

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS À LUZ DA LEI 12.403/11

Julyana Franco Gomes

Presidente Prudente/SP
2013

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS À LUZ DA LEI 12.403/11

Julyana Franco Gomes

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP
2013

MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS À LUZ DA LEI 12.403/11

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Flademir Jeronimo Belinati Martins
Examinador

Valmir da Silva Pinto Júnior
Examinador

Presidente Prudente, 18 de novembro de 2013.

A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Rudolf von Ihering

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que é a essência da minha vida e que me ilumina em todos os dias da minha caminhada.

Aos meus pais que sempre fizeram de tudo por mim, me dando sempre muito carinho, amor, educação, incentivo e que nunca deixaram de acreditar em mim em todos esses anos da minha vida, e que se hoje eu estou concluindo mais essa etapa da minha vida, é graças a eles.

A minha irmã, que é muito mais que uma simples irmã, é uma segunda mãe para mim, que está sempre do meu lado me ajudando em qualquer situação.

Agradeço as minhas amigas Luana, Duda e Camila que estão do meu lado sempre, compartilhando os momentos de alegria e tristeza, e que demonstram a cada dia o verdadeiro valor da amizade.

A todos meus amigos, que estão sempre me apoiando, sendo indispensáveis para a conclusão de mais uma etapa.

Agradeço a todos os meus professores, que me acompanharam durante toda a minha formação, sempre buscando passar o máximo de conhecimento possível.

Especialmente ao meu professor e orientador Jurandir José dos Santos, que foi o grande responsável pela realização desse trabalho; sendo meu colaborador, parceiro e orientador com todo o material necessário para a conclusão desta; meu Professor, um excelente profissional, atencioso, esclarecendo todas as minhas incertezas, sem sombra de dúvidas, um grande ser humano.

RESUMO

O presente trabalho trata das alterações introduzidas pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011 que modificou substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, que disciplina a prisão, as medidas cautelares e a liberdade provisória. Para a confecção desse trabalho foram utilizados recursos bibliográficos, tendo por base a análise de doutrinas, jurisprudências e pesquisas na web. Preliminarmente, há uma breve análise de como era e de como é o processo cautelar no Código de Processo Penal. Após discorrer sobre o processo penal cautelar, há um breve estudo dos principais princípios constitucionais e a influência deles na hora de o magistrado decretar uma prisão cautelar, aplicar uma medida restritiva, ou conceder a liberdade provisória. Após a análise dos princípios, foi feito um estudo das atuais prisões processuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que são a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão domiciliar e a prisão temporária, dentro desse estudo destacamos as principais mudanças trazidas pela Lei nº 12.403/11. Após discorrer sobre todas as espécies de prisões processuais, estudamos a possibilidade de concessão de liberdade provisória. Por fim, tratamos das medidas cautelares diversas da prisão, fazendo um estudo de cada uma delas, mencionando quando terão cabimento e formas de aplicação.

Palavras Chave: Processo Penal Cautelar. Prisões Processuais. Princípios Constitucionais. Liberdade Provisória. Medidas Cautelares Diversas da Prisão.

ABSTRACT

The present research with the changes introduced by Law N° 12.403, of May 4, 2011 that substantially changed the Title IX of Book I of the Criminal Procedure Code, which deals with the arrest of precautionary measures and Provisional Freedom. For the preparation of this work were used library resources, based on the analysis of doctrines, jurisprudence and web searches. Preliminarily, there is a brief analysis of what it was like and how the process is precautionary in the Code of Criminal Procedure. After noting the criminal restraining order, there is a brief survey of the main constitutional principles and their influence at the time of the judge impose a prison precaution, apply a restrictive measure or grant bail. After the analysis of the principles, a study was made of the current arrests existing procedural Brazilian legal system , which is the arrest in flagrante, probation, house arrest and temporary detention, within this study highlight the main changes introduced by Law No. 12.403/11. After noting all kinds of procedural prisons, we study the possibility of granting bail. Finally, we treat the precautionary measures several prison, doing a study of each of them, have no place when mentioning and application forms.

Keywords : Criminal Procedure Relief. Procedural Prisons. Constitutional Principles. Provisional Freedom. Precautionary Measures Several Prison.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PROCESSO PENAL CAUTELAR.....	12
2.1 Prisão Pena e Prisão Cautelar – Diferenciação.....	12
2.2 Prisões Cautelares: do Sistema de 1941 a 2011 – Histórico.....	13
2.3 Conceito e Classificação das Medidas Cautelares no Processo Penal.....	14
3 PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS.....	16
3.1 Proporcionalidade.....	16
3.2 Devido Processo Legal.....	17
3.3 Presunção da Inocência ou Não Culpabilidade do Réu.....	18
3.3.1 Princípio da inocência frente às medidas cautelares e as prisões processuais.....	19
3.4 Princípio do Contraditório.....	21
4 PRISÃO EM FLAGRANTE.....	22
4.1 Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante.....	23
4.2 Espécies de Flagrante.....	24
4.2.1 Circunstâncias especiais do flagrante.....	26
4.2.1.1 Flagrante preparado ou provocado.....	26
4.2.1.2 Flagrante esperado.....	26
4.2.1.3 Flagrante forjado.....	27
4.2.1.4 Flagrante prorrogado, diferido ou retardado.....	28
4.3 Flagrante nas Várias Espécies de Crimes.....	29
4.3.1 Flagrante no crime permanente.....	29
4.3.2 Flagrante no crime continuado.....	30
4.3.3 Flagrante em crime exaurido.....	30
4.3.4 Flagrante em crime habitual.....	31
4.3.5 Flagrante em crime de ação penal privada.....	32
4.3.6 Flagrante em crime de ação penal pública condicionada.....	33
4.3.7 Flagrante nas infrações de menor potencial ofensivo.....	33
4.3.8 Flagrante nos crimes de trânsito com vítimas.....	34
4.3.9 Flagrante na lei de drogas.....	34
4.4 Apresentação Espontânea do Acusado.....	35
4.5 Sujeitos do Flagrante.....	36
4.5.1 Sujeito Ativo.....	36
4.5.2 Sujeito Passivo.....	36
4.6 Auto de Prisão em Flagrante.....	37
4.7 Autoridades Competentes para a Lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.....	38
4.8 Etapas do Auto de Prisão em Flagrante.....	39
5 PRISÃO PREVENTIVA.....	42
5.1 Espécies de Prisão Preventiva.....	43

5.2	Momento para a Decretação.....	44
5.3	Legitimidade para Decretar.....	45
5.4	Legitimados para Postular.....	48
5.5	Pressupostos para a Decretação da Prisão Preventiva : <i>Fumus Comissi Delicti</i>	48
5.6	Fundamentos para a Decretação da Prisão Preventiva: <i>Periculum in mora</i>	49
5.7	Condições de Admissibilidade da Prisão Preventiva.....	51
5.8	Proibição da Prisão Preventiva.....	55
5.9	Necessidade de decisão fundamentada.....	56
5.10	Revogação e Redecretação.....	57
5.11	Prazo de Duração da Prisão Preventiva.....	57
6	PRISÃO DOMICILIAR.....	58
7	PRISÃO TEMPORÁRIA.....	60
7.1	Procedimento.....	60
7.2	Prazo de Duração.....	62
7.3	Fundamentos ou Requisitos.....	62
7.4	Aplicação dos Requisitos ou Fundamentos.....	65
8	LIBERDADE PROVISÓRIA.....	67
8.1	Espécies de Liberdade Provisória.....	68
8.1.1	Liberdade provisória obrigatória.....	68
8.1.2	Liberdade provisória permitida ou autorizada.....	69
8.1.3	Liberdade provisória vedada.....	69
8.2	Modalidades de Liberdade Provisória.....	70
8.2.1	Liberdade provisória sem fiança e sem aplicação de medidas cautelares ou vinculação.....	70
8.2.2	Liberdade provisória sem fiança, mas com vinculação ou aplicação de medidas cautelares.....	70
8.2.3	Liberdade provisória com fiança e com vinculação e, se for o caso, com aplicação de outras medidas cautelares (Arts. 319, VIII e 322 a 350, CPP).....	72
8.3	Fiança.....	73
8.3.1	Modalidades e valor da fiança.....	75
8.3.2	Cabimento da fiança.....	76
8.3.3	Extinção da fiança.....	77
8.3.3.1	Cassação da fiança.....	77
8.3.3.2	Quebra da fiança.....	78
8.3.3.3	Perda da fiança.....	79
8.3.4	Utilização da Fiança.....	79
8.3.5	Restituição da Fiança.....	80
9	MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A PRISÃO.....	81
9.1	Cabimento e Aplicação.....	82
9.2	Finalidade das Medidas Cautelares Diversas da Prisão.....	82
9.3	Detração.....	83
9.4	Prazo de Duração das Medidas Cautelares Diversas da Prisão.....	84
9.5	Recursos Cabíveis.....	85

9.6 Banco de Dados do Conselho Nacional de Justiça (Art. 289-A).....	86
9.7 Medidas Cautelares Alternativas em Espécie.....	87
9.7.1 Comparecimento periódico em juízo.....	87
9.7.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.....	87
9.7.3 Proibição de contato com determinada pessoa.....	88
9.7.4 Proibição de ausentar-se da comarca.....	89
9.7.5 Recolhimento domiciliar.....	90
9.7.6 Suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira.....	90
9.7.7 Internação provisória do acusado.....	91
9.7.8 Fiança.....	92
9.7.9 Monitoração Eletrônica.....	93
9.7.10 Proibição de ausentar-se do país.....	94
10 CONCLUSÃO.....	95
BIBLIOGRAFIA.....	97

1 INTRODUÇÃO

Antes das reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/11, a única alternativa que o juiz tinha para assegurar o cumprimento de pena, que eventualmente poderia ser imposto ao acusado, era privando a sua liberdade provisoriamente.

A Lei nº 12.403/11 trouxe uma série de mudanças, dentre as principais estão: a criação de um rol de medidas cautelares alternativas a prisão, alterou o art. 310 do CPP, estabelecendo quais medidas o juiz deve adotar fundamentadamente ao receber o auto de prisão em flagrante; a prisão que antes era a regra após as mudanças passou a ser medida de exceção, ampliou o número de hipóteses em que o juiz pode conceder a liberdade temporária mediante o pagamento de fiança, criou a prisão domiciliar, alterou as condições de admissibilidade da prisão preventiva prevista no art. 313, do CPP, criação do art. 289-A que prevê que o juiz providencie o registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão não trazem benefícios somente para o acusado, que não vai ter sua liberdade cerceada por completo durante o trâmite do processo evitando quaisquer malefícios decorrentes de seu aprisionamento, beneficia também o Estado, que pode assegurar o cumprimento da Legislação Penal sem a necessidade de altos custos provenientes do encarceramento.

Acredita-se que, mesmo com algumas críticas que fundamentavam a impunidade caso fossem aplicadas somente as medidas cautelares diversas da prisão, entendemos que se as medidas forem aplicadas com a mesma seriedade e finalidade com as quais foram criadas, a persecução penal vai obter o resultado esperado, sem a necessidade de prisão.

A confecção do presente trabalho foi possível através de uma vasta pesquisa bibliográfica, embasada em referências doutrinárias e jurisprudenciais que referenciam o tema, bem como, histórico do Processo Penal Cautelar; abordagens

referentes aos elementos norteadores dos princípios, direitos e garantias constitucionais; prisão cautelar processual em flagrante; mudanças da prisão preventiva, que passa a ser uma medida de exceção; requisitos exigidos pelo art. 318, do CPP, para o cumprimento da Lei nº 12.403/2011; análise dos fundamentos e aplicação da prisão temporária e a mitigação e/ou suavização das prisões temporárias através da liberdade provisória e por fim a alternativa utilizada pelos juízes que passam a valer-se de medidas cautelares alternativas. Os métodos histórico e dedutivo também foram utilizados de forma a ampliar o tema.

2 PROCESSO PENAL CAUTELAR

Antes das mudanças feitas pela Lei nº 12.403/11, o Código de Processo Penal não oferecia quase nenhuma alternativa de cautela que pudesse recair sobre o indivíduo. Com as mudanças, o magistrado pode utilizar de outras medidas diversas da prisão, para assegurar o resultado que visa ser obtido com o processo.

2.1 Prisão Pena e Prisão Cautelar – Diferenciação

Prisão nada mais é que do que a privação de liberdade do indivíduo. O art. 5º inciso LXI, da Constituição Federal, traz o conceito de prisão, que é toda privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

A Lei nº 12.403/11 que alterou a atual redação do art. 283 caput, fez uma clara distinção entre a “prisão pena” da “prisão processual penal”.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Prisão pena, é a que decorre de uma sentença penal condenatória já transitada em julgado, ou seja, trata-se de privação de liberdade. Para executar a pena imposta na sentença, é necessário que o devido processo legal tenha respeitado todas as garantias e direitos do cidadão.

Prisão cautelar, é aquela prisão que não decorre da imposição de pena, tem como finalidade assegurar a eficácia da investigação criminal ou da futura possibilidade de execução da pena, ou impedir que o sujeito pratique novos delitos.

Essa prisão é decretada antes do trânsito em julgado. A prisão processual não pode ser utilizada como forma de antecipação de pena, deve obedecer aos pressupostos do *periculum in mora e do fumus boni iuris*, ou seja, é necessário que exista um risco se a decisão for tomada tardiamente e deve haver fortes indícios da real necessidade de aplicação da prisão para garantir o direito, se houver outra medida cautelar capaz de substituir os efeitos da prisão, esta deve ser aplicada.

Tal prisão se subdivide em quatro modalidades: Flagrante; Prisão Preventiva; Prisão Temporária e Prisão Domiciliar.

Em face da Lei nº 12.403/11 que alterou o *caput* do art. 310, do CPP, grande parte da Doutrina, entende que a prisão em flagrante deixou de ser medida cautelar e passou a ser medida de mera urgência, pois quando o juiz toma conhecimento do flagrante, obrigatoriamente ele tem que relaxar o flagrante, aplicar outra medida cautelar ou aplicar a prisão preventiva.

2.2. Prisões Cautelares: do sistema de 1941 a 2011 – Histórico

O sistema de prisão cautelares no Brasil passou por um processo de progresso até chegar às mudanças introduzidas pela Lei nº 12.403/11.

Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 33), no sistema original a prisão cautelar poderia decorrer de quatro modalidades.

Ainda, segundo o mesmo doutrinador (GOMES FILHO, 2011, p. 33), a primeira modalidade que poderia decorrer a prisão cautelar em decorrência da prisão em flagrante, quando ocorresse dentro de uma das hipóteses legais previstas no art. 302 do CPP e verificada a lavratura do auto de prisão em flagrante, a custódia era de regra automática, salvo nos casos em que a infração fosse apenada somente com multa ou pena de liberdade não superior, a três meses, nesses dois casos o detido podia ser posto em liberdade após a lavratura. Caso se tratasse de infração punida com pena de detenção em quantidade superior a três meses, poderia conceder liberdade mediante fiança, salvo as vedações dos arts. 323 e 324 do CPP. Além disso, nos termos do art. 310 do CPP, o réu poderia ser posto em

liberdade em qualquer caso, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, quando a autoridade judiciária verificasse que o réu praticou o crime nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal (art. 23, I, II e III, depois da reforma de 1984).

A segunda modalidade (GOMES FILHO, 2011, p. 33) a prisão preventiva era obrigatória nos crimes que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos, desde que houvesse prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. A prisão preventiva também poderia ser decretada de forma facultativa, através de um despacho fundamentado se existisse um dos pressupostos do art. 312 do CPP, nos seguintes casos: I - nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no anterior (que tratava da prisão obrigatória); II - nos crimes afiançáveis, quando se apurasse no processo que o indiciado era vadio ou quando houvesse dúvidas sobre a sua identidade, e ele não fornecesse ou indicasse elementos suficientes para esclarecê-la; III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tivesse sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitado em julgado.

