Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 586):

[...] se couber liberdade provisória sem fiança para crimes inafiançáveis, haveria manifesta desigualdade no tratamento dos presos provisórios, já que se destinaria um regime de liberdade menos gravoso (sem fiança) para crimes mais graves (hediondos, drogas, etc.), enquanto, para crimes menos graves, se poderia impor medidas mais onerosas (com fiança).

O art. 44 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) veda a possibilidade de fiança para os crimes definidos nos artigos 33, “caput” e § 1º e 34 a 37. Há posicionamentos no sentido de que o art. 44 foi derogado pela Lei 11.464/07. Mas na verdade não caberá liberdade se presentes os motivos da prisão preventiva, conforme art. 324, IV. Então a fiança não vincularia a liberdade provisória, mas sim os motivos autorizadores da prisão preventiva.

Restará ao magistrado analisar o caso em concreto, pois conceder liberdade provisória sem fiança a um crime mais grave do que aquele que admite fiança pode ferir o Princípio da Proporcionalidade e gerar insegurança jurídica.

6.4.7.3 Crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o estado democrático

Hipótese trazida pelo inciso III do art. 323 e pelo art. 5º, XLIV, da Constituição Federal. Assim como o crime de racismo, estes são imprescritíveis. Estes crimes são regulados pela Lei de Segurança Nacional – Lei 7.170/83.

Assim como nas hipóteses anteriores, apesar da proibição constitucional da fiança, caberá liberdade provisória se ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva.

Além destes crimes, há outros que não permitem a concessão da fiança, previstos em leis especiais. São os casos do art. 31 da Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro); art. 3º da Lei 9.613/98 – Lavagem de Dinheiro (crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores) e art. 7º da Lei 9.034/95 (agente que tiver intensa e efetiva participação na organização criminosa).

6.4.7.4 Quebra de fiança anteriormente concedida ou descumprimento das obrigações dos artigos 327 e 328

Tal vedação é prevista pelo art. 324, I do Código de Processo Penal. Ressalta-se que a quebra da fiança anteriormente concedida deve ter ocorrido no mesmo processo, e que o descumprimento das obrigações deve ser injustificado, para impossibilitar a concessão da fiança.

As hipóteses de quebra de fiança são trazidas pelo art. 341 do Código de Processo Penal, e serão abordadas posteriormente.

6.4.7.5 Prisão civil ou militar

Conforme inciso II do art. 324. A intenção do legislador nesta hipótese foi englobar tanto os crimes de transgressão militar como os crimes propriamente militares. Isto porque segundo Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1490), as prisões funcionam como instrumentos coercitivos de tutela da hierarquia e da disciplina, sendo desarrazoado admitir-se a concessão de fiança quanto a elas.

6.4.7.6 Presença dos motivos autorizadores da prisão preventiva

Hipótese do inciso IV do art. 324. Os motivos autorizadores da prisão preventiva encontram-se no art. 312. Desta forma, quando se fizerem presentes, não caberá liberdade provisória, nem com fiança, nem sem fiança. O juiz deverá converter a prisão em flagrante em preventiva, conforme art. 310, III.

6.4.8 Extinção da fiança

Poderá se dar pelos motivos a seguir:

6.4.8.1 Pela cassação

Na verdade cassa-se a liberdade provisória, e não a fiança. Pode ocorrer em qualquer fase processual. O valor obtido será restituído integralmente a quem tenha prestado a fiança.

A primeira hipótese de cassação está prevista no art. 338 do Código de Processo Penal. Ocorre quando o juiz reconhecer que a fiança não era cabível na espécie. É a chamada fiança inidônea, que não poderia ter sido concedida por haver vedação legal, pelos requisitos não terem sido preenchidos (posteriormente se descobriu que o réu era reincidente em crime doloso, por exemplo) ou qualquer outra hipótese que impossibilite sua concessão. Assim, a cassação poderá ser determinada de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público. A autoridade policial não poderá determinar.

Também será cassada a fiança quando ao ocorrer inovação na classificação do delito, este se tornar infiançável, conforme art. 339. É o exemplo de quando o promotor denunciar o indivíduo por crime diferente do indicado pela autoridade policial.