A terceira modalidade (GOMES FILHO, 2011, p. 33) que era a pronúncia, implicava necessariamente a custódia do réu, com recomendação na prisão onde se achasse, ou na expedição de ordem para a sua captura, ressalvada a hipótese de crime inafiançável.

A quarta e última modalidade decorria dos efeitos da sentença condenatória recorrível, conforme o magistério de Antônio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 33), a regra era que se na sentença fosse confirmada a disposição que era prevista no art. 594 do CPP, que está revogado, que dizia que o réu não poderia apelar sem que ele recolhesse a prisão ou prestasse fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

2.3 Conceito e Classificação das Medidas Cautelares no Processo Penal

No processo Código de Processo Penal e nas legislações especiais, estão previstas uma grande quantidade de medidas cautelares. O fundamento de

existir essas medidas cautelares é impedir que os efeitos do tempo, impeçam a aplicação da lei penal.

No Processo Penal é possível se dividir as medidas cautelares em três modalidades.

A primeira modalidade trata das medidas cautelares de natureza civil (LIMA, 2011, p. 2), essas medidas estão relacionadas à reparação do dano e a perda de bens como efeito da condenação. O doutrinador Edilson Mougnot Bonfim (2012, p. 337) explica que essas medidas têm por finalidade preservar o patrimônio do réu, que responderá por futuro pagamento indenizatório. Existem três modalidades de medidas assecuratórias: I - sequestro de bens móveis e imóveis; II - hipoteca legal; III - arresto de móveis e imóveis.

Na segunda modalidade estão as medidas cautelares relativas aos meios prova (LIMA, 2011, p. 3), tanto para efeito penal quanto para efeito civil: as medidas cautelares relativas à prova são a busca e apreensão e a produção antecipada da prova testemunhal. Embora o CPP coloque a busca e apreensão no título que versa sobre meios de prova, a natureza dessa medida é de natureza acautelatória, ou seja visa preservar elementos probatórios ou assegurar a reparação do dano.

Já na terceira e última modalidade, encontramos as medidas cautelares de natureza pessoal, as quais recaem sobre o acusado ou indiciado. As medidas de natureza pessoal (LIMA, 2011, p. 3) são aquelas que restringem ou privam a liberdade de locomoção do imputado, durante as investigações ou no curso do processo penal, tendo como objetivo principal assegurar a eficácia do processo. Essas medidas podem ser através da decretação de prisões processuais, interdição de direitos ou restrições processuais.

3 PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Os princípios desenvolvem um papel de grande importância no processo em geral e no âmbito penal não seria diferente, principalmente quando se trata de medidas que restringem direitos da pessoa acusada. Ao aplicar qualquer medida cautelar, o juiz não pode deixar de observar os princípios fundamentais.

3.1 Proporcionalidade

Não existe previsão expressa na Constituição Federal do princípio da proporcionalidade.

Ao tratar do assunto Antônio Magalhães Gomes Filho e outros (2011, p. 25) ensina que:

A proporcionalidade constitui requisito essencial não só para delimitar a atividade legislativa, no que toca à disciplina das restrições a direitos fundamentais, quando a isso autorizado pelo constituinte, mas igualmente serve de critério orientador ao juiz na aplicação de qualquer medida coativa. Sua observância impõe-se em todos os setores do ordenamento em que frequentemente surgem conflitos entre o interesse público e as liberdades individuais, como nos campos administrativo, tributário, penal, etc., indicando a necessidade de ponderação entre os valores envolvidos para que seja legítima a restrição.

Na tentativa de estabelecer critérios mais objetivos na aplicação do princípio da proporcionalidade a doutrina identifica três subprincípios (a) adequação; (b) necessidade; (c) proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação analisa se a restrição imposta é apta a atingir o fim a que se destina. A adequação (LIMA, 2011, p. 30) deve ser aferida num plano qualitativo, quantitativo e também em seu âmbito subjetivo. No plano

qualitativo impões que as medidas sejam qualitativamente aptas a alcançar o fim desejado, no plano quantitativo deve ser analisado se a duração e a intensidade em relação ao fim desejado. No âmbito subjetivo trata da individualização do sujeito que sofre a medida e à proibição de aplicação extensiva.

O segundo subprincípio, o da necessidade, analisa se a restrição imposta é a menos onerosa possível com a mesma eficácia. No processo penal (GOMES FILHO, 2011, p. 27) é com base nesse subprincípio que a lei deve prever outras medidas de restrição, que sejam menos gravosas que a completa privação de liberdade, mas que possam satisfazer igualmente as exigências cautelares.

Por fim o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que analisa ser necessário fazer um balanceamento dos bens em jogo. Deve ser analisado se o ônus imposto ao sujeito é proporcional com o objeto jurídico que se pretende assegurar. No processo penal (LIMA, 2011, p. 33) a ponderação ocorre entre o interesse individual em manter a sua liberdade e o interesse estatal que tem por objetivo tutelar os bens jurídicos protegidos pelas normas penais.

3.2 Devido Processo Legal

O Princípio do devido processo legal (AVENA, 2012, p. 22) está previsto no art. 5º incisos LIV e LV da CF e estabelece que nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio, no qual assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Em suma o objetivo desse princípio é garantir ao acusado a plenitude de defesa.

3.3 Presunção da Inocência ou Não Culpabilidade do Réu

O princípio da inocência foi positivado pela primeira vez no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.08.1789) que dispunha que:

Tout homme étant presume innocent jusqu'à ce qu'il ait été declare coupable; s'il est jugué indispensable de l' arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s' assurer de as personne, doit être seve atrement reprimée par la loi".¹

Tempos depois esse princípio foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (22.05.1948) e no art. 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos (10. 12. 1948), aprovada pela Assembleia das Nações Unidas (ONU).

O princípio da inocência ou da não culpabilidade do réu foi incorporado explicitamente no ordenamento jurídico brasileiro com Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII; nas constituições anteriores esse princípio estava implícito dentro do princípio do devido processo legal, preconizando que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

É importante destacar as palavras de NUCCI (2012, p. 264) ao tratar sobre referido princípio:

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana.

Segundo o processualista Fernando Capez (2012, p. 83) o princípio da presunção da inocência se desdobra em três aspectos distintos:

¹ Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

[...] a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

O primeiro aspecto seria em relação às regras probatórias, no processo penal brasileiro o ônus da prova é do Ministério Público ou do querelante se for ação penal privada porque eles são as partes acusatórias, portanto cabe a acusação provar que o acusado praticou um fato típico (autoria e materialidade). Se provado a autoria e a materialidade, ocorre uma inversão do ônus da prova, pois cabe ao réu provar que agiu em excludente de ilicitude.

O segundo aspecto é em relação a aplicação da sentença, porque que depois de ser colhidas todas as provas, e existir dúvidas em relação a culpabilidade do réu, aplica-se a regra probatória do *in dubio pro reo*. Ensina-nos Edílson Mougnot Bonfim (2012, p. 87) que o princípio do *in dubio pro reo* tem por fundamento a presunção de inocência. Em um Estado de Direito, deve-se privilegiar a liberdade em detrimento da pretensão punitiva.

O terceiro e último aspecto é o mais importante para o nosso estudo, retrata dos direitos e garantias que o acusado tem durante o trâmite do processo. Na sábia lição de Vilela (2005, p. 92) “o principal objetivo do princípio da presunção da inocência é realizar a justiça e proteger os direitos fundamentais, de alguém que pode ser declarado inocente por uma sentença penal irrecorrível.”

3.3.1 Princípio da inocência frente às medidas cautelares e as prisões processuais

Conforme mencionamos anteriormente, o princípio da inocência é de importância fundamental no processo penal, porém não é absoluto, existem outros princípios que também são de fundamental importância como, por exemplo, os princípios relacionados a liberdade e segurança pública dos cidadãos, se fosse o princípio da inocência fosse absoluto não poderíamos nem falar em processo, uma

vez que o estado não poderia nem ao menos investigar alguém, uma vez que todos são presumidamente inocentes.

Ao lembrar Canotilho (2000, p. 103) ressalta que se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal.

A solução de um litígio não pode ser resolvida de forma instantânea, depende de um lapso temporal, para que todas as medidas necessárias sejam realizadas e obtenha um julgamento justo.

Através das medidas cautelares ou da eventual decretação de alguma das prisões processuais é vai ser possível assegurar a prestação jurisdicional, nos casos em que é extremamente necessário que algumas providências urgentes sejam tomadas para que se garanta uma decisão definitiva e eficaz. Através dessas medidas que se busca garantir a aplicação da lei, pois tem como objetivo preservar e manter inalterável qualquer situação ou meio que sejam fundamentais para que a intervenção estatal seja eficaz na solução do conflito. A aplicação dessa tutela jurisdicional não visa realizar o direito pondo fim à lide penal, visa apenas assegurá-lo.

Nesse sentido, a lição de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1):

Com efeito, de nada valeria, por exemplo, uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, se o acusado já tivesse se evadido do distrito da culpa; ou garantir à parte o direito de produzir determinada prova testemunhal se, ao tempo da instrução processual, essa testemunha já estivesse morta. É evidente, pois, que o processo penal precisa dispor de instrumentos e mecanismos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.

Podemos perceber que em alguns momentos vai ocorrer um conflito entre o princípio da presunção da inocência e a eficácia da persecução penal, conforme ressalta DELMANTO (2008, p. 23) o princípio da presunção da inocência tem que ser interpretado de forma adequada sob pena de ser compreendido mal e ter sua eficácia comprometida.

No nosso ordenamento a liberdade é a regra e está consagrada como direito fundamental do indivíduo, e como já dizemos anteriormente como qualquer outro princípio é passível de algumas limitações. Todas (GOMES, 2011, p.43) as

formas de restrições a direitos fundamentais devem ser proporcionais. O princípio da proporcionalidade vai ser o limite dessas restrições.

Luiz Flávio Gomes (2011, p.44) demonstra a importância do princípio da proporcionalidade, com o seguinte argumento:

Qualquer que seja o tipo de prisão ou de medida cautelar, no direito processual penal brasileiro ela está sujeita a todas essas exigências : (a) legalidade, (b) justificação teleológica da medida, (c) autorização ou convalidação judicial, (d) motivação, (e) idoneidade (ou adequação) dada medida, (f) necessidade da medida (intervenção mínima) e (g) proporcionalidade em sentido estrito (ponderabilidade dos bens ou valores envolvidos no conflito).

Podemos concluir nas situações em que forem absolutamente necessárias para a instrução criminal atinja seu objetivo, o juiz pode aplicar de forma proporcional e sempre justificadamente uma cautelar, essa medida tem que ser sempre adequada de acordo com a necessidade de cada caso concreto, porém essa em hipótese alguma pode ter caráter de antecipação de pena.

3.4 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório está assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Esse princípio, segundo Avena (2012, p. 22) garante o direito das partes ser notificadas a respeito dos atos praticados durante o processo, antes de o juiz proferir a sentença, ele deve dar oportunidade para que as partes se manifestem a respeito e produzam as provas necessárias.

A atual corrente majoritária entende não ser necessário assegurar o contraditório na fase de investigações, pois se trata de um procedimento inquisitorial.

4 PRISÃO EM FLAGRANTE

O termo flagrante deriva do latim *flagrare* que significa arder, queimar.

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 177) traz um conceito jurídico da prisão em flagrante:

Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois como mecanismo de autodefesa da própria sociedade.

Ao tratar do assunto Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 70):

A autorização constitucional para a concretização de uma prisão cautelar, sem ordem judicial, decorre da legítima defesa da sociedade, em função da ocorrência delituosa. Não teria sentido algum, diante do gritante fato criminoso, aguardar-se qualquer providência da autoridade judicial, que, ademais, não seria encontrada tão rapidamente quanto demanda a situação.

A prisão em flagrante tem garantia constitucional está prevista no art. 5º LXI da C.F, que consiste na prisão, independentemente de ordem escrita de autoridade judiciária, se trata de um ato de natureza administrativa inicialmente, porque o art. 301 permite que qualquer um do povo poderá e que as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem for encontrado em situação de flagrante delito.

4.1 Natureza Jurídica da Prisão em flagrante

A natureza jurídica da prisão em flagrante é um tema bem divergente na doutrina brasileira.

Antes do advento da Lei nº 12.403/11, posicionamento majoritário era que o sujeito que foi preso em situação de flagrante delito, poderia permanecer preso sob esse fundamento durante todo o processo penal, não era necessário que a autoridade judiciária tomasse outra medida.

Sobre o tema, assim leciona o processualista Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 181):

[...] Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, ainda prevalecia na jurisprudência o entendimento de que a prisão em flagrante era modalidade autônoma de custódia provisória, sendo capaz de justificar, de per si, a manutenção do indivíduo sob cárcere, independentemente de sua conversão em preventiva no momento subsequente à homologação do respectivo auto. Costumava-se citar, como fundamento legal dessa corrente, o preceito do art. 334 do CPP que permite que a fiança seja prestada em qualquer termo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. Como a fiança só podia ser concedida àquele que foi preso em flagrante, e considerando que o art. 334 permite sua prestação em qualquer fase do processo, enquanto não houver o trânsito em julgado da condenação, concluía-se que o indivíduo preso em flagrante podia permanecer preso por conta do flagrante até esse momento.

A nova redação do art. 310 do CPP alterada pela Lei nº 12.403/11, deixou claro que o indivíduo não pode permanecer preso em razão da prisão em flagrante, porque ao receber o auto de prisão em flagrante à autoridade judiciária deverá imediatamente conceder a liberdade, aplicar outra medida cautelar ou decretar a prisão preventiva.

A partir dessas mudanças começou a se discutir na doutrina se a prisão em flagrante ainda era uma medida cautelar ou medida precautelada.

Ainda, a lição de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 182), ao ponderar que:

[...] A prisão em flagrante tem caráter precautelar. Não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precautelar, porquanto não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturando à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar.

O meu entendimento é de que a prisão em flagrante ainda é uma medida cautelar, apesar de divergir de grande parte da doutrina brasileira. É uma medida cautelar porque apesar do curto espaço de tempo que o sujeito fica preso em razão da prisão em flagrante, esse período de tempo não pode ser desconsiderado, em alguns casos o sujeito pode ficar preso até 24 horas, que é o prazo máximo estabelecido pelo art. 306, § 1º, do CPP, para que seja encaminhado o auto de prisão em flagrante ao juiz. Caso o sujeito seja condenado no final do processo, esse período em que ficou preso em flagrante vai ser considerado e detraído da pena final.

4.2 Espécies de Flagrante

O Código de Processo Penal lei autoriza prender em flagrante, em quatro situações que estão estabelecidas no art. 302 do CPP:

Art. 302 do CPP Considera-se em flagrante delito quem:

I- Está cometendo a infração penal;

II- Acaba de cometê-la;

III- É perseguido logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV- É encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O flagrante só será legal se estiver dentro dessas hipóteses estabelecidas pelo art. 302 do CPP, se a prisão em flagrante for enquadrada em qualquer outro tipo de situação que não a estabelecidas nesse rol, o juiz deverá relaxar a prisão conforme está previsto no art. 5º, inciso LXV, da CF.

O flagrante pode ser dividido em três espécies distintas, a primeira é o flagrante próprio, nele se enquadra as situações descritas nos incisos I e II do art. 302 do CPP, que é quando o agente é surpreendido cometendo a infração ou quando acabou de cometer, imediatamente após, encontrando-se no *locus delicti*. Nessa espécie de flagrante não existe nenhum intervalo de tempo.

A segunda espécie é denominada de flagrante impróprio, essa modalidade de flagrante está descrita no inciso III do art. 302, é quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, nesse caso o sujeito já praticou o ilícito penal e tem que haver perseguição, o art. 290 do CPP traz o conceito de perseguição. Se ininterrupta a perseguição, autoriza-se a prisão em flagrante, mesmo se durou horas ou dias, se feita em outra comarca ou outro Estado. É importante ressaltar que não existe o prazo de “24 horas para fugir do flagrante” como pensa grande parte das pessoas.

A terceira e última hipótese é denominada de flagrante presumido que é a situação descrita no art. IV é quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do delito, nesse caso não é necessário que haja perseguição, mas que o seja encontrado logo depois da prática do ilícito.

Existem divergências doutrinárias (MOUGENOT, 2011, p. 69) acerca das expressões “logo após” e “logo depois”, alguns doutrinadores entendem que a expressão “logo depois” permite um elastério maior em relação ao “logo após” do inciso III, outros doutrinadores entendem que as expressões são sinônimas. No meu entendimento a expressão logo após permite um prazo maior de tempo, porque se o legislador não quisesse ter feito essa distinção ele teria usado uma única expressão em ambos os incisos.

4.2.1 Circunstâncias especiais do flagrante

Essa divisão da prisão em flagrante é baseada nas circunstâncias em que a autoridade policial (em regra) efetua a prisão em flagrante, essa classificação pode ser feita em:

4.2.1.1 Flagrante preparado ou provocado

Nesse tipo de flagrante a iniciativa da prática do crime que leva a prisão é da polícia que prepara a cena para prender determinada pessoa. A polícia instiga, provoca para que o agente cometa o ato ilícito. Se o flagrante ocorrer nessas circunstâncias, o STF estabeleceu na súmula 145 entende que não existe crime, quando a preparação pela polícia torna impossível a sua consumação.

Ao tratar dessa circunstância do flagrante Fernando Capez (2012, p.316) ensina que se trata de modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade de produção do resultado.

4.2.1.2 Flagrante esperado

Nesse caso a iniciativa de cometer o ato ilícito é do agente, diferente do que acontece no flagrante preparado quando a iniciativa parte do provocador. A atividade policial apenas alerta, não induz o agente a cometer a infração penal, portanto o flagrante é legal.

Nas palavras de Renato Marcão (2011, p. 80) flagrante esperado é:

Aquele em que a polícia ou o terceiro, em razão de investigações preliminares ou informações anônimas, toma conhecimento prévio de que algum crime irá ocorrer em determinado local, dia e hora, e em razão disso adota providências visando à constatação dos fatos e prisão em flagrante de quem de direito.

Conforme prescreve Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 191) sobre o posicionamento da doutrina e jurisprudência majoritárias acerca da impossibilidade de crime impossível no flagrante esperado:

Isso porque a simples presença de sistemas de vigilância, ou monitoramento por policiais, não tornam o agente absolutamente incapaz de consumir o delito. Ter-se-ia, portanto, ineficácia relativa do meio empregado, e não absoluta, como exige o Código Penal para a caracterização do crime impossível (CP, art. 17, caput).

Essa espécie de flagrante, ocorre, via de regra, nos crimes permanentes. Obtida a informação de que o agente vai praticar ou está praticando um ilícito, a autoridade policial ou seus agentes postam-se estrategicamente e prendem-no momento que pratica os atos de execução. Se ao saber da prática do crime, a polícia, retira a vítima que seria morta ou os objetos que seriam subtraídos, haverá crime impossível que não autoriza o flagrante.

4.2.1.3 Flagrante forjado

Nessa situação de flagrante, alguém, esse alguém pode ser um particular, a autoridade policial ou um de seus agentes, montou provas para que o agente fosse preso. Nesse caso não existe crime, a ação delituosa está na conduta de quem forjou e não na da do suposto autor que foi preso. Quem forjou as provas pode ser responsabilizado por denúncia caluniosa, abuso de autoridade, etc.

4.2.1.4 Flagrante prorrogado, diferido ou retardado

Nesse caso a autoridade policial retarda o momento de decretação da prisão em flagrante para que possa prender mais pessoas.

O processualista Norberto Avena (2012, p. 898) define o flagrante retardado em um faculdade conferida à policia no sentido de retardar a prisão em flagrante, visando a obter maiores informações a respeito da ação dos criminosos.

O flagrante retardado está previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado):

Art. 2º, II, da Lei 9.034/1995 - Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

[...]

II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

De acordo com esse artigo, nas ações praticadas por organizações criminosas ou a ela vinculadas, é possível o retardamento do flagrante sem depender de autorização judicial e ouvido o Ministério Público. O art. 53, inciso II, da Lei nº 11.343 (Lei de Drogas) também prevê a possibilidade do flagrante retardado, porém condiciona sua realização à prévia autorização judicial, depois de ouvido o Ministério Público.

4.3 Flagrante nas Várias Espécies de Crimes

A prisão em flagrante em flagrante, possui algumas peculiaridades em algumas espécies de crime, uma vez que alguns delitos, em face da ação penal para que sejam processados, exige representação (crimes de ação pública condicional) ou mesmo autorização do ofendido (crimes punidos por meio de ação penal privada).

Além disso, há crimes que somente se aperfeiçoam após a reiteração da mesma prática e, dessa forma, podem não autorizar a prisão em flagrante, como no caso dos crimes habituais ou profissionais.

4.3.1 Flagrante no crime permanente

Crime permanente pode ser definido como crime cuja consumação se prorroga, se protraí ou se prolonga no tempo, ou seja, a todo o momento esse crime está se consumando. A título de exemplo, pode ser citado o crime de sequestro, previsto no art. 148 do CP, ou o de extorsão mediante sequestro (art. 158, CP). O flagrante vai ser autorizado sempre, o legislador assegurou isso expressamente no art. 303 do CPP: Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Segundo preleciona Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 195) sobre o assunto usando como base julgado do STJ:

Enquanto não cessar a permanência, o agente encontra-se em situação de flagrância, ensejando, assim, a efetivação de sua prisão em flagrante, independentemente de prévia autorização judicial. Nos exatos termos do art. 303 do CPP, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”, conforme entendeu o STJ, 6ª Turma, HC nº 17.618, Rel. Fernando Gonçalves, j. 25/09/2001, DJU 15/10/2001.

Permite sempre o flagrante (art. 303, CPP). Por isso, dispensa-se o consentimento do morador ou mandado para o ingresso na casa (art. 5º XI, CF).

4.3.2 Flagrante no crime continuado

Nesse crime, as ações que o compõem, por si só constituem crimes. O crime continuado existe por ficção jurídica, ou seja, nele não há, na verdade, apenas um delito, mas vários delitos nas mesmas condições de tempo, modo, lugar, etc. A diferença está na sentença, porque ao proferir a sua decisão, se as penas dos delitos forem idênticas aplica uma só, se forem distintas aplica a pena do crime mais grave, exasperada de um sexto a dois terços em qualquer uma dessas hipóteses, conforme está previsto no art. 71 “caput” do CP. Nessa espécie de crime cabe o flagrante perfeitamente.

4.3.3 Flagrante em crime exaurido²

Para entender esse flagrante é necessário saber que o é crime formal, nesse tipo de delito a lei prevê um resultado, porém não o exige para considerar o crime consumado. Nesse tipo de crime que podemos ter o exaurimento da conduta, porque nos termos da lei o resultado já vai estar consumado, embora possa existir desdobramentos posteriores, mas que não mais alteram o fato típico, nem vão constituir novo ilícito.

O flagrante vai ser perfeitamente possível, se for efetuado no momento de flagrância, ou seja, quando para os fins penais o crime estiver sendo considerado consumado, se for efetuado depois não poderá mais se falar em flagrante, pois vai ser o mero exaurimento da conduta. Para explicar melhor vamos usar como exemplo

² **Crime exaurido:** é aquele que já está consumado nos termos da lei, embora com desdobramentos posteriores, mas que não mais alteram o fato típico, ex: a obtenção de resgate é apenas o exaurimento do crime de extorsão mediante sequestro.

o crime de concussão que está previsto no art. 316 “caput” do Código Penal. Nesse crime para o flagrante ser legal, ele tem que ser efetuado no momento em que o sujeito exige a vantagem indevida, se for feito depois quando o sujeito estiver recebendo essa vantagem vai ser ilegal, pois não vai existir mais o requisito estado de flagrância, pois o crime já se consumou, o recebimento da vantagem é mero exaurimento. Se no tipo penal do artigo 316 “caput” existisse a conduta “receber vantagem” o flagrante seria legal, pois estaríamos diante da situação de flagrante próprio (art. 302, I CPP).

4.3.4 Flagrante em crime habitual

Existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de flagrante em crime habitual. Crime habitual é a reiteração da mesma conduta de forma a constituir um hábito de vida, podemos citar como exemplo o crime de Rufianismo previsto no art. 230 do Código Penal.

O doutrinador Fernando Capez (2012, p. 318) entende que:

Em tese, não cabe prisão em flagrante, pois o crime só se aperfeiçoa com a reiteração da conduta, que não é possível verificar em um ato ou momento isolado. Assim, no instante em que um dos atos componentes da cadeia da habitualidade estiver sendo praticado, não se saberá ao certo se aquele ato era de preparação, execução ou consumação. Daí a impossibilidade do flagrante.

Diverso é o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete (2007, p. 378) que a nosso ver é o correto, pois referido autor dispõe que apesar de tudo, não é incabível a prisão em flagrante em ilícitos habituais se for possível, no ato, comprovar-se a habitualidade.

A possibilidade de decretação da prisão em flagrante em crimes habituais vai depender da análise do caso em concreto, porque, por exemplo, o indivíduo que é flagrado no crime tipificado no “caput” do art. 282, do CP, atendendo vários pacientes, nesse caso caberia a prisão em flagrante.

4.3.5 Flagrante em crime de ação penal privada

O art. 100, “caput” e inciso I, do Código Penal, definem que em regra as ações penais são públicas e, salvo nos casos em que a lei expressamente declarar, as ações poderão ser privadas. As ações privadas são promovidas mediante queixa do ofendido ou de seu representante.

O art. 301, do CPP, que trata da prisão em flagrante, diz que poderá prender em flagrante quem for encontrado em flagrante delito, não fez nenhuma distinção entre crime de ação penal privada e crime de ação penal pública.

No entanto o art. 5º, § 5º, do CPP que disciplina acerca da abertura de inquérito policial dispõe que nesses tipos de crime a autoridade policial, só poderá proceder ao inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-lo, lembrando que o auto de prisão em flagrante, é uma das possibilidades de abertura do inquérito.

Isso não impede que o sujeito que cometeu o delito seja capturado e conduzido coercitivamente por quem decretou o flagrante, porém a lavratura do auto de prisão em flagrante fica condicionada a autorização do ofendido ou de seu representante legal, para que o indivíduo seja preso formalmente, essa autorização e a ratificação do flagrante tem que ser feito em até 24 horas, que é o prazo máximo previsto pelo art. 306 do CPP para a entrega da nota de culpa.

É importante ressaltar que a autorização do flagrante, não substitui a necessidade da vítima ou seu representante legal oferecerem a queixa-crime. Por uma analogia ao art. 46, “caput”, do CPP, o prazo é de cinco dias após os autos chegarem ao juízo, se não for feito dentro desse prazo, o indivíduo vai ter que ser liberado e a vítima vai ter um prazo decadencial de seis meses para oferecer a queixa, contados da data de conhecimento da autoria.

4.3.6 Flagrante em crime de ação penal pública condicionada

O art. 100, § 1º, do Código Penal, discorre que a ação pública é promovida pelo Ministério Público e, em alguns casos, quando a lei exigir depende de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

Assim como ocorre nas ações penais privadas, nas ações penais públicas o flagrante também é perfeitamente possível, entretanto nas ações em que depender de representação do ofendido ou de seu representante legal e nas que dependerem de representação do ministro da justiça, o art. 5º, § 4º, do CPP estabelece que para que proceda a instauração do inquérito é necessária a representação.

Portanto para que o indivíduo se mantenha formalmente preso, a autorização tem que ser dada em até 24 horas, que é o prazo máximo de entrega da nota de culpa.

4.3.7 Flagrante nas infrações penais de menor potencial ofensivo

De acordo com os termos disposto no art. 61, da Lei nº 9.099/95, todas as contravenções penais independentemente da pena imposta e crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos são consideradas ações de menor potencial ofensivo, portanto são de competência do JECRIM.

Pela redação do art. 301, do CPP que diz que “qualquer um do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” dá a entender que somente é possível a prisão em flagrante em crimes, excluindo a possibilidade do flagrante em contravenção penal, conforme Muccio (2003, p.73). O flagrante em contravenções penais sempre foi possível, porém com o advento da Lei nº 9.099/1995, a possibilidade do flagrante ficou bastante reduzida, conforme vamos analisar a seguir.

O art. 69, parágrafo único, da Lei citada dispõe que:

Art. 69, parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Esse termo a que se refere o artigo 69, da Lei nº 9.099/95, é um boletim de ocorrência pormenorizado que será elaborado no lugar do auto de prisão em flagrante, na lição de Teixeira (1998, p. 313).

Segundo disposto nesse artigo não se lavrará o flagrante quando o preso for apresentado ao juízo ou se comprometer a tanto, devido a esse motivo dificilmente alguém é preso em flagrante nos crimes cuja competência é do JECRIM.

4.3.8 Flagrante nos crimes de trânsito com vítimas

O art. 301 do CTB dispõe que “ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela”.

Portanto o motorista que causar um acidente de trânsito e socorrer a vítima, não poderá ser atuado em flagrante, salvo se presente alguma das hipóteses do art. 291, do Código de Trânsito: se o autor estiver praticando racha, dirigindo com velocidade superior a 50 km/h da permitida ou quando estiver embriagado.

4.3.9 Flagrante na lei de drogas

O art. 48, § 2º, da Lei nº 11.343/2006 diz que quando a conduta do individuo for tipificada no art. 28 dessa mesma lei, a competência será do JECRIM,

portanto só terá a prisão em flagrante se o autor não for encaminhado imediatamente ao juízo competente ou não assumir o compromisso de a ele comparecer.

4.4 Apresentação Espontânea do Acusado

Uma das mudanças feitas pela Lei nº 12.403/11, foi a alteração do Capítulo IV do Título X do Código de Processo penal, pois antes dessas modificações, os arts. 317 e 318, do CPP tratavam da prisão em flagrante do acusado que se apresentasse espontaneamente.

O antigo art. 317, do CPP dizia o seguinte: “A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei autorizar.”

Pela redação desse texto de lei, a doutrina e a jurisprudência entendiam que não era possível a decretação da prisão em flagrante, uma vez que a lei dizia claramente que era possível decretação da prisão preventiva, logo era inviável a prisão em flagrante (LIMA, 2011, p. 201).

Com as mudanças, atualmente não existe nenhum dispositivo semelhante no Código de Processo Penal.

O doutrinador Renato Marcão (2011, p. 95), entende que a partir da mudança da lei, a apresentação espontânea do preso à autoridade logo após a prática do crime não impede a lavratura do flagrante, até porque um dos objetivos desta providência cautelar é colher a prova que está ardendo.

Diverso é o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 202) que a meu ver é o correto. Referido autor leciona que:

[...] A apresentação espontânea continua figurando como causa impeditiva da prisão em flagrante continua figurando como causa impeditiva da prisão em flagrante. Afinal, não tem cabimento prender em flagrante o agente que se entrega à polícia, que não o perseguia, e confessa o crime. De mais a mais, quando o agente se apresenta espontaneamente, não haverá

flagrante próprio, impróprio, nem tampouco presumido (CPP, art. 302, incisos I, II, III e IV), desautorizando sua prisão em flagrante.

Esse é o entendimento que tem prevalecido no STJ e no STF (AVENA, 2012, p. 914), interpretando o art. 304 “caput”, do CPP, ao dispor que “apresentando o preso a autoridade competente...”, pressupondo que o sujeito está sendo apresentado por alguém, se pudesse prender quando o sujeito se apresenta espontaneamente a redação desse artigo deveria ser “apresentando-se alguém a autoridade competente...”.

4.5 Sujeitos do Flagrante

O art. 301 do CPP estabelece quem pode ser os sujeitos do flagrante e da leitura do dispositivo pode-se falar em sujeitos ativo e passivo.