A última situação de cassação ocorre quando se fizer necessário o reforço da fiança, e este não for feito ou o réu não cumprir a determinação do reforço, conforme estabelece o art. 340, parágrafo único.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 676 e 677) afirma que em todos os casos, a cassação da fiança não é motivo para recolhimento automático do indivíduo à prisão (decretação da prisão preventiva), pois o juiz tem a obrigação constitucional de fundamentar suas decisões, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade.

6.4.8.2 Pela quebra

Antes da reforma pela Lei 12.403/11, a quebra se dava apenas quando o réu não comparecesse aos atos processuais para os quais fosse intimado, ou se praticasse nova infração penal na vigência da fiança.

Atualmente, o art. 341 traz um rol de 5 (cinco) hipóteses que implicarão no quebramento da fiança. Permanece a hipótese do não comparecimento. Sobre a prática de nova infração, agora o texto da lei afirma expressamente a necessidade de ser dolosa. Além disso, são previstos: a prática de atos meramente

procrastinatórios ou protelatórios, o descumprimento de medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança (assim como o descumprimento das obrigações previstas pelo art. 328) e a resistência injustificada à ordem judicial.

As consequências da quebra são: I- perda de metade do valor da fiança, que será destinado ao Fundo Penitenciário, conforme art. 346. Tal perda é definitiva, o valor não será restituído mesmo se sobrevier sentença absolutória; II- o juiz poderá aplicar outras medidas cautelares ou, não sendo o caso, decretar a prisão preventiva, conforme estabelece art. 343; III- impossibilidade de nova concessão de fiança no mesmo processo, conforme art. 324, I.

6.4.8.3 Perda

O art. 344 estabelece que será perdido o valor da fiança em sua totalidade quando condenado, o réu não se apresentar para iniciar o cumprimento da pena. Edilson Mougenot Bonfim (2011, p. 104) afirma que a apresentação não precisa ser espontânea, bastando que o réu não se oculte e não resista nem dificulte a prisão. E ainda, que a sanção não ocorrerá, por óbvio, se a pena a cumprir não implicar recolhimento à prisão.

Após a perda, o valor será utilizado para o pagamento das custas processuais, indenização do dano à vítima, e eventual pena de multa imposta. O saldo remanescente será recolhido ao Fundo Penitenciário, conforme art. 345.

6.4.9 Restituição

Segundo art. 337, o valor da fiança será integralmente restituído para quem a prestou em caso de ser declarada sem efeito; quando o indivíduo for absolvido ou quando ocorrer extinção da ação penal. Ainda são casos de restituição integral a cassação, conforme anteriormente explicitado; e o arquivamento do inquérito policial.

7 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS

A criação de um rol com 10 (dez) medidas cautelares diversas da prisão é demonstração por excelência do principal objetivo da Lei 12.403/11, que é o de tornar a aplicação de qualquer tipo de prisão como a última razão. Atualmente uma prisão só deverá ser decretada quando a aplicação de uma ou mais medidas cautelares não for possível ou se mostrar insuficiente (vide §6º do mesmo dispositivo). Desta forma, busca-se ao máximo colocar o indivíduo em segregação social.

A respeito da nomenclatura, tais medidas podem ser chamadas tanto de medidas cautelares restritivas (muito embora a espécie de internação seja privativa de liberdade), como de medidas cautelares alternativas, pois são opções concedidas ao juiz para evitar a decretação de uma prisão cautelar.

O artigo 282, §1º do Código de Processo Penal dispõe que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Assim, através da análise do caso concreto, o juiz irá definir qual é a medida mais adequada.

7.1 Da Decretação

As medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal poderão ser decretadas em duas situações.

Primeiramente, quando estiverem presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, mas em razão do princípio da proporcionalidade substitui-se tal prisão por medida cautelar alternativa. Isto porque a situação que se quer tutelar pode ser resolvida de uma forma menos onerosa ao agente, visto que o encarceramento pode gerar grandes prejuízos ao agente.

Mas também caberá a aplicação de medida cautelar diversa em outras situações, como quando é concedida a liberdade provisória. Neste caso, a medida

cautelar terá a natureza de condição para que o sujeito se livre solto. É o que se extrai do artigo 321 do Código de Processo Penal.