4.5.1 Sujeito ativo

O sujeito ativo é aquele que executa a voz de prisão, que flagra e prende o autor do crime, a lei diz que pode ser qualquer um do povo, autoridades policiais e seus agentes. É importante ressaltar que (LIMA, pg. 184, 2011) o particular tem a faculdade de prender quem está em estado de flagrante delito, já as autoridades policiais e seus agentes tem o dever de efetuar a prisão em flagrante.

4.5.2 Sujeito Passivo

O Sujeito passivo do flagrante é aquele que sofre a constrição, ou seja, a pessoa que praticou o delito e é flagrado nessa prática e, assim, pode ser presa

em flagrante delito. E, como regra, toda pessoa pode ser presa, se encontrada numa das situações do art. 302 do CPP. Existem algumas exceções, alguns sujeitos não podem ser presos em flagrante, esses sujeitos são os: menores de dezoito anos que são penalmente inimputáveis, e estão sujeitos as regras do ECA (art. 228 da CF e 27 do CP); os diplomatas estrangeiros, em face de tratado ou convenção internacional (art. 1º, inciso I, do CPP), o Presidente da República (art. 86, § 3º, da CF); o autor de delito de trânsito que socorre a vítima (art. 301, do Código de Trânsito); o autor do delito que se apresenta espontaneamente, independente do prazo.

4.6 Auto de Prisão em Flagrante

Para que a prisão em flagrante seja legal é necessário que seja feita uma formalização dessa prisão, essa formalização é feita através do lavramento de um auto de prisão em flagrante. Se existir algum tipo de irregularidade nesse auto de prisão em flagrante, a autoridade judiciária deve imediatamente relaxar a prisão, conforme previsto no art. 5º, inciso LXV, da CF.

Sobre o tema, Renato Marcão (2011, p. 97) dispõe que:

Embora não se exija a prévia formalização de uma ordem de prisão em flagrante, é necessário, para a validade e legalização do ato, sua formalização com a lavratura do respectivo auto, impondo-se para esse mister estrita observância das regras que seguem tratadas.

As formalidades do auto de prisão em flagrante (LIMA, 2011, p.202 e 203) devem ser observadas, porém se existir alguma ilegalidade, essa só vai atingir a prisão em flagrante, não vai impedir que a autoridade judiciária decrete a prisão preventiva ou que imponha alguma outra medida cautelar diversa da prisão.

De seu turno, Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 2012), ressalta a peculiaridade da lavratura do auto de prisão em flagrante quando o crime for relacionado a drogas:

[...] a lavratura do auto de prisão em flagrante está condicionada à presença de laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste por pessoa idônea (Lei nº 11.343/06, art. 50 § 1º).

O prazo para a lavratura do auto de prisão em flagrante é imediato, assim que o preso for apresentado e ver a regularidade da prisão. Se houver necessidade de realização de algumas diligências, a autoridade terá até 24 horas para concluir o auto, pois conforme previsto no art. 306, §§ 1º e 2º, esse é o prazo máximo para a entrega da nota de culpa.

A nota de culpa é um documento escrito feito ao preso por meio do qual comunica porque o sujeito está preso e quem testemunhou a sua prisão. O preso tem que dar recibo de que recebeu o documento, caso o réu não saiba, não queira ou não possa assinar, duas pessoas tem que testemunhar.

Uma parte da doutrina entende que a falta ou a demora na entrega da nota de culpa não anula a prisão, pois se trata de uma mera irregularidade. Outra parte diverge e entende que a falta ou a demora na entrega da nota de culpa contamina a prisão em flagrante, pois a entrega é da essência do auto, portanto caso isso ocorra entendem que a prisão deve ser relaxada pela autoridade judiciária.

4.7 Autoridades Competentes para a Lavratura do Auto de Prisão em Flagrante

Em regra o auto de prisão em flagrante deve ser feito pela autoridade policial do local da prisão, porém a lei no art. 4º parágrafo único do CPP não exclui a possibilidade de que autoridades administrativas, a quem por a lei seja cometida a mesma função, realizem esse ato.

Um exemplo de exceção a regra de que o flagrante pode ser realizado por outras autoridades é a Súmula 397, do Supremo Tribunal Federal que diz que nas infrações cometidas nas dependências do Congresso Nacional, a mesa da

respectiva casa ou parlamentar previamente indicado no regime interno terá competência para lavrar o flagrante e presidir o inquérito.

O art. 7º, § 2º, do Código de Processo Penal Militar – CPPM, prevê que a competência para lavrar o auto de prisão caso o indivíduo cometa uma infração penal militar prevista no CPPM, a competência será do oficial militar designado para a função de presidente do Inquérito Policial Militar – IPM.

A parte final do art. 307 do CPP permite que o auto de prisão em flagrante possa ser realizado por uma autoridade judiciária nos casos em que o crime ocorreu na presença ou contra a autoridade. Caso isso ocorra por força do art. 252 incisos II, III e IV, o juiz não poderá exercer a jurisdição por impedimento.

4.8 Etapas do Auto de Prisão em Flagrante

Primeiramente a autoridade judiciária deve verificar se existe o estado de flagrância, se constitui fato típico e se não existe uma causa de excludente de antijuricidade evidente. Caso exista uma dessas hipóteses a prisão deve ser relaxada.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXIII, dispõe que o preso deve ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada assistência da família e de advogado.

O art. 5º, inciso LXII, da CF e o art. 306, “caput”, do CPP estabelecem que seja feita a comunicação imediata da prisão e o local onde o preso se encontra para o juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, a Lei nº 12.403/11 que alterou o art. 306 do CPP adicionou mais um requisito obrigatório, que é a comunicação imediata ao Ministério Público.

Outro direito constitucional do preso previsto no art. 5º, inciso LXIV, é que ele tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão.

Depois de informar o preso acerca de seus direitos constitucionais, o condutor deve ser ouvido, esse pode ser tanto um agente público ou um particular,

pois se trata da pessoa que levou o preso até a autoridade policial. Após ouvir o condutor o art. 304, “caput”, do CPP, diz que a autoridade competente deve colher a assinatura dele e lhe entregar uma cópia do termo e recibo da entrega do preso.

Após ouvir o condutor procederá a oitiva de no mínimo duas testemunhas que presenciaram o fato ou não, o condutor pode ser ouvido como testemunha também, não existe nenhum tipo de vedação legal para isso. O art. 304, § 2º, do CPP, dispõe que caso falte testemunhas da infração, isso não impedirá o auto de prisão, sendo assim devem ser providenciadas duas testemunhas que testemunharam a apresentação do preso à autoridade.

A jurisprudência admite que os policiais sejam testemunhas no auto de prisão em flagrante. Um exemplo desse entendimento é o HC 138.655-SP, do STJ, que por sua 5ª Turma, relatora a Ministra Laurita Vaz, publicado no DJU de 28.06.2011, assim se posicionou:

Não se constata qualquer nulidade no auto de prisão em flagrante, ainda que fundamentado apenas nos testemunhos dos policiais encarregados da prisão do Paciente, que são idôneos e estarão sujeitos a posterior ratificação em juízo.

Caso exista vítima poderá proceder a oitiva dessa que também assinará o termo de declarações.

Logo após vem o interrogatório do preso, lembrando que é direito constitucional do mesmo, o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF). Não constitui requisito necessário a presença de um curador, porque o art. 15, do CPP, está derogado, uma vez que a Lei nº 10.792/03 expressamente revogou o art. 194 e “esqueceu-se” do art. 15, CPP.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que no caso de existir algum motivo que impeça que as autoridades policiais realizem o interrogatório do preso, esse motivo não vai tornar o auto de prisão em flagrante ilegal.

Após serem realizadas todas essas etapas a autoridade policial vai lavrar o auto de prisão em flagrante e entregar a nota de culpa e em seguida o preso será encarcerado, observando que o art. 322, do CPP, estabelece que nos crimes

com pena de até quatro anos o próprio delegado pode arbitrar a fiança e, sendo exibida pelo preso ou por alguém, aquele será posto em liberdade.

Conforme dizemos anteriormente a autoridade judiciária e o Ministério Público devem ser comunicados imediatamente, essa comunicação deve ser feita com uma cópia do auto de prisão em flagrante, os motivos para essa comunicação é que o flagrante é a única prisão que não é decretada pelo juiz e hoje o Estado tem que ter controle de toda e qualquer prisão.

A Lei nº 12.403/11 alterou o art. 310, do CPP. A nova redação diz que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: relaxar a prisão ilegal; ou converter em prisão preventiva quando presentes os requisitos dessa e se a aplicação de alguma outra medida cautelar diferente da prisão for insuficiente; ou por fim como última alternativa conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Por fim o art. 306, § 1º, “fine”, estabelece que caso o acusado não informe o nome de seu advogado, uma cópia integral do auto de prisão em flagrante deve ser encaminhada a Defensoria Pública.

5 PRISÃO PREVENTIVA

Prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária durante o inquérito policial ou ação penal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que forem preenchidos os requisitos legais e estiverem presentes os motivos ensejadores.

Ao tratar do assunto Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 225) conceitua prisão preventiva:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

Com o advento da Lei nº 12.403/11, que introduziu um rol de outras medidas cautelares diversas da prisão, sempre que for possível a decretação de alguma das medidas cautelares descritas no art. 282 do CPP, não será decretada a prisão preventiva. Em decorrência do princípio da inocência do réu, a regra no nosso ordenamento jurídico é a liberdade, porém existem situações que admitem exceções a essa regra, só que em virtude desse princípio a autoridade judiciária deve sempre preferir a medida que satisfaça a pretensão punitiva do estado e tenha a mínima interferência no direito de liberdade do réu.

Por se tratar de uma prisão processual de natureza cautelar não pode constituir em uma antecipação de pena ao indivíduo, portanto quando a autoridade judiciária competente for decretar a preventiva tem que demonstrar o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) que são os indícios suficientes de autoria e a prova da existência do crime e o *periculum in mora* (perigo na demora), que pode ser para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia de aplicação da lei penal, garantia da ordem econômica, ou descumprimento da medida cautelar imposta.

5.1 Espécies de Prisão Preventiva

Antes das mudanças introduzidas pela Lei nº 12.403/11 (OLIVEIRA, 2012, p. 543) o nosso ordenamento jurídico só previa a possibilidade de decretação da prisão preventiva nos casos expressamente arrolados no art. 313, do CPP e desde que presentes as circunstâncias de fato do art. 312, do CPP. Com as atuais reformas, atualmente é possível a decretação da prisão preventiva, independentemente das situações arroladas no art. 313, do CPP. A nova redação do art. 282, § 4º, do CPP permite que o magistrado decrete a prisão preventiva para de garantir o cumprimento de outra medida cautelar diversa da prisão.

Se a prisão preventiva for decretada por conveniência da instrução criminal, chama-se instrumental. Quando o motivo ensejador da prisão for o asseguramento da aplicação da lei penal, trata-se de providência cautelar final.

Considerando as mudanças trazidas pela Lei nº 12.403/11, temos as seguintes espécies de prisão preventiva:

a) Prisão preventiva genuína, autônoma ou por decretação: aquela decretada durante o inquérito policial ou ação penal, quando o indiciado ou acusado encontra-se em liberdade, observando os arts. 311/316 do CPP

b) Prisão preventiva por conversão ou convertida: decorre da conversão da prisão em flagrante, desde que forem insuficientes ou inadequadas a aplicação de outras medidas cautelares, devem ser observados os arts. 310 inciso II e 312 do CPP

c) Prisão preventiva substitutiva ou por substituição: é a prisão ordenada como consequência do descumprimento das obrigações impostas pelo juiz quando da concessão de medidas cautelares pessoais alternativas à prisão, observando se os arts. 282 §4º e 312 caput e parágrafo único do CPP.

5.2 Momento para Decretação

A atual redação do art. 311, do CPP, diz que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal.

Antes da Lei nº 12.403/11, a redação do citado art. 311, dizia que o juiz poderia decretar a prisão preventiva em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, portanto antes das mudanças o juiz só poderia decretar se já existisse um inquérito policial instaurado, a nova lei ampliou a possibilidade no tocante ao momento do juiz decretar a prisão preventiva, uma vez que não é necessário a existência de um inquérito policial.

Segundo preleciona Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 227):

[...] Não é obrigatória a existência de inquérito policial em andamento para a decretação da prisão preventiva, mas sim que haja uma investigação preliminar que demonstre a imprescindibilidade da prisão preventiva do investigado para melhor apuração do fato delituoso.

Outra questão que vem sido discutida na doutrina brasileira (AVENA, 2012, p. 921), é a possibilidade de decretar a prisão preventiva do investigado, no caso de o Ministério Público já ter analisado o inquérito policial, e ao invés de oferecer a denúncia, requisitou diligências complementares. Nessa situação a doutrina se divide em duas correntes.

A primeira corrente, atualmente a majoritária, segundo Norberto Avena (2012, p. 922), defende que se já existem os pressupostos necessários que são a prova de materialidade do crime e os indícios de autoria, o Ministério Público já possui esses elementos essenciais, em tese não existe motivos para não oferecer a denúncia, pois ambas as medidas requerem a presença desses elementos.

O doutrinador Rogério Sanches Cunha (2011, p. 140) entende que:

[...] É que tanto para a decretação da prisão preventiva como para a oferta da denúncia, se exigem os mesmos requisitos, que são a certeza da ocorrência do crime e indícios de sua autoria. Ora, se presentes os

requisitos que justificaram a decretação da preventiva, eles se prestam, também, a impor a oferta de denúncia pela acusação.

Diverso é o entendimento do doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 228). Referido autor leciona que:

Se presente os requisitos legais do art. 312 do CPP, a prisão preventiva deve ser decretada. Porém, após a decretação da preventiva, caso subsista a necessidade de realização de diligência imprescindível para a formação da *opinio delicti*, os autos podem retornar à autoridade policial. No entanto, o prazo total para a conclusão do processo, que começa a contar a partir da prisão, estará correndo, o que pode dar ensejo a eventual excesso de prazo, autorizando o relaxamento da prisão.

Essa segunda corrente (AVENA, 2012, p.922) entende que o Código de Processo Penal, admite a prisão preventiva no curso das investigações criminais se existirem os requisitos necessários para sua decretação. Logo, sob essa ótica, se formos pensar no caso em que o juiz decreta a prisão do acusado, pelo risco de sua fuga do distrito de culpa, ainda assim em alguns casos é necessário a realização de algumas diligências complementares.

5.3 Legitimidade para Decretar

O art. 5º inciso LXI da C.F estabelece claramente que somente autoridade judiciária competente que pode decretar prisão preventiva.

As divergências são em relação às formas através das quais o magistrado chegou a essa decisão. Antes das reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/11, segundo Norberto Avena (2012, p. 923) o art. 311, do CPP, previa claramente a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva *ex officio* tanto na fase do inquérito quanto no curso da instrução criminal, como podemos ver através do HC 98.968/SC do STF:

A prisão preventiva pode ser decretada, de ofício, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução do processo (CPP, s ter sido art. 311). Não há pois ilegalidade consubstanciada na circunstância de a prisão dos pacientes ter sido decretada de ofício, sem a oitiva do Ministério Público. (STF, HC 98.968/SC, 2ª T., rel. Min. Eros Grau, j. 4-8-2009, Dje n. 200, de 23-10-2009)

Porém com a nova redação do art. 311 e do § 2º do art. 282, surgiram divergências, notadamente em relação ao ato de ofício no curso das investigações. Para tanto convém analisar a situação frente a cada das espécies de prisão preventiva.

Na prisão preventiva autônoma, a redação do art. 311 do CPP, não deixou dúvidas de que o juiz só poderá decretar a prisão preventiva de ofício se for no curso do processo, pois quanto mais longe o magistrado estiver da fase de instrução, maior é a proteção do sistema acusatório, pois o juiz se mantém imparcial.

Na segunda espécie, a prisão preventiva por conversão uma grande parte da doutrina (FRANCHITO, 2012, s.p.) entende que nos casos em que não houver representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, é possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva *ex officio*. Esses doutrinadores utilizam como fundamento o art. 310, do CPP, que diz que o juiz deverá fundamentadamente converter a prisão em flagrante em preventiva se presentes os requisitos dessa. Para quem adota esse entendimento argumenta que não existe no código nenhum tipo de vedação expressa ou instrução mais detalhada de como deve ser feita a conversão.

Ademais o juiz não estaria piorando a situação do indiciado, pois esse já se encontra preso em regular auto de prisão em flagrante, e Ministério Público já foi comunicado e se manifestou sobre esse auto de prisão em flagrante, portanto o contraditório em tese já foi estabelecido. Antes das reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/11, isso já era possível, a única mudança é que agora o juiz deve fazer isso fundamentadamente.

Outro argumento dessa corrente que entende que é possível a conversão do flagrante em preventiva de ofício, é que se isso não for possível, também não vai ser possível a aplicação de nenhuma outra medida cautelar, já que essas também restringem o direito de liberdade do réu, dessa forma o juiz diante da inércia do Ministério Público ou das autoridades policiais, só teria como opção

conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança conforme previsto no art. 310 inciso III do CPP.

Na prática, o que tem prevalecido até mesmo por uma questão de celeridade, é abrir vistas ao Ministério Público a fim de que ele se manifeste previamente nos autos da prisão em flagrante (MARCÃO, 2011, P. 126) e, se estiverem presentes os requisitos legais, o Ministério Público pode requerer a prisão em flagrante, quando os autos voltarem conclusos ao juiz este pode decidir se converte ou não em prisão.

A parte da doutrina que entende que não é possível a conversão da preventiva de ofício pelo juiz, porque mesmo que exista o auto de prisão em flagrante ainda não existe uma ação penal, portanto essa possibilidade estaria violando a norma estabelecida no art. 311 do CPP que diz que o juiz só pode decretar de ofício a prisão preventiva no curso da ação penal.

O outro argumento é que essa vedação do juiz para a conversão da prisão preventiva de ofício estaria preservando o contraditório, pois quando mais afastado o juiz estiver das investigações criminais, mais imparcial ele vai ser.

Na terceira e última espécie a prisão preventiva por substituição, nesse caso se a substituição ocorrer durante o curso da ação penal, não há dúvida de que é possível a conversão de ofício, conforme dispõe o art. 311 do CPP.

Agora se estiver durante as investigações criminais, uma parte da doutrina entende que não é possível, pois estaria violando o art. 311 do CPP.

Outra parte entende que é possível, invocando o art. 282, § 4º que diz que no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente de acusação ou do querelante poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou em último caso, decretar a prisão preventiva. Nesse caso o juiz já atendeu a representação ou requerimento, portanto agora pode agir de ofício.

5.4 Legitimados para Postular

Por determinação expressa do art. 311 do CPP, no curso das investigações criminais a autoridade policial poderá representar ao juiz e o Ministério Público poderá requerer. O Ministério Público, também poderá requerer a decretação da preventiva no curso da ação, pois ele é parte. Além do Ministério Público, durante a ação penal o querelante e o assistente de acusação também podem requerer ao magistrado a decretação da prisão preventiva.

5.5 Pressupostos Para a Decretação da Prisão Preventiva: *Fumus Comissi Delicti*

Os dois pressupostos para a decretação da prisão preventiva estão estabelecidos na parte final do art. 312 do Código de Processo Penal.

Esses pressupostos são:

a) Prova de existência do crime (prova da materialidade delitiva). O artigo fala em “prova da existência do crime”, exige-se um juízo de certeza, não se admite a decretação da prisão preventiva, quando houver mera suspeita da ocorrência do delito.

b) Indício de autoria: Os indícios devem ser suficientes a formar a convicção do magistrado de que existe uma enorme probabilidade que foi o acusado o autor do delito, embora não haja certeza disso. Ao tratar do assunto Edilson Mougnot Bonfim (2011, p. 83) prescreve que:

Os indícios suficientes de autoria constituem elementos idôneos, convincentes, capazes de criar no espírito do juiz a convicção provisória de que o imputado é o autor da infração. A suficiência do indício é aferida caso a caso, segundo o prudente arbítrio do magistrado.

Esses dois pressupostos devem coexistir, sem eles o juiz não poderá decretar a prisão preventiva.

5.6 Fundamentos Para a Decretação Da Prisão Preventiva: “*Periculum In Mora*”

São quatro fundamentos que autorizam o magistrado a decretar a prisão preventiva, diferente dos pressupostos, não é necessária a presença concomitante de todos os requisitos, pode ser decretada a partir da presença de um requisito.

São fundamentos:

a) Garantia da ordem pública: essa expressão recebe diversas críticas na doutrina e jurisprudência, em virtude de seu significado ser muito amplo e vago.

A posição que predomina na doutrina e jurisprudência brasileira, é que a expressão garantia da ordem pública deve ser entendida como um risco considerável de que o acusado volte a delinquir caso permaneça em liberdade.

Segundo preleciona Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 237):

No caso de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, faz-se um juízo de periculosidade do agente (e não de culpabilidade), que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social.

O estado de comoção social e a gravidade do fato, por si só não justificam a decretação de uma prisão cautelar, esse é o entendimento que tem prevalecido nos tribunais. Nesse sentido: “A gravidade do delito, por si só, não é razão suficiente para autorizar a custódia cautelar” (STJ – HC 29.888-SP. Relatora Ministra Laurita Vaz).

b) Garantia da Ordem Econômica: Esse pressuposto foi acrescentado pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste – art. 86).

Ao tratar de assunto, Renato Brasileiro de Lima, (2011, p. 242) preleciona que:

O conceito de garantia da ordem econômica assemelha-se ao de garantia da ordem pública, porém relacionado a crimes contra a ordem econômica, ou seja, possibilita a prisão do agente caso haja risco de reinteração delituosa em relação a infrações penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. (CF, art. 173,§4º).

Muitos doutrinadores entendem que esse requisito já está englobado na “garantia da ordem pública”, seria apenas um pouco mais específico.

c) Conveniência da Instrução Criminal: Decreta-se a prisão preventiva com o objetivo de impedir a perturbação ou empecilhos à produção de provas. É o caso, por exemplo, de quando o acusado está ameaçando testemunhas, forjando, destruindo ou ocultando provas, não comparece em audiências ou interrogatórios,, etc.

Para que a prisão preventiva do acusado, deve ser necessário a segregação do agente para o bom andamento da instrução criminal.

Conforme prescreve Norberto Avena (2012, p. 929):

A despeito da terminologia empregada no dispositivo, essa medida não pode ser decretada apenas por se revelar proveitosa ou vantajosa à instrução, como sugere a interpretação literal da palavra “conveniência”. É preciso, com efeito, que haja uma conotação de imprescindibilidade da segregação do agente para que a instrução criminal se desenvolva regularmente. Neste ponto, aliás poderia o legislador ter aproveitado o ensejo das reformas determinadas pela L. 12. 403/2011 para modificar a semântica do art. 312, alterando o motivo da prisão preventiva de conveniência da instrução criminal para exigência da instrução criminal, pois, afinal de contas, é isto o que se impõe, e não um mero juízo de utilidade da prisão para o processo.

Se o motivo ensejador da prisão preventiva for esse, quando a instrução criminal for encerrada, o agente deve ser posto em liberdade, em face do que dispõe os artigos 316, c.c. 282§5º, CPP.

d) Asseguramento da Aplicação da Lei Penal: A prisão preventiva vai ser decretada com base nessa circunstância, quando elementos concretos

demonstrarem que o acusado pretende deixar o distrito da culpa, impedindo o cumprimento da pena, caso futuramente o acusado seja condenado.

É importante destacar as palavras de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 244):

Os tribunais têm analisado essa intenção de se subtrair à aplicação da lei penal com certo temperamento. Assim, uma ausência momentânea, seja para evitar a prisão em flagrante, seja para evitar uma prisão decretada arbitrariamente, não caracteriza a hipótese de garantia da aplicação da lei penal. Além disso, não pode justificar uma ordem de prisão a fuga posterior à sua decretação, cuja validade se contesta em juízo: do contrário, seria impor ao acusado, para questioná-lo, o ônus de submeter-se à prisão processual que entende ser ilegal ou abusiva.

Em virtude do princípio da presunção de inocência do réu, deve estar cumpridamente demonstrada a intenção do agente em frustrar a possível futura aplicação da pena, não basta mera presunção, mormente em face da situação econômica do agente.

5.7 Condições de Admissibilidade da Prisão Preventiva

Presentes os pressupostos e qualquer dos requisitos do art. 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada em relação aos crimes listados no art. 313 do CPP. Segundo o art. 312 do CPP a prisão preventiva somente poderá ser decretada nas seguintes hipóteses:

a) Crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (art. 313, I, do CPP): A antiga redação desse artigo, estabelecia que “seria admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I – punidos com reclusão”, antes das mudanças não importava a pena máxima cominada o crime, o único requisito era que o crime fosse punido com reclusão. Pela atual redação desse artigo não importa mais se o crime é punido com reclusão ou detenção, os atuais requisitos são:

I - a ocorrência de um crime, por esse requisito já exclui a possibilidade de decretação de prisão preventiva em razão da prática de contravenção.

II – o crime deve ser doloso, não cabe prisão preventiva para crimes culposos

III – o crime deve ser punido com pena privativa de liberdade, e a pena máxima cominada deve ser superior a quatro anos.

É importante dizer que existem algumas exceções, em algumas hipóteses o magistrado poderá decretar a prisão preventiva sem preencher esses requisitos, são nos casos de:

1ª) Crime de Quadrilha ou bando (art. 288, CP) e Crime de Sequestro ou Cárcere Privado (art. 148, CP): nesses dois casos a pena máxima cominada não é superior a 4 anos, porém a Lei nº 7.960/89, lei da prisão temporária, em seus arts. 1º, III, “b” e “l” e 2º, §7º, portanto se é possível a decretação da prisão temporária para esses crimes, vai ser possível a conversão em preventiva se for necessário, essa regra tem como fundamento o Princípio da Efetividade.

2ª) Nos casos de concurso de crimes (formal, material ou continuidade delitiva): se a somatória das penas ultrapassarem 4 anos, poderá ser decretada a prisão preventiva.

3ª) Presença de Qualificadora: poderá ser decretada a prisão preventiva se a presença de qualificadora do crime tornar a pena máxima superior a 4 anos.

4ª) Art. 20, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06): o juiz pode decretar a prisão preventiva, para garantir a efetividade das medidas assecuratórias da mulher.

Questão divergente na doutrina brasileira é se no caso de prisão preventiva por conversão (art. 310, II, CPP) ou por substituição (art. 282, § 4º, CPP), deverá ser observado o patamar da pena máxima em 4 anos.

O doutrinador Fernando Capez (2012, p. 335 e 336) entende que:

Mesmo fora do rol dos crimes que autorizam a prisão preventiva, o juiz poderá converter o flagrante em prisão preventiva, desde que existente um dos motivos previstos na lei: (1) necessidade de garantir a ordem pública ou

econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal + (2) insuficiência de qualquer outra medida cautelar para garantia do processo. É que a lei, ao tratar da conversão do flagrante em preventiva, não menciona que o delito deva ter pena máxima superior a quatro anos, nem se refere a qualquer outra exigência prevista no art. 313, II, do Código de Processo Penal, para que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva [...] O tratamento foi distinto, tendo em vista a diversidade das situações. Na preventiva convertida, há um agente preso em flagrante e o juiz estaria obrigado a soltá-lo, mesmo diante de uma situação de periculum in mora, porque o crime imputado não se encontra dentro das hipóteses autorizadoras da prisão. Seria uma liberdade provisória obrigatória a quem provavelmente frustrará os fins do processo.

Os adeptos dessa corrente entendem que o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante ele pode converter em prisão preventiva desde que presentes um dos motivos do art. 312 do CPP, isto porque o art. 310, inciso II, CPP, prevê de forma expressa que ao receber o auto de prisão em flagrante o juiz poderá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, esse artigo não faz menção aos requisitos do art. 313, CPP.

O doutrinador Fernando Capez (2012, p. 335) também entende que:

Na prisão preventiva por substituição também basta a presença dos requisitos constantes no art. 312 do Estatuto Processual e que nenhuma outra medida menos gravosa seja suficiente para assegurar os fins do processo criminal ou da investigação policial

Norberto Avena (2012, p. 947) discorda em relação à possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva sem a presença das hipóteses do art. 313 do CPP. Referido autor leciona que:

[...] No que tange à prisão preventiva subsequente ao flagrante, pensamos de forma diversa, ou seja, no sentido de que é necessária a observância das hipóteses do art. 313, a fim de evitar conferir tratamentos diferenciados a situações jurídicas assemelhadas.

[...] Logo, para evitar paradoxo jurídico de conferir soluções jurídicas distintas a situações fáticas idênticas é que reputamos necessário considerar, para efeito de conversão do flagrante em preventiva, que se atente aos critérios do art. 313 do CPP.

Referido autor (AVENA, 2012, p. 947) ao defender a seu entendimento cita como exemplo que os indivíduos “A” e “B”, ambos primários cometeram o crime

de furto simples, que é punido com 1 a 4 anos de reclusão, suponha que “A” conseguir evitar a prisão em flagrante, fugindo do local, e “B” como não conseguiu fugir foi preso em flagrante. Nesse caso, o “A” seria beneficiado com a sua fuga, pois ele só poderia ser preso preventivamente se estiver presentes os requisitos do artigo 313, CPP, diferentemente do que poderia ocorrer com o “B”, que poderia ter seu flagrante convertido em preventiva, se entenderem que seria possível à conversão da prisão em flagrante, sem a presença dos requisitos.

No tocante a decretação da prisão preventiva decorrente do descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2011, p.252), entende de forma diversa. Referido autor leciona que:

Mesmo diante do descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força das medidas cautelares do art. 319, a decretação da prisão preventiva só poderá ser decretada se preenchido um dos requisitos elencados nos incisos ou no parágrafo único do art. 313 do CPP.

b) Se o autor tiver sido condenado por crime doloso com sentença definitiva transitada em julgado, ressalvando o disposto no art. 64, I, do Código Penal.

Nota-se que não importa se o crime é punido com reclusão ou detenção. Importa apenas, se o acusado é reincidente ou não em crime doloso, salvo o caso de prescrição da reincidência ou fluência do período depurador, de acordo com o art. 64, inciso I, do Código Penal.

Para que a prisão preventiva seja decretada, não é necessário verificar se o crime atual tem a pena máxima cominada superior a 4 (quatro) anos.

c) Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Essa modalidade de prisão preventiva, pressupõe que o autor já esteja cumprindo medida protetiva, e a prisão preventiva tem que se verificar necessária para garantir o cumprimento dessa.

Embora a lei silencie, não cabe para crimes culposos, pois estes não estariam ao abrigo da Lei de proteção à mulher.

d) Dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento. A prisão preventiva só poderá ser decretada com base nesse fundamento, depois de esgotadas as medidas para identificá-lo. Após ser feito a identificação o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade. O réu tem direito ao silêncio, porém não tem o direito de mentir sua identidade.

5.8 Proibição da Prisão Preventiva

Além de não poder ser decretada a prisão preventiva nos crimes culposos, e nas contravenções penais, o art. 314 do CPP determina que também não pode ser decretada a custódia do agente, se ficar demonstrado que o autor do crime agiu sob qualquer excludente de antijuridicidade.

Não teria sentido decretar a prisão preventiva do sujeito, se a lei determina que, nessa situação, o acusado seja absolvido (arts. 386, VI; 397, I e 415, IV, CPP).

A doutrina majoritária entende que se o réu agiu sob qualquer excludente de culpabilidade, por analogia ao art. 314, também não é possível a decretação da prisão preventiva, isto porque nessa situação a lei também determina a absolvição do acusado, conforme arts. 386, VI; 397, II e 415, IV, CPP.