O decreto se dá da mesma forma que na prisão preventiva. A medida cautelar só poderá ser imposta de ofício no curso da ação penal. Se o momento for de investigação policial, será necessária a provocação, seja do Ministério Público ou da autoridade policial, conforme estabelece o §2º do artigo 282 do Código de Processo Penal.

A respeito do momento, as medidas cautelares poderão ser impostas durante a ação penal ou no curso da investigação policial (art. 282, §2º); quando for proferida sentença condenatória (art. 387, parágrafo único); ou sentença de pronúncia (art. 413, §3º).

Estabelece o artigo 310 do Código de Processo Penal que após receber o Auto de Prisão em Flagrante Delito, o juiz deverá, em decisão fundamentada, relaxar a prisão ilegal, ou, em caso de flagrante formal e substancialmente em ordem, poderá conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, podendo cumular as medidas cautelares diversas. Porém se estas forem inadequadas ou insuficientes ao caso, e estiverem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva (art. 312), o juiz deverá decretar a prisão preventiva.

7.2 Da Revogação e da Substituição com Posterior Decretação de Prisão Preventiva ou Medida Cautelar Diversa

A substituição e a revogação da prisão preventiva estão previstas no §5º do artigo 282 do Código de Processo Penal, que dispõe que “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”.

Pelo ato de revogação o juiz torna sem efeito a medida cautelar, enquanto que pela substituição, as restrições que foram impostas são retiradas, e a prisão preventiva, decretada.

Tais atos não se confundem com as disposições do §4º do mesmo dispositivo, que possibilitam ao julgador substituir uma medida restritiva por outra, ou impor outra em cumulação. Já no §5º, a substituição é de uma medida cautelar mais onerosa por outra mais branda (no caso, certamente será a prisão preventiva), pois os motivos que a autorizaram não mais subsistem. O contrário também é previsto: que seja decretada a prisão preventiva em substituição à outra medida cautelar quando sobrevierem motivos para tal. Desta forma, nas palavras de Renato Marcão (2012, p. 369), “esta substituição pressupõe a prévia decretação daquela mais severa”.

Em caso de descumprimento injustificado pelo agente da medida cautelar imposta, o §4º permite ao juiz revogar a medida, substituindo ou impondo outra em cumulação, ou ainda, decretar a prisão preventiva, de acordo com o caso concreto. Tais providências deverão ser tomadas mediante a observância das regras básicas sobre medidas cautelares, que são necessidade e adequação (incisos I e II do artigo 282).

A prisão preventiva como *ultima ratio* logicamente só poderá ser decretada se seus requisitos estiverem satisfeitos (artigos 312 e 313). Neste caso, não há necessidade de instalação do contraditório, diferente da hipótese da revogação definitiva da medida, caso em que se não for observado tal princípio constitucional, irá gerar nulidade ao ato decisório. Desta forma, em caso de revogação definitiva, deverá ser designada audiência de justificativa do descumprimento, com posteriores manifestações do Ministério Público e defesa, e só então, o juiz poderá decidir acerca da revogação.

7.3 Prazo de Duração e Extinção

A lei não define por qual prazo será decretada a medida cautelar diversa da prisão. Tem-se admitido como prazo máximo, o do término da instrução, que será diferente em cada caso, de acordo com o procedimento aplicado. Porém, ressalta-se que em alguns casos, posteriormente ao encerramento da instrução também poderá ser decretada medida cautelar restritiva, a exemplo da sentença

condenatória e da decisão de pronúncia (vide artigos 387, p. único e 413, §3º, do Código de Processo Penal).

Luiz Flavio Gomes (2011, p. 1820) afirma:

Sendo medidas restritivas de direitos – embora em menor intensidade do que a prisão – elas também estão sujeitas a prazos não excessivos (razoáveis). Assim, necessário se criar mecanismos para que tais medidas não se prolonguem indefinidamente. Mesmo porque, não se tratando de prisão, a tendência é que o controle sobre o prazo de duração delas seja ainda menos rigoroso.

Desta forma, para evitar abusos, o legislador deveria criar uma regulamentação a respeito do prazo de duração das medidas cautelares, e assim, não haveria o risco do ideal da Lei 12.403/11 ser desviado, com a medida cautelar servindo como pena, e perdendo sua natureza coercitiva.

Todas as medidas cautelares trazidas pelos artigos 319 e 320 tem fim, obviamente em do seu caráter cautelar e provisório. A extinção poderá ocorrer em situações diversas, tais quais:

- a) Quando não mais subsistirem os motivos que ensejaram a decretação da medida;
- b) Quando for revogada a medida cautelar e for decretada prisão preventiva, por exemplo, em razão do descumprimento injustificado das obrigações que foram impostas;
- c) Quando sobrevier sentença absolutória, a qualquer tempo e,
- d) Quando transitar em julgado a sentença penal condenatória, pois irá ter início a fase de execução penal.

7.4 Das Medidas Cautelares em Espécie

Anteriormente à edição da lei 12.403/11, havia uma “bipolaridade cautelar” no sistema processual penal brasileiro, pois só havia duas hipóteses que

poderiam ser adotadas pelo magistrado: ou decretava prisão cautelar e o acusado responderia o processo com total abstenção de sua liberdade; ou concedia liberdade provisória.

Com a vinda da nova lei, foi criado um rol com 10 (dez) medidas cautelares alternativas à prisão, concedendo ao magistrado a opção de adotar a providência mais adequada ao caso concreto, pautando-se dos princípios da legalidade e proporcionalidade.

Entre a doutrina e a jurisprudência existem discussões sobre se tal rol do artigo 319 sé taxativo ou exemplificativo.

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 104) é do entendimento de que o rol é taxativo, pois no que concerne às questões relativas à prisão e liberdade, a interpretação deve ser sempre restritiva, com a máxima observância do princípio da legalidade. E isto porque são direitos fundamentais do ser humano que estão sendo colocados em jogo.

Diferente é o posicionamento de alguns tribunais, a exemplo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (HC 5015479-13.2011.404.000, 7ªT., v.u., rel. Néfi Cordeiro, 08.11.2011):

Tem há muito admitido esta Corte a criação jurisprudencial de medidas cautelares, ainda que sem específica previsão normativa, dentro dos limites da necessidade e suficiência, pois além de se constituírem em medidas ínsitas à jurisdição, são elas criadas em favor do processado, substitutivamente à mais gravosa cautelar legal de prisão. Política criminal encampada na Lei 12.403/11, ampliadora do rol legal de cautelares no processo penal.

Assim, para estes o rol seria exemplificativo, em razão do poder geral de cautela do juiz, que diante da conveniência do caso, poderia aplicar medida cautelar diversa das elencadas no rol dos artigos 319 e 320.

7.4.1 Comparecimento Periódico em Juízo

Tal medida visa mandar o agente vinculado ao chamado “distrito de culpa”, que é o lugar onde foi praticado o delito. O agente comparece no cartório do juízo que impôs a medida e presta conta de suas atividades.

O juiz pode fixar que o comparecimento seja mensal, bimestral, trimestral, ou o que for mais adequado. No ordenamento jurídico existem medidas semelhantes a esta, como o livramento condicional (artigo 131 da LEP) ou o *sursis* (artigo 78, §2º, “c”, do Código de Processo Penal).

Esta obrigação não alcança muitos resultados na prática, pois para o agente acaba sendo simplesmente “ir ao fórum para carimbar a carteirinha”.

7.4.2 Proibição de frequentar determinados lugares

Esta medida tem como objetivo evitar que o agente volte a lugares onde costumava delinquir, e assim, impedir a prática de novas infrações nas mesmas circunstâncias, em locais como estádios de futebol, boates e bares.

Também existem condições semelhantes para o *sursis* e o livramento condicional, além da Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/06), onde a condição terá caráter de medida protetiva de urgência, para preservar a integridade da ofendida.

7.4.3 Proibição de contato com pessoa determinada

Aqui o objetivo é garantir a tranquilidade e o bem estar da vítima. Desta forma, esta medida será imprescindível em casos de crimes contra a dignidade sexual, por exemplo.

Deve haver um nexo entre o fato praticado e a conduta que está se buscando evitar, servindo a medida para evitar a aproximação entre o agente e a vítima, assim, o próprio artigo 319, em seu inciso III estabelece que a imposição só terá cabimento quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante da vítima.

Esta medida, assim como as outras, poderá ser aplicada concomitantemente às semelhantes existentes na Lei Maria da Penha.