Devemos ressaltar que isso não é aplicado à excludente de culpabilidade relativa à inimputabilidade por doença mental, porque apesar de ser isento de pena, é possível a aplicação de medida de segurança (art. 397, inciso II, CPP), a não ser que se trate de crime doloso contra a vida, onde a absolvição inclusive sumária é possível para o inimputável, caso seja a única tese defensiva, vale dizer, se a defesa do acusado postular sua absolvição sumária (art. 415, par. único, CPP).

4.9 Necessidade de Decisão Fundamentada

Nos termos do art. 315 do CPP “a decisão que decretar, substituir, ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentada.” Essa necessidade de fundamentação está consagrada no art. 93, inciso IX, da CF, como regra geral para todas as decisões judiciais e no art. 5º, inciso LXI, para as prisões cautelares.

Em face do princípio da presunção da inocência, o magistrado não pode determinar a prisão preventiva do acusado, deve ser baseada em fatos concretos, que justifiquem a necessidade.

Conforme ensina Marcelo Agamenon Goes de Souza (2004, p. 117):

O juiz ao decretar a prisão preventiva deve, necessariamente, fundamentar o seu despacho, isto é fazer um apanhado de plano do constante nos autos e deixar, de maneira mais clara possível demonstradas as razões que, no seu entender, geraram fundadas suspeitas da culpabilidade do indiciado, além de, obrigatoriamente, deixar evidenciadas, afora a existência dos requisitos já mencionados, as causas da necessidade da medida.

Existem divergências doutrinárias em relação a adoção ou não da fundamentação *per relationem*. O processualista Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 287) conceitua como:

Fundamentação *per relationem* é aquela em que a autoridade judiciária adota como fundamento de sua decisão as alegações contidas na representação da autoridade policial ou no requerimento do órgão do Ministério Público, do querelante ou do assistente.

Em relação a decisão *per relationem*, entende-se que é legal, desde que a representação do delegado ou o requerimento do Ministério Público sejam bem fundamentados contendo os motivos de fato e de direito que ensejam a medida, não é necessário que o magistrado, ao usar os mesmo argumentos, tenha que fazer suas as expressões daqueles.

4.10 Revogação e Redecretação

Nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

A prisão preventiva por se tratar de uma medida excepcional, só deve persistir, enquanto for necessária e indicada. Se no decorrer do processo aparecerem novas provas, ou se os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva não existirem mais, o juiz pode revogar a prisão preventiva do acusado, porém o magistrado poderá a qualquer momento redecretar a prisão se reaparecerem os motivos ensejadores.

4.11 Prazo de Duração da Prisão Preventiva

O legislador não estabeleceu nenhum prazo de duração da prisão preventiva, porém doutrina e jurisprudência tem entendido que esse prazo deve ser monitorado pelo princípio da razoabilidade em relação à duração do processo. Existe uma única exceção, o art. 8º da Lei nº 9.034/95, que se trata da lei de crimes praticados por organizações criminosas, que estabelece um prazo de 81 (oitenta e um) dias para encerrar a instrução criminal, quando o acusado estiver preso. Muitos são os casos no Brasil, em que o sujeito fica preso por muito tempo, devido as condições precárias da Justiça brasileira.

Esse excesso de tempo preso preventivamente pode caracterizar constrangimento ilegal, salvo se o excesso de prazo for provocado pela própria defesa, de acordo com a súmula 64 do STJ.

6 PRISÃO DOMICILIAR

Essa modalidade de prisão foi introduzida pela Lei nº 12.403/11, e está prevista nos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal. Nos termos do art. 317 do CPP “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.

Ao conceituar a Prisão Domiciliar, Renato Marcão (2011, p. 179) leciona que:

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.

Só vai poder falar em prisão domiciliar, se houver prisão preventiva decretada, uma vez que aquela é substitutiva desta. É importante dizer que não é necessário que o agente esteja preso preventivamente.

A prisão domiciliar poderá ser requerida durante as investigações policiais por requerimento do indiciado, representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Se for durante a instrução penal, poderá ser por provocação de qualquer das partes ou *ex officio*.

Somente a autoridade judiciária poderá substituir a prisão preventiva que decretou pela prisão domiciliar, e desde que os requisitos exigidos pelo art. 318 estejam devidamente comprovados, por provas idôneas.

Os requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP são:

I – agente maior de 80 (oitenta) anos. Ao estabelecer esse requisito o legislador utilizou-se unicamente o critério cronológico.

II – agente extremamente debilitado por motivo de doença grave. Se o estabelecimento prisional tiver condições de dar tratamento ao preso, não há porque substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

III – agente que seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência. Nesse caso é necessário demonstrar que a criança ou o deficiente dependa do preso, pois ele deve ser imprescindível aos cuidados dela, não é necessário que essa pessoa seja filho do preso.

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Para que o juiz conceda o benefício com base nesse requisito, também é necessário que o estabelecimento prisional não ofereça condições condignas para o período de gestação.

A prisão domiciliar prevista no Código de Processo Penal, não pode ser confundida com a medida prevista no art. 117 da Lei de Execuções Penais.

Ao tratar do assunto o processualista Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 350) ensina que:

Como se vê, enquanto os arts. 317 e 318 do CPP cuidam da substituição da prisão preventiva, espécie de prisão cautelar, pela prisão domiciliar, a prisão albergue domiciliar prevista no art. 117 da LEP funciona como modalidade de prisão aberta, ou seja, hipótese de cumprimento de prisão penal de regime aberto em residência domiciliar.

A prisão domiciliar se trata de uma modalidade de prisão alternativa a prisão preventiva, se o sujeito não preencher os requisitos ele terá a sua prisão preventiva decretada, diferente da prisão domiciliar prevista no art. 117 da LEP que se trata de uma modalidade de prisão, quando o sujeito estiver cumprindo sua pena, vai poder cumprir a pena em residência domiciliar.

7 PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária, também tem natureza jurídica de prisão processual, essa prisão foi criada pela Lei nº 7.960, de 21/12/1989. A Lei nº 12.403/11, não alterou as normas relativas a prisão temporária.

Ao conceituar a Prisão Temporária Hidejalma Muccio (2003, p. 119) leciona que:

Diz-se temporária a prisão provisória (ou prisão sem pena) praticada somente na fase pré processual (inquérito policial), imprescindível para as investigações (esclarecimento da infração penal e colheita dos elementos exigidos para a ação penal – indícios de autoria e prova da materialidade delitiva), dos crimes em lei especificados.

A prisão temporária é uma prisão cautelar, de natureza processual, diferentemente do que ocorre na prisão preventiva o sujeito fica preso por tempo determinado, a lei determina esse tempo, e o objetivo dessa prisão é possibilitar as investigações de crimes graves, e seu âmbito de atuação é somente dentro do inquérito policial.

Trata-se de uma prisão cautelar de natureza processual, tem caráter excepcional, para sua aplicação é necessário que se demonstre o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora*.

7.1 Procedimento

Considerando que a prisão temporária visa possibilitar as investigações, somente poderá ser decretada durante o inquérito policial.

A prisão temporária somente poderá ser decretada pela autoridade judiciária, a teor do art. 2º, “caput”, da Lei nº 7.960/89, em consonância com as disposições previstas nos arts. 5º, LXI, da CF e 2º, parágrafo único, da Lei nº

8.038/90, em face do requerimento da prisão temporária pelo Ministério Público (art. 2º, “caput”, da Lei nº 7.960/89). A autoridade policial pode representar, porém, antes de decidir o juiz deve ouvir o Ministério Público (art. 2º, parágrafo único, Lei nº 7.960/89). O querelante e o assistente de acusação não podem requerer a prisão temporária do investigado, uma vez que a lei não possibilitou, e por ser uma norma que restringe direito essa não pode ser interpretada de forma extensiva, o segundo motivo é que na fase do inquérito policial não existe a figura do querelante e do assistente de acusação.

Ao decretar a prisão temporária do sujeito, deverá ser expedido um mandado de prisão com duas vias, sendo que uma dessas vias ficará com o preso e servirá de nota de culpa. (art. 2º, § 4º, da Lei nº 7.960). O preso temporário tem o direito de ser notificado de seus direitos constitucionais. (art. 2º, § 6º, da Lei nº 7.960/89).

O juiz não pode decretar a prisão temporária *ex officio*, por dois motivos, o primeiro é que a lei não lhe facultou tal possibilidade, e por ser uma medida que vai restringir o direito a liberdade do indivíduo, não pode ser interpretada extensivamente, o segundo motivo é que o juiz, não participa das investigações do inquérito policial e não teria como, de ofício, saber se a prisão de alguém é indispensável para as investigações.

Por força do princípio da obrigatoriedade, o juiz deve fundamentar a sua decisão ao decretar a prisão temporária, sob pena de nulidade (art. 5º, inciso LXI, c.c. art. 93, IX, ambos da CF). O art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.960/89, consagra esse princípio ao dispor que:

O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

Portanto ao decretar a prisão temporária o despacho do juiz deve estar devidamente fundamentado.

7.2 Prazo de Duração

O legislador predefiniu um prazo máximo que sujeito pode ficar preso temporariamente. Segundo o art. 2º, “caput”, da Lei nº 7.960/89, a prisão temporária terá prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Caso se trate de crime hediondo ou assim considerado, o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90, estabelece que o prazo será de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Essa prorrogação (MARCÃO, 2011, p. 203) não acontece de forma automática, para que o prazo da prisão temporária possa ser prorrogado, é necessário que a autoridade policial ou o Ministério Público, façam um pedido expresso ao juiz competente, antes do término do prazo inicialmente fixado, em que fique demonstrado a extrema e comprovada necessidade. É importante dizer que não importa se o requerimento da prisão temporária foi feito pela autoridade policial ou pelo Ministério público, ambos podem requerer pela prorrogação do prazo.

Terminado o prazo inicial, sem prorrogação ou findada esta, o preso deverá ser imediatamente ser posto em liberdade, sem necessidade da expedição de alvará de soltura, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva (art. 2º, § 7º, Lei nº 7.960/89)

7.3 Fundamentos ou Requisitos

Nos termos do art. 1º, da Lei nº 7.960/89, caberá a prisão temporária:

I – Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial.

Nesse caso a prisão temporária só pode ser decretada quando for imprescindível, ou seja, a única forma de colher as provas de materialidade do delito

e dos indícios de autoria. Se for possível conduzir as investigações com o indiciado solto, não será decretada a prisão.

Parte da Doutrina entende que além desse requisito da imprescindibilidade é necessário que já exista um inquérito policial previamente instalado. Neste sentido Renato Marcão (2011, p. 194)

Outra parte da doutrina (LIMA, 2011, p. 305) entende que como o inquérito policial é dispensável para o oferecimento da denúncia, se existir elementos que o habilitem promover a ação penal (art. 39, § 5º, CPP), no caso de decretação da prisão temporária a prévia existência de um inquérito policial, não é indispensável. O que é indispensável é que exista uma investigação preliminar, que demonstre ser necessária a segregação do investigado, para o bom desenvolvimento da investigação.

Uma vez iniciada a ação penal, não é mais possível decretar a prisão temporária, uma vez que o objetivo dessa prisão é zelar pelo bom andamento das investigações, e durante a ação penal o sujeito já é um acusado com indícios de autoria. Se estiverem presentes os requisitos, o juiz pode decretar a prisão preventiva do acusado.

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

A expressão (LIMA, 2011, p. 306) não ter residência fixa deve ser interpretada como a ausência total de um endereço que seja possível localizar o indiciado, o STF tem entendido ser ilegal a decretação da prisão temporária, pelo fato do sujeito viver como morador de rua.

Sem esses dados, tornaria difícil a investigação do crime, justificando a prisão pelo menos até que se esclareça a identidade e residência do acusado.

Segundo o ilustre processualista Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 538):

[...] Dada a natureza eminentemente temporal da justificação, a Lei 12.403/11 haverá que estender seus efeitos “também para a prisão temporária”, no ponto em que ela dispõe, no art. 313, parágrafo único, CPP, que “será também admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos

suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Ora, se, agora, se admite o esgotamento da preventiva (quando decretada em função da ausência de identificação do preso) tão logo ela seja feita (a identificação), não há razão plausível para manter-se a prisão temporária para além do tempo necessário a esse esclarecimento, quando decretada sob tal e idêntica fundamentação (art. 1, II, Lei nº 7.960/89).

Como o fundamento desse inciso é identificar o acusado, não é necessário manter o indivíduo preso por 5 (cinco) dias, se essa identificação já foi realizada.

III – O inciso III da Lei nº 7.960 dispõe que caberá a temporária:

Art. 1º [..]

[...]

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Dessa forma, nos termos desse inciso decreta-se a prisão temporária do suspeito, que em face de prova já produzida, da prática ou participação em qualquer um dos crimes relacionados nesse inciso III.

Nesse inciso, o legislador autorizou a decretação da prisão temporária quando houver fundadas razões, ou seja, a suspeita de autoria do crime autoriza o seu decreto.

7.4 Aplicação dos Requisitos ou Fundamentos

Existem divergências doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicação dos requisitos da prisão temporária. Assim, coexistem, as seguintes:

a) A primeira corrente entende que para a decretação da prisão temporária basta a presença de um dos requisitos.

b) A segunda corrente diz que os requisitos são cumulativos, ou seja, o juiz só poderá decretar a prisão temporária se presente os três requisitos.

c) Os adeptos da terceira corrente defendem que além de estarem presentes os três requisitos de forma cumulativa, deverão concorrer ainda os fundamentos da prisão preventiva.

d) A quarta corrente preleciona que o a presença do requisito III é indispensável, e ele deve estar sempre cumulando com o inciso I ou II.

e) A quinta corrente que atualmente é a mais praticada, diz que é admitida a decretação da prisão temporária, se presentes os requisitos do inciso I ou II, desde que o crime praticado seja um daqueles listados no inciso III ou qualquer crime hediondo ou equiparado, mesmo que não arrolado no inciso III, uma vez que o art. 2º, § 4º a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), deixa clara essa possibilidade, *in verbis*:

A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Analisando esse dispositivo, fica patente a possibilidade de prisão temporária para todos os crimes hediondos ou equiparados.

Veja-se que os crimes hediondos estão elencados no art. 1º, da Lei nº 8.072/90 e no art. 2º, a Lei arrola os delitos equiparados aos hediondos (tortura, terrorismo e tráfico ilícito de drogas).

Pois bem. Dos crimes hediondos e equiparados, a falsificação, adulteração ou adulteração de medicamentos ou substâncias medicinais (art. 273 e §§, CP), a prática de tortura e os demais crimes de drogas definidos nos artigos 34 a 37, da Lei nº 11.343/06, não estão mencionados no inciso III, do art. 1º, da Lei nº 7.960/89, de maneira que, em relação a eles, como entende boa parte da Doutrina, não caberia a prisão temporária. Considerando, entretanto, a disposição do § 4º, do art. 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, não só estaria permitida a prisão temporária para todos os crimes hediondos e equiparados, como o prazo da mesma seria de 30 dias, prorrogável por igual período (e não de 5 dias, como define a Lei nº 7.960/89 – art. 2º).

8 LIBERDADE PROVISÓRIA

A Constituição Federal em seu art. 5º inciso LXVI, dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”

A liberdade provisória nada mais é do que um instituto processual que garante ao indiciado ou acusado o direito de aguardar em liberdade o transcurso do procedimento, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, se descumprida qualquer condição imposta e aceita.

A liberdade provisória foi criada para abrandar a prisão, ela serve para qualquer prisão processual, exceto para a prisão temporária.

Não se confunde liberdade provisória com o relaxamento da prisão em flagrante, pois nesse caso o preso é solto em face do vício formal do auto flagrancial sem imposição de qualquer obrigação.