7.4.4 Proibição de ausentar-se da comarca

Objetiva auxiliar a apuração de fatos anteriores, pois conforme a redação da lei a medida só terá cabimento “quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”.

Quanto à comarca, a lei não estabelece expressamente qual seria, então se entende, por analogia à condição do sursis (artigo 78, §2º, “b”, do Código de Processo Penal), que é a comarca em que residir o agente. Posiciona-se desta forma Renato Marcão (2012, p. 376).

No anteprojeto do novo Código de Processo Penal, está previsto que a redação do inciso IV do artigo 319, que trata desta medida, passaria a citar “ausentar-se da comarca ou país”, quando atualmente só se fala em comarca, embora em razão do artigo 320, o juiz possa impor a impossibilidade do indivíduo se ausentar do país também.

7.4.5 Recolhimento domiciliar

Através desta medida o juiz determina que o indiciado ou acusado não se ausente de sua residência durante o período noturno e nos seus dias de folga,

obviamente, quando possuir residência fixa e trabalho estável, caso contrário a condição pode ficar sem sentido.

Assim como na medida de proibição de contato com pessoa determinada, aqui se exige um nexo entre a conduta do agente e a restrição do seu direito, pois todas as medidas cautelares devem ser impostas com base no binômio necessidade e adequação.

A prisão cautelar domiciliar não se confunde com esta medida, pois o primeiro instituto exige anterior decretação de prisão preventiva e alguma das condições trazidas no artigo 318 do Código de Processo Penal.

7.4.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira

Conforme estabelece o próprio inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal, é imprescindível que a suspensão seja fundada em *justo receio de utilização da função ou atividade para a prática de infrações penais*. Desta forma, deve haver um nexo entre o ato infracional praticado e a medida restritiva que será imposta, embora não se exige que tal ato tenha sido praticado no exercício das funções, mas que tenha sido, no mínimo, em razão delas.

Uma simples leitura do dispositivo legal pode gerar o entendimento de que a medida de suspensão só poderia ser aplicada quando fosse necessária para evitar que o delito fosse reiterado. Porém, Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1443), entende que a medida também poderá ser decretada para outras finalidades, desde que se enquadrem nas possibilidades do artigo 282, I do Código de Processo Penal. Isto porque o inciso VI do artigo 319 tem a intenção apenas de orientar o magistrado quanto a qual medida poderá ser adotada, e se esta conseguirá cumprir seu objetivo. Desta forma, esta medida poderá ser adotada também para garantir a investigação ou a instrução criminal.

Renato Marcão (2012, p. 379) também critica a redação da lei, pois esta estabelece que a suspensão poderá ser decretada quando houver justo receio da utilização da função ou atividade “para a prática de infrações penais”. Porém,

este já é um pressuposto geral para a aplicação das medidas cautelares, que pode ser extraído do inciso II do artigo 282 do Código de Processo Penal. Então o doutrinador defende que a redação do inciso VI do artigo 319 deveria ser “receio de sua utilização para a prática de nova infração penal”.

Há disposição semelhante na Lei de Drogas (Lei 11.343/06), pois seu artigo 56, §1º traz a possibilidade de o juiz determinar, no despacho de recebimento da denúncia, o afastamento cautelar do funcionário público de suas atividades, quando este for denunciado por qualquer das condutas tipificadas nos artigos 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37.

7.4.7 Internação provisória

Enquanto as demais medidas previstas no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal são restritivas de direitos, esta é privativa de liberdade.

É aplicada aos inimputáveis ou semi-imputáveis (vide artigo 26 do Código de Processo Penal), quando praticarem delitos com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. É pressuposto que a condição relativa à inimputabilidade deverá ser anteriormente atestada por laudo pericial. A medida visa evitar a reiteração da conduta.

A internação só deverá ser imposta aos casos de inimputabilidade, pois para os de semi-imputabilidade, o correto é o tratamento ambulatorial, o que se extrai através de uma interpretação *in bonam partem*, pois o legislador disse menos do que deveria, e o inciso VII do artigo 319 não traz tal informação.

A internação, conforme estabelecido no artigo 96, II do Código de Processo Penal, deverá ser feita em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, quando não estes não forem possíveis, em outro estabelecimento do gênero, inclusive hospital particular.