Ao tratar do assunto Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 381) ensina que:

Antes do advento da Lei nº 12.403/11 a liberdade provisória, com ou sem fiança, funcionava apenas como uma medida de contracautela que substituí a prisão em flagrante (nunca a preventiva e a temporária, com as quais era incompatível), se presentes determinados pressupostos e sob determinadas condições de manutenção da liberdade. Funcionava, pois, tão somente como sucedâneo da prisão em flagrante.

A liberdade provisória pode ser concedida desde a abertura do Inquérito Policial até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, perpassando pela decisão de pronúncia.

8.1 Espécies de Liberdade Provisória

A Doutrina, à luz do que dispõe o Código de Processo Penal, entende que há três espécies de liberdade provisória, sempre levando-se em conta a natureza do delito cometido por aquele que está preso ou na iminência de ser custodiado e, que, assim, poderia se beneficiar do instituto.

8.1.1 Liberdade provisória obrigatória

Ocorre em algumas hipóteses em que a própria lei assegura esse direito, independentemente do pagamento de fiança, esse benefício não pode ser negado ao preso.

Não pode ser negada ao preso, sendo seu direito incondicional nas hipóteses em que a lei assim determina. Se preso em flagrante ou condenado, ele deve imediatamente ser posto em liberdade, nas seguintes situações: 1) infrações a que se livra solto (art. 283, § 1º, do CPP); 2) se praticou uma infração penal de menor potencial ofensivo e foi apresentado ao JECRIM ou se comprometeu a ele comparecer (art. 69, par. único, da Lei nº 9.099/95); 3) Crimes de trânsito com vítima, quando o agente prestar socorro àquela (art. 301, do Código de Trânsito – Lei nº 9.503/97); 4) Porte de drogas para consumo próprio (art. 48, § 2º, da Lei nº 11.343/11), sendo que neste caso a Lei de Drogas inclusive proíbe a custódia daquele que foi flagrado com o entorpecente para seu próprio uso (art. 48, §§ 3º e 4º, da Lei Antidrogas).

8.1.2 Liberdade provisória permitida ou autorizada

A liberdade provisória pode ser concedida nas hipóteses em que lei autorizar soltar quem está preso, ou seja, nas hipóteses em que não couber a prisão preventiva.

O magistrado pode condicionar a liberdade provisória ao cumprimento de obrigações processuais impostas por lei, ou conforme a hipótese, impor o pagamento de fiança e de outras medidas cautelares diversas da prisão. Nesse sentido leciona Norberto Avena (2012, p. 977).

Esse benefício pode ser concedido ao preso em flagrante (art. 310, III, do CPP), ao pronunciado (art. 413, §§ 2º e 3º, do CPP) ou ao condenado (art. 387, § 1º, do CPP; art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90).

8.1.3 Liberdade provisória vedada

Em algumas situações, devido a gravidade do crime, a lei de forma expressa proíbe a concessão da liberdade provisória. É importante ressaltar que apesar da lei proibir a concessão de liberdade provisórias nesses casos, isso não impede o relaxamento da prisão ilegal se for o caso.

Como exemplos, temos os seguintes casos: **1)** art. 7º, da Lei nº 9.034/95 (crime organizado); **2)** art. 3º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); **3)** art. 44, da Lei nº 11.343/06 (Drogas).³

³ Mas há decisões pretorianas admitindo o benefício, sempre levando em conta o delito praticado e a situação pessoal do preso, mormente quando ausentes os motivos da prisão preventiva e porque não subsiste mais a proibição para os crimes hediondos e equiparados (revogado parte do inc. II, do art. 2º, da Lei 8.072/90, pela Lei 11.464/07). O STF entendeu ser inconstitucional a proibição da liberdade provisória do art. 44, da Lei de Drogas (HC 104.339 – 11/05/2012)

8.2 Modalidades de Liberdade Provisória

O ordenamento jurídico brasileiro prevê três modalidades de liberdade provisória, isto é, a forma ou maneira de conceder o benefício àquele que está preso ou sujeito a uma medida cautelar pessoal.

8.2.1 Liberdade provisória sem fiança e sem aplicação de medidas cautelares ou vinculação

Essa modalidade de liberdade provisória ocorre nas mesmas hipóteses da espécie “liberdade provisória obrigatória”, a lei prevê que em determinadas situações (Art. 321 do CPP, art. 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, art. 301 do CTB, e nos crimes de menor potencial ofensivo, e o sujeito compareceu ao JECRIM ou a ele se comprometeu a comparecer) o autor da infração tem mantida ou restituída sua liberdade sem recolher fiança e sem ser imposto nenhum tipo de vinculação.

8.2.2 Liberdade provisória sem fiança, mas com vinculação ou aplicação de medidas cautelares

Nessa modalidade, será concedida a liberdade ao acusado, sem a imposição de nenhum valor, e poderá inclusive ser concedida para crimes infiançáveis. Essa modalidade vai ocorrer em três hipóteses, conforme segue.

A primeira situação é quando fica demonstrado que o preso praticou o fato sob o pálio de qualquer causa excludente de ilicitude (Art. 310, parágrafo único, do CPP).

O artigo 310, parágrafo único, segundo Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 393) utiliza a expressão “o juiz poderá”, porém não se trata de uma faculdade do juiz, mas sim de um direito público subjetivo do réu, pouco importa se o delito cometido é grave ou não, se o preso é primário ou reincidente, se possui bons ou maus antecedentes, se a infração é afiançável ou inafiançável, se estiverem presentes os pressupostos legais, o juiz tem que conceder.

A concessão deve ser precedida de oitiva do Ministério Público e é imposto ao preso a obrigação de comparecer a todos os atos processuais, sob pena de revogação do benefício. Mas caso o beneficiário deixe de comparecer aos atos processuais, mesmo sem justo motivo, o juiz estaria impedido de decretar sua prisão preventiva, em face da vedação prevista no art. 314, do CPP, que diz que em nenhum caso o juiz poderá decretar a prisão preventiva se ficar demonstrado que o sujeito praticou o fato sob a proteção de uma excludente de ilicitude.

Em relação à prova da excludente, não se exige prova plena, mas baseando-se pelas provas até então colhidas, deve existir uma grande probabilidade de o sujeito ser absolvido ao final do processo.

A doutrina entende de forma pacífica que se o preso praticou o fato sob uma causa que exclua a culpabilidade do agente, a autoridade judiciária poderá conceder a liberdade provisória, todavia, a doutrina se divide, quanto ao seu fundamento.

Para uma corrente, o benefício deverá ser concedido com fundamento no art. 321 do CPP, isto é somente se ausentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

A segunda corrente entende que a liberdade provisória será concedida com base no art. 310, parágrafo único, do CPP, dando-lhe uma interpretação mais ampla, pois se o juiz pode absolver sumariamente o acusado se as provas demonstrarem que agiu sob causa excludente de culpabilidade, salvo a inimputabilidade, seria injusto não poder conceder a liberdade provisória condicional.

A segunda situação de concessão da liberdade provisória é quando verificar a inexistência dos motivos que autorizam a prisão preventiva (art. 312, CPP).

Essa concessão, em princípio, deve ser reservada aos delitos inafiançáveis (arts. 323 e 324 do CPP), porque embora não caiba fiança, nada impede que, ausentes os motivos da prisão preventiva, o juiz conceda a liberdade provisória, se o magistrado entender ser necessário ele poderá aplicar qualquer uma das medidas cautelares dispostas nos arts. 319 e 320, CPP.

Aqui também é direito subjetivo do réu e não mera faculdade do juiz, se não existir os fundamentos que autorizam a prisão preventiva, não há motivo para mantê-lo preso.

A terceira situação de concessão de liberdade provisória sem fiança está prevista no art. 350 do CPP, que dispõe que:

Art. 350 - Nos casos em que couber fiança, o juiz verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Nos casos em que o delito é afiançável, e o réu for pobre e não poder exhibir o valor arbitrado, a autoridade judiciária poderá conceder a liberdade provisória sem a exigência da fiança, ficando ele sujeito a algumas condições que são: comparecer a todos os atos processuais, não mudar de residência sem permissão do juiz e não se ausentar da comarca por mais de oito dias sem comunicar a autoridade judiciária. E se for o caso, poderá ser imposto medidas cautelares. Se o beneficiado descumprir alguma das condições, o benefício poderá ser revogado.

8.2.3 Liberdade provisória com fiança e com vinculação e, se for o caso, com aplicação de outras medidas cautelares (Arts. 319, VIII e 322 a 350, CPP)

Não existe previsão expressa (MOUGENOT, 2011, p. 97) de quais crimes são afiançáveis, o que existe na nossa legislação de forma expressa são os casos em que não será possível prestar a fiança e os crimes que são inafiançáveis.

Portanto a possibilidade de concessão de liberdade provisória é feita a *contrario sensu*, pela determinação das hipóteses em que a fiança não é vedada.

8.3 Fiança

Segundo preleciona Renato Marcão (2011, p. 261):

A fiança é uma garantia real que se presta com a finalidade de ter restituída a liberdade de alguém e para que assim permaneça durante o transcurso de investigação policial ou processo criminal relacionados ao delito que se lhe imputa.

Pode ser efetivada mediante pagamento em dinheiro ou entrega de bens e valores.

Num primeiro aspecto, a finalidade da fiança é permitir que o sujeito aguarde as investigações ou o trâmite da ação penal em liberdade, sem que esse perca o vínculo com o distrito de culpa, e compareça a todos os atos processuais, assegurando a execução da pena futura.

Secundariamente, a fiança tem por objetivo o pagamento das custas processuais, satisfação do dano *ex delicto* e da multa, em caso de condenação (art. 336 e parágrafo).

A fiança trata-se de um direito subjetivo constitucional do acusado, previsto no art. 5º, LXVI, CF que, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, pode ser solto e conservar a sua liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O art. 334, CPP dispõe que a fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

Com as mudanças introduzidas pela Lei nº 12.403/11, segundo Renato Brasileiro (2011, p. 405) é possível perceber que há a fiança vinculada a liberdade provisória, que funciona como medida de contracautela, uma vez que é prestada em momento posterior ao da prisão em flagrante, já que ao receber o auto de prisão em

flagrante o juiz fará uma análise acerca do cabimento da liberdade provisória, com o sem fiança. Também existe a fiança que não é apenas uma medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante, é a fiança prevista no art. 319, VIII, CPP, trata-se de uma fiança que pode ser concedida de maneira autônoma, independentemente de prévia prisão em flagrante. Essa fiança pode ser prestada durante o curso da persecução penal, enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória.

A nova redação do art. 322, do CPP, disciplina que a autoridade policial poderá arbitrar fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos. Não importa se o crime é punido com reclusão ou detenção.

Se a autoridade se recusar a arbitrar a fiança, poderá responder por crime de abuso de autoridade. (art. 4º, “e”, Lei nº 4.898/65).

O parágrafo único do art. 322, do CPP, disciplina que nos demais casos, ao juiz compete arbitrar o valor da fiança.

O prazo para o arbitramento da fiança, para a autoridade policial, é logo após a conclusão do auto de prisão em flagrante, e de 48 horas para o juiz. (arts. 304, § 1º e 322, parágrafo único, CPP).

Em caso de recusa ou demora da autoridade policial (LIMA, 2011, p. 407), na hipótese do art. 322 do CPP, nada impede que a autoridade judiciária conceda, com base na permissão prevista no art. 335, do CPP. Portanto, ao invés de impetrar um habeas corpus com fundamento no art. 648, inciso V, CPP, poderá o preso ou alguém por ele, prestar a fiança por simples petição perante o juiz competente, não é necessário a oitiva do Ministério Público. No caso em que a demora ou recusa for do magistrado, apesar de o art. 581, inciso V, de o CPP prever o cabimento de recurso em sentido estrito, a medida mais pertinente será a impetração de *habeas corpus* perante o Tribunal competente.

8.3.1 Modalidades e valor da fiança

Dispõe o art. 330 do CPP que “a fiança consistirá no depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar”.

Portanto, qualquer coisa que tenha valor econômico pode ser dada como fiança.

O Código de Processo Penal estabelece o valor da fiança, os parâmetros fixados levam em conta a pena máxima do delito.

De acordo com o art. 325, inciso I, do CPP, o valor da fiança será de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, se a pena privativa de liberdade máxima cominada ao crime, não for superior a 4 (quatro) anos, se a pena privativa de liberdade máxima cominada ao crime for superior a 4 (quatro) anos, o valor da fiança será entre 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos.

Depois de analisar esses parâmetros, o art. 325, § 1º, do CPP, dispõe que o valor da fiança pode variar de acordo com a situação econômica do preso.

Além de analisar a situação econômica do preso, o art. 326, do CPP estabelece que:

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

O art. 340, do CPP traz a possibilidade de reforço da fiança, quando ocorrer as seguintes situações: I – Quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente; II – quando houver depreciação ou perecimento dos bens dados em garantia; III – quando houver inovação na classificação do delito.

Conforme o magistério de Norberto Avena (2012, p. 989) se esse reforço não vier a ser prestado, a fiança ficará sem efeito, o que implica a restituição

do valor pago, atualizado, sem descontos (art. 337 do CPP). O parágrafo único do art. 340 dispõe que se não houver o reforço da fiança, essa ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, de acordo com a Lei nº 12.403/11, tal recolhimento exige a decretação da prisão preventiva do acusado e esta, na disciplina dos arts. 282, § 6º e 310, inciso II, apenas será viável, se as medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320, forem inadequadas ou insuficientes.

8.3.2 Cabimento da fiança

Uma das mudanças feitas pela Lei nº 12.403/11, foi desvincular a quantidade e natureza de pena como motivo de inafiançabilidade, em consequência disso houve uma diminuição dos crimes inafiançáveis (AVENA, 2012, p. 985). Antes da reforma, só eram afiançáveis as contravenções penais, os crimes punidos com detenção e os delitos púnicos com reclusão cuja pena mínima cominada fosse igual ou inferior a dois anos. Após as mudanças, a atual regra é de que apenas não poderá ser arbitrada fiança nos crimes de racismo (art. 323, inciso I, CPP e art. 5º, inciso XLII, CF); nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins, terrorismo e os definidos como hediondos (art. 5º, inciso XLIII, CF, art. 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos e art. 323, inciso II, do CPP); e nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de direito (art. 5º, inciso XLIV, CF e art. 323, inciso II, do CPP); além desses crimes que levam em conta a natureza e a gravidade da infração, a Lei nº 12.403/11, ao modificar o art. 324, do CPP, trouxe as situações que levam em conta as condições pessoais do agente, e também não será concedida a fiança, que são os indivíduos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328, do CPP; os que se encontrarem sob prisão civil ou militar; e aqueles a que se reconheçam presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

8.3.3 Extinção da fiança

Existem três maneiras distintas, que estão previstas no código penal que podem acarretar na extinção da fiança, são elas: cassação, quebra ou perda.

8.3.3.1 Cassação da fiança

A primeira hipótese que vamos tratar de extinção da fiança é a cassação.

A cassação da fiança poderá ocorrer em qualquer fase da persecução penal nas seguintes hipóteses:

1ª) Quando incabível a fiança, isto é, quando a fiança for indevidamente arbitrada (art. 338 CPP).

2ª) Quando houver nova classificação do delito que o torne inafiançável (art. 339 CPP)

3ª) Quando o afiançado deixar de reforçar a fiança (art. 340, parágrafo único, CPP)

As consequências de uma eventual cassação da fiança é que quem prestou a fiança terá restituído totalmente do valor e o juiz poderá impor outra medida cautelar ou até mesmo decretar a prisão preventiva do acusado (art. 337 do CPP).

O recurso cabível contra a decisão que cassa a fiança é o Recurso em Sentido Estrito (art. 581, V, CPP). Porém, considerando que tal recurso não tem efeito suspensivo, isto é, não impede que o acusado seja preso preventivamente, o melhor remédio será a impetração de um habeas corpus ou requerer ao juiz a liberdade provisória ou a concessão de outra medida cautelar. Se a quebra for decretada por ocasião da sentença de mérito, o recurso cabível será o de apelação (art. 593, § 4º, CPP).