7.4.8 Fiança

A fiança como medida cautelar diversa da prisão, tratada pelo artigo 319, VIII é distinta da fiança que é vinculada ao instituto da liberdade provisória, pois embora ambas tenham regulamentação nos artigos 322 e seguintes, esta última pressupõe sempre, uma prisão em flagrante antecedente, diferente da primeira. Desta forma, a fiança como medida cautelar diversa da prisão pode também ser chamada de “fiança restritiva” (vide tópico 6.4), enquanto que a fiança vinculada a uma prisão em flagrante anterior é também chamada de “fiança libertadora”.

A fiança em questão, que é a restritiva, poderá ser decretada a qualquer momento, seja do inquérito policial ou da ação penal, desde que ausentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, pois se estiverem presentes, o juiz deverá decretar a prisão preventiva.

Para conceder a fiança, o juiz deverá se embasar nos seguintes requisitos: para assegurar o comparecimento aos atos processuais; para evitar problemas relacionados ao andamento do processo e em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

7.4.9 Monitoramento eletrônico

Tal medida consiste no uso, discretamente, de um dispositivo de monitoramento. O dispositivo fica afixado ao corpo do agente, podendo ser por exemplo tornozeleiras, pulseiras ou até mesmo *chips* implantados no corpo.

Através deste objeto, é possível saber a localização geográfica do indivíduo, através de tecnologias como o GPS (Sistema de Posicionamento Global). Desta forma, o objetivo desta medida cautelar é viabilizar o controle judicial das ações do sujeito fora do cárcere, evitando as consequências do encarceramento, como a dessocialização. Assim, visa diminuir os índices da população prisional.

É um meio vantajoso para o indivíduo, pois em vez de ter sua prisão preventiva decretada, o juiz poderá lhe impor o uso de dispositivo de monitoramento, e assim ele poderá levar uma vida “normal”, inclusive trabalhando.

A lei 12.258/10 trouxe disposições semelhantes ao permitir a monitoração eletrônica de condenados quando da saída temporária no regime aberto e em caso de prisão domiciliar (vide artigo 146-B da Lei de Execução Penal). Porém estas duas hipóteses são taxativas, não chegando a provocar nenhuma mudança na situação prisional do país. Diferente do uso da monitoração como medida cautelar, que se for bem aplicada e executada, é uma das medidas mais eficientes do rol do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Porém, a lei 12.403/11 apenas trouxe a previsão do monitoramento eletrônico como medida cautelar diversa da prisão, não estabelecendo parâmetros para sua aplicação. Assim, caberá aos magistrados regular seus limites e condições. Será necessário implantar centrais de monitoração em diversas regiões, o que envolve verbas e interesse. Desta forma, enquanto não existirem tais recursos, possibilitando a viabilidade prática, a medida cautelar continua inoperante.

7.4.10 Proibição de ausentar-se do país

Tal medida do artigo 320 do Código de Processo Penal não de confunde com a do inciso IV do artigo 319, tampouco se presta simplesmente à execução da outra medida. Isto porque a do artigo 320 tem como finalidade assegurar a aplicação da lei penal, enquanto que a do artigo 319, IV poderá ser aplicada quando for conveniente ou necessária para assegurar o bom desenvolvimento da investigação ou instrução.

A redação do artigo 320 é a seguinte: “a proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas”. Importante ressaltar que a comunicação às autoridades é imprescindível, pois a mera entrega do passaporte não impede que o indivíduo saia do país, pois pode se utilizar de outro meio de

transporte que não o avião, e ainda, poderá utilizar o meio aéreo para países que compõem o Mercosul sem passaporte, apenas apresentado documento oficial de identificação.

8 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ATUAL SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO BRASIL

A nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III, traz como fundamento da República Federativa o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste contexto pode ser incluído o artigo 5º, III do mesmo diploma legal, que estabelece que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Porém, a realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros não contempla estes direitos e garantias fundamentais. Não é porque a pessoa cometeu um crime que ela pode ser tratada em desacordo com o que estabelece a nossa Magna Carta.

No ano de 2010 o Brasil já contava com uma população carcerária de cerca de 500 mil pessoas. Destes, estima-se que 44% sejam presos cautelares, ou seja, ainda estão aguardando uma sentença definitiva, que poderá libertá-los ou fazê-los iniciar a execução de uma eventual pena. Isto significa um crescimento de 80% em cinco anos, pois em 2005 eram 91 mil as pessoas presas provisoriamente, segundo dados do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça.