8.3.3.2 Quebra da fiança

A fiança será considerada quebrada quando ocorrer uma das seguintes situações:

1ª) Quando o afiançado descumprir as condições impostas e aceitas (art. 327 e 328, CPP).

2ª) Quando o afiançado incidir em qualquer das hipóteses do art. 341 do CPP.

As consequências da quebra da fiança é de que, quem prestou a fiança terá restituído apenas 50% do valor da fiança ou do bem dado em garantia (art. 343, CPP). E se o juiz julgar ser necessário, ele poderá impor outras medidas cautelares ou, se for o caso, decretar a prisão preventiva. O art. 324, inciso I, CPP, prevê ainda a impossibilidade de conceder nova fiança no mesmo processo.

O recurso cabível contra a decisão que cassa a fiança, é o Recurso em Sentido Estrito (art. 581, inciso VII, CPP), sendo que tal recurso tem efeito suspensivo apenas no tocante à perda da fiança (art. 584, § 3º, CPP), mas não impede a imposição de outra medida cautelar ou a prisão preventiva do acusado, de maneira que nesse caso o melhor remédio será a impetração de um habeas corpus ou também requerer ao juiz a liberdade provisória, com suporte no art. 321, restringindo o recurso à discussão da perda do valor da fiança. Se a quebra for decretada por ocasião da sentença de mérito, o recurso cabível será o recurso de apelação (art. 593, § 4º, CPP). Provido o recurso, a fiança subsistirá em todos os seus efeitos, ou seja, o acusado deve ser posto imediatamente em liberdade, nas mesmas condições estabelecidas anteriormente.

8.3.3.3 Perda da fiança

Haverá a perda da fiança quando o afiançado for definitivamente condenado e, sendo expedido mandado de prisão, ele não é encontrado para ser preso. Não é necessário que ele se apresente a prisão, o que não pode acontecer é ele tentar impedir o cumprimento da pena imposta. (art. 344 CPP)

A consequência da perda da fiança é que quem prestou vai perder o valor total da fiança ou do bem dado em garantia.

No caso da perda da fiança, o art. 345 do CPP determina a dedução das custas e dos encargos a que o acusado estiver obrigado, e o restante será recolhido ao fundo penitenciário, de acordo com que a lei determina.

Contra a decisão que determina a perda da fiança, também cabe o recurso em sentido estrito (art. 581, VII, CPP), com efeito suspensivo em relação ao valor restante (art. 584, caput, CPP). Nesse caso não é cabível a impetração de “habeas corpus”, uma vez que a prisão não decorre da perda da fiança, mas da condenação definitiva. Mas, considerando que, em tese, quem decreta a perda da fiança é o juiz da execução, o recurso cabível seria agravo (art. 197, LEP).

8.3.4 Utilização da fiança

Em caso de condenação do réu, a fiança será utilizada para o pagamento das custas processuais, eventual indenização do dano decorrente do delito, da prestação pecuniária e da multa (art. 347, CPP).

O art. 336, parágrafo único, do CPP, determina que mesmo no caso de prescrição depois da sentença condenatória, a fiança deverá ser utilizada, porém é importante ressaltar que a regra desse artigo somente se aplica à prescrição da pretensão executória.

8.3.5 Restituição da fiança

Há quatro hipóteses em que a fiança será restituída a quem prestou:

a) Quando houver a cassação da fiança, nesse caso a fiança é declarada sem efeito (art. 337 CPP).

b) Quando o acusado for absolvido, nesse caso a fiança será restituída sem que haja dedução no valor e devidamente atualizada, em qualquer fase do processo.

c) Quando ocorrer o arquivamento do inquérito policial

d) Quando ocorrer a extinção anormal da punibilidade, inclusive em face da prescrição da pretensão punitiva. É que o parágrafo único do art. 336 que determina a utilização da fiança, “ainda no caso de prescrição depois da sentença penal condenatória”, somente se aplica à prescrição da pretensão executória, uma vez que após a sentença, podem ocorrer as prescrições chamadas “retroativa” e “intercorrente”, ambas extintivas da pretensão punitiva estatal, casos em que o valor da fiança será restituído a quem exibiu.

9 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A PRISÃO

Durante muito tempo (LIMA, 2011, p. 4), o Código de Processo Penal oferecia apenas duas medidas cautelares de natureza pessoal que eram a prisão cautelar ou liberdade provisória, é importante dizer que, antes do advento da Lei nº 12.403/11, essa medida de contracautela só podia ser concedida ao sujeito que anteriormente foi preso em flagrante, essa falta de opção só trazia prejuízos, tanto para o réu quanto para a sociedade. O réu era prejudicado no seu direito a liberdade, e a sociedade era prejudicada pois nem sempre a prisão era a melhor forma de garantir a eficácia da persecução penal, e os presídios estavam cada vez mais lotados de presos provisórios.

A principal mudança da Lei nº 12.403/11, sem dúvidas nenhuma foi a reformulação do art. 319 do CPP, que introduziu um rol de medidas cautelares pessoais.

Na sábia lição de Renato Marcão (2011, p. 333):

As medidas cautelares diversas da prisão são restrições ou obrigações que podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal, durante a fase de investigação policial, no curso da ação penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com vistas a permitir a aplicação da lei penal; o êxito da investigação ou instrução criminal, bem como evitar a prática de novas infrações penais e o encarceramento cautelar tradicional.

Medidas cautelares pessoais, não são novidade no nosso ordenamento jurídico, uma vez que a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), já previam esse tipo de medida. Com a promulgação da Lei nº 12.403/11 essas medidas passaram a incorporar o código de processo penal.

9.1 Cabimento e Aplicação

As medidas cautelares podem ser aplicadas autonomamente, ou seja, para crimes nos quais não há previsão legal de prisão preventiva ou temporária, ou como medidas substitutivas da prisão preventiva. Somente não podem ser aplicadas às contravenções penais ou crimes aos quais não haja cominação de pena privativa de liberdade.

O art. 282§1º dispõe que o juiz pode aplicar as medidas cautelares isoladas ou cumulativamente, vai depender das circunstâncias e necessidades do caso em concreto.

O art. 283§1º traz como pressuposto indispensável a aplicação de qualquer tipo de medida cautelar que o delito praticado seja cominado a pena privativa de liberdade.

Como se trata de medidas que restringem alguns direitos do indivíduo, somente a autoridade judiciária competente é quem pode aplicar as medidas cautelares.

No processo penal (GOMES FILHO, 2011, p. 18) não existe o “poder de cautela geral do juiz” (CPC, art. 798). Todas as medidas cautelares são típicas, ou seja devem estar previstas em lei. No processo penal, o juiz não tem poderes para lançar mão de medidas não previstas em lei, sob pena de violação do princípio da legalidade.

9.2 Finalidade das Medidas Cautelares Diversas da Prisão

A finalidade das medidas cautelares (REVISTA, p. 40) instituídas pela Lei nº 12.403/11, é atender a necessidade de aplicação da lei penal e para a instrução criminal, constituem-se uma resposta ao lapso de tempo que existe entre o início do processo e a sentença final, e tende a evitar que circunstâncias

supervenientes impossibilitem ou dificultem a execução forçada e tornem inoperante a resolução definitiva. A finalidade principal dessas medidas é garantir uma tutela útil e efetiva, e evitar que novos delitos sejam cometidos.

9.3 Detração

O art. 42 do Código Penal dispõe:

Art. 42, CPP Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

A detração consiste no abatimento da pena privativa de liberdade e na medida de segurança o tempo em que o sujeito ficou preso provisoriamente, administrativamente ou o que ficou internado em qualquer um dos estabelecimentos previstos no art. 41 do Código Penal.

Com a instituição das medidas cautelares diversas da prisão, passou a surgir na doutrina uma discussão acerca da possibilidade de detração o tempo em que o sujeito ficou cumprindo alguma medida cautelar diversa da prisão imposta a ele.

Quanto a possibilidade de detração, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 110) entende que:

É possível utilizar a medida cautelar alternativa para tal efeito se e somente se a pena aplicada for idêntica à cautelar experimentada pelo acusado. Exemplo: aplicada a medida cautelar de proibição de frequentar lugares, por óbvio, há que se operar a detração. Afinal, o réu não deve cumprir duas vezes a mesmíssima restrição. Seria um inadmissível *bis in idem*.

Porém, se a medida cautelar restringe algum direito, como a proibição de manter contato com pessoa determinada, seguindo-se pena privativa de liberdade, em qualquer dos regimes (fechado, semiaberto ou aberto), inexistente palco para a detração. São sanções penais completamente diversas, não se podendo compensá-las.

Por fim, caso a medida cautelar estabelecida pelo magistrado for considerada mais grave que a própria pena, pode-se, também falar em detração, por analogia *in bonam partem*.

O doutrinador Fernando Capez diverge e entende que (2012, p. 337):

A princípio não cabe detração nas medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, como se fossem modalidade de prisão provisória. O CP é claro: só cabe detração da prisão provisória (art. 42), não sendo possível nas providências acautelatórias de natureza diversa. Convém notar que o *caput* do art. 319 do CPP é expresso ao dizer que tais providências são “medidas cautelares diversas da prisão”. Ora, sendo diversas da prisão provisória, com ela não se confundem. Do mesmo modo, o art. 321 do CPP é suficientemente claro: “Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva...”, isto é, quando não for o caso de prisão preventiva, “... o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código”. A redação é clara ao indicar que as medidas cautelares alternativas não constituem espécie de prisão provisória, mas restrições que acompanham a liberdade provisória.

Em relação a medida cautelar de internação provisória, prevista no art. 319, VII, do CPP, o entendimento da doutrina é pacífico no sentido de que deve ocorrer a detração, pois o art. 42 do Código Penal, traz de forma expressa que deve ocorrer a detração quando o sujeito estiver internado.

9.4 Prazo de Duração das Medidas Cautelares Diversas da Prisão

Assim como ocorre na prisão preventiva, ao tratar das medidas cautelares diversas da prisão, o legislador também não estabeleceu um prazo máximo de duração que essas medidas podem incidir na vida do indivíduo.

Por se tratar de medidas que restringem algum direito fundamental do indivíduo, essas medidas não podem durar *ad eternum*. Ao aplicar uma medida cautelar, a autoridade judiciária deve se orientar nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O excesso de prazo se não for justificado pode implicar em constrangimento ilegal do indivíduo. A jurisprudência tem entendido que o excesso

de prazo, não vai necessariamente configurar constrangimento ilegal, pois essa demora pode estar fundamentada no princípio da proporcionalidade.

9.5 Recursos Cabíveis

Não existe nenhuma previsão expressa de qual recurso é cabível contra a decisão que decreta ou não decreta uma medida cautelar diversa da prisão.

Por não existir previsão na lei a doutrina entende que o art. 581, inciso V, CPP, deve ser interpretado extensivamente, esse artigo prevê qual recurso cabível contra a decisão que denega o pedido de decretação da prisão preventiva, portanto por analogia a esse artigo contra a decisão que denega a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, o recurso cabível é o recurso em sentido estrito.

Se a decisão que denegou o pedido de decretação de medida cautelar diversa da prisão, foi resultado de uma representação feita pela autoridade policial, a doutrina entende que nesse caso não existe nenhum recurso cabível, pois a lei não conferiu legitimação para a autoridade policial.

Se for analisar (LIMA, 2011, 54) de um ponto de vista prático e dependendo das circunstâncias do caso concreto, às vezes é mais útil e eficaz que o Ministério Público obtenha novos elementos de informação quanto à autoria e materialidade do delito, e formule um novo pedido a autoridade judiciária. Às vezes a demora no julgamento do recurso em sentido estrito, traria um prejuízo irreparável às investigações.

O legislador também não fez nenhum tipo de previsão de qual recurso seria cabível contra a decisão que acolhe o pedido de decretação de medida cautelar diversa da prisão, e no Código de Processo Penal, também não existe nenhuma previsão em relação a decisão que decreta a prisão preventiva.

O *habeas corpus* seria cabível contra a decisão que decreta a aplicação de medida cautelar restritiva, pois essas medidas também acarretam algum tipo de constrangimento à liberdade de locomoção do indivíduo (LIMA, 2011,

p. 55). O segundo argumento é que as medidas cautelares restritivas só podem ser adotadas em relação à infração penal à qual seja cominada, isolada, ou alternativamente, pena restritiva de liberdade. O terceiro e último argumento é que se o sujeito descumprir injustificadamente alguma das medidas cautelares impostas a ele, o juiz pode converter em prisão preventiva (art. 282, § 4º).

É cabível recurso em sentido estrito (LIMA, 2011, p. 55), com fundamento no art. 581, IV, CPP, se o juiz decretar a imposição de medida cautelar diversa da prisão na decisão da pronúncia. Por sua vez, se a medida restritiva for decretada na sentença condenatória, o recurso cabível nesse caso é o de apelação, *ex vi* do art. 581, inciso I, CPP. Em ambos os casos, é possível que se impetre habeas corpus, por se tratar da medida mais célere.

Segundo leciona Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 56), o *habeas corpus* também é cabível contra a decisão que indefere o pedido de revogação e/ou substituição de medida cautelar restritiva, com fundamento na ausência de justa causa para a coação liberdade de locomoção (art. 648, inciso I).

9.6 Banco de Dados do Conselho Nacional de Justiça (Art. 289-A)

O art. 289-A do CPP foi criado pela Lei nº 12.403/11, que prevê o registro dos mandados de prisão em banco de dados, que será mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ivan Luís Marques (2011, p. 106) leciona que:

A ideia do legislador foi unificar, em um só sistema, todos os mandados de prisão expedidos no país, possibilitando o seu cumprimento por qualquer agente público em qualquer localidade do território nacional, incluindo o território brasileiro por extensão (art. 5º, CP).

O objetivo desse artigo foi facilitar o cumprimento dos mandados de prisão, uma vez que qualquer autoridade policial poderá efetuar a prisão, se existir um mandado de prisão registrado nesse banco de dados.

9.7 Medidas Cautelares Alternativas em Espécie

O art. 319 do Código de Processo Penal, traz um rol de medidas cautelares alternativas a prisão.

9.7.1 Comparecimento periódico em juízo

A primeira medida prevista no art. 319, inciso I, do Código de Processo Penal, consiste no comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.

Essa medida visa manter o indiciado vinculado ao local onde ele cometeu o crime.

Esse tipo de medida já vem sendo utilizada como condição de aquisição dos benefícios de livramento condicional (art. 78, §2º, “c”, CP) e sursis (art. 89, §1º, IV, Lei 9.099/95).

O legislador não estabeleceu a periodicidade que o indiciado deve comparecer em juízo, fica a critério do juiz estabelecer de quanto em quanto tempo o sujeito deve comparecer em juízo.

9.7.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

Essa medida está prevista no art. 319, inciso II, do Código de Processo Penal, essa medida consiste na proibição de acesso ou frequência a determinados

lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações.

Ao tratar do assunto o processualista Edilson Mougenot Bonfim (2011, p. 44) ensina que:

[...] A lei processual veda, a princípio, o acesso a esses lugares, e não apenas que o acusado os frequente. A “frequência” possui, em si uma ideia de reiteração da conduta, habitualidade, passando o acusado a frequentar determinado lugar mais de uma vez. Já o “acesso” é mais limitativo, impedindo que o acusado adentre o estabelecimento, ainda que por uma única vez, durante o prazo de imposição da cautelar.

Essa medida visa evitar que o agente pratique novas infrações penais, está relacionada à garantia da ordem pública e, para não funcionar como castigo, deverá guardar relação com a natureza do delito.

9.7.3. Proibição de contato com determinada pessoa

A terceira espécie de medida cautelar, prevista no art. 319, inciso III, do Código de Processo Penal, consiste na proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

Essa medida prevista nesse inciso, também já tem previsão no artigo 22, inciso III, “a” e “b”, da Lei nº. 11.340/2006 – Lei Maria da Pena.

Porém essa medida trazida pelo Código de Processo Penal, prevê que exista, um Inquérito instaurado ou uma