O Brasil é o quarto maior país encarcerador do mundo, perde apenas para Estados Unidos, China e Rússia.

As prisões se encontram superlotadas, são raras as instituições que contam com um número de detentos compatível com seu número de vagas. Além disto, as condições em que os presos são colocados são na maioria das vezes insalubres, faltam lugares para dormir, para comer, e para se ter higiene. As rebeliões e fugas são frequentes.

Também não são todos os presos que trabalham. Este excesso de tempo livre pode levar os indivíduos a ter atitudes e pensamentos que vão contra a finalidade de ressocialização. O presídio se torna um mero depósito de pessoas, e assim pode ocorrer inclusive o fenômeno da prisonização, que é a incorporação de

ideias de subcultura do crime. O sujeito passa a ter comportamentos próprios dos grandes criminosos, sendo contaminado por eles. Desta forma, quando é colocado em liberdade, é uma pessoa pior do que quando foi preso, e mais propenso a cometer novos delitos.

Tudo isto se deve a múltiplos fatores. Em alguns lugares a administração penitenciária é de tão baixa qualidade que mal consegue manter a organização. Também é um problema o fato de não se separar de forma ideal os presos cautelares dos definitivos, assim como os que cometeram crimes de diferentes naturezas e gravidade.

Está muito presente também no país a corrupção, o desvio de verbas públicas e a falta de recursos humanos suficientes. Isto impede que sejam feitas melhorias de modo que seja oferecido no mínimo um tratamento digno ao preso.

A superlotação gera a dificuldade da administração da quantidade de presos. Tal situação chegou a este ponto por conta principalmente da forma indiscriminada com que os juízes decretavam uma prisão cautelar. Porém, muitas vezes, estes não tinham opção, pois precisavam manter o preso vinculado ao distrito de culpa enquanto não fosse concluído o processo. E não havia alternativa senão a prisão.

Com a Lei 12.403/11 espera-se mudar este cenário, pois sua principal inovação é a previsão de 10 (dez) medidas cautelares alternativas à prisão, que, tendo a mesma finalidade que estas, poderão ser decretadas em substituição, desafogando os presídios.

9 CONCLUSÃO

A Lei 12.403/ 11 conseguiu adequar o nosso Código de Processo Penal às disposições constitucionais, visto que por ser de 1941, o código foi elaborado em um período ditatorial, em que as garantias processuais constitucionais eram mínimas. Assim, atualmente este diploma legal está de acordo com princípios constitucionais como o da Presunção de Inocência.

Também garante a ampla aplicação do direito fundamental à liberdade, pois agora a prisão do indivíduo é a *ultima ratio*, sendo a regra a liberdade, seja com ou sem fiança. Assim, a prisão preventiva se tornou uma medida extremamente excepcional, sendo decretada apenas quando estiverem presentes os requisitos legais, e não mais estando sujeita apenas à opinião subjetiva do magistrado a respeito da gravidade do fato.

Da mesma excepcionalidade é a prisão em flagrante, pois terá um prazo máximo de duração de 24 (vinte e quatro) horas. Exceção à liberdade como regra são as medidas cautelares alternativas à prisão passíveis de serem aplicadas, pois são medidas restritivas da liberdade.

Tendo em vista que a prisão preventiva só poderá ser decretada para crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro anos) e também a ampliação das hipóteses de concessão da fiança, temos uma situação de *novatio legis in melius*, e assim a nova lei irá retroagir, e muitas pessoas que estão presas cautelarmente terão seus casos revistos e poderão ser colocadas em liberdade. Tal situação pode gerar para a sociedade o sentimento de que a nova lei será um estímulo à impunidade, pois os criminosos perceberão que o recolhimento ao cárcere está cada vez mais difícil de ocorrer.

Embora isto até possa acontecer, a Lei 12.403/11, de um modo geral é benéfica, pois é passível de alcançar seu objetivo de contribuir para a diminuição da superlotação das instituições prisionais no país, visto que quase metade dos detentos estão presos cautelarmente.

Eventual estímulo à impunidade ocorre não em razão daqueles que serão soltos, mas sim pela ineficiência quando da aplicação da lei penal. Não é o endurecimento das penas que garante a diminuição da criminalidade, mas sim a

certeza de sua aplicação. A nova lei apenas visa contemplar o Princípio da Presunção de Inocência, pois a grande maioria só deveria estar preso quando já houvesse sentença definitiva, e não cautelarmente.

A criação de todos os meios para se evitar a prisão é vantajosa, mas só terá eficácia se forem bem regulados. Um exemplo é o monitoramento eletrônico, que pode ser muito eficaz se forem feitos investimentos públicos neste sentido, e se sua aplicação for correta. Também se faz necessário que os julgadores se adequem às novas disposições, e passem a aplicar mais as medidas cautelares diversas da prisão.

Desta forma, o sistema penitenciário poderá se ocupar mais com os presos definitivos, buscando alcançar a sua finalidade de ressocialização, e contornando sua falência. Assim, irá melhorar a situação atual de descrédito da sociedade perante o poder público, eficácia das leis e da Justiça como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Rafael Damasceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil.** Histórico das prisões no Brasil, histórico das Leis De Execuções Penais, aspectos e finalidades da atual Lei De Execução Penal Brasileira. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-priso-es-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>>. Acesso em: 04. Out. 2012.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2ª ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais (RT – textos fundamentais), 1997-1999.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do código de processo penal:** comentários à lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011 : prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72.674-7-SP.** 2ª Turma, j. 26-3-1996, relator Ministro Maurício Correa, DJU 26-3-1996, RT 735/527. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2872674%2E+OU+72674%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 8.672-SP,** 6ª Turma, relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 178/1999, DJU 9-9-1999, RT 771/555. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 17 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 90.464-RS.** 1ª Turma, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJU 4-5-07. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2890464%2E+OU+90464%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 set. 2012.

_____. **Lei 12.403/11.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mai. 2011.

_____. **Código de Processo Penal** (1941). Vade Mecum Compacto. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cunha, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código Penal** (1940). Vade Mecum Compacto. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cunha, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, **súmula n.º 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Vade Mecum Compacto. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cunha, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1491.

_____. Supremo Tribunal Federal, **súmula n.º 697**. A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo. Vade Mecum Compacto. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cunha, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1504.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches, e outros. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, coord. Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história de nascimento da prisão. 39ª ed., Petrópolis: Vozes, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403/11 de maio de 2011. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Questões de Direito Constitucional. Disponível em:
<http://www.lfg.com.br/concursos/Direito_Constitucional_01a15_outubro.pdf>. Acesso em: 22. Out. 2012.

JOSÉ, Milene de Deus. **A ressocialização do preso no atual sistema penitenciário**. Presidente Prudente, 2003. 98 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003

KAWAGUTI, Luis. Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo e deficit de 200 mil vagas. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_lk.shtml>. Acesso em: 18. Out. 2012.

LIMA, Marco Antonio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2011.

MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Processo Penal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAGALHÃES, Mayra. **Prisonização / um desafio para sociedade**. Presidente Prudente, 2003. 50 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003

MARCÃO, Renato. **Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Iba. **Origem e evolução da prisão**. Disponível em: <<http://www.ibamendes.com/2011/03/origem-e-evolucao-da-prisao.html>>. Acesso em: 03 Out. 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006-2008.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 1996.

NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Prisão e Liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/11, de 4 de maio de 2011. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Flavio Cardoso de. **Direito Processual Penal**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Filipe Antunes. A situação do sistema penitenciário brasileiro à luz dos direitos e garantias fundamentais. **JurisWay**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7031>. Acesso em: 19. Out. 2012.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; BAZ, Marco Antonio Garcia. **Fiança Criminal e Liberdade provisória**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. **Liberdade Provisória**: e outras medidas cautelares. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2011.

SILVA, Jorge Vicente. **Liberdade Provisória com e sem Fiança**. 4ª ed., Curitiba: Juruá, 1998.

SISTEMA Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. **Portal do Ministério da Justiça – Depen (Departamento de Penitenciário Nacional)**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMID598A21D892E444B5943A0AEE5DB94226PTBRNN.htm>>. Acesso em: 19. Out. 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 6ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11ª ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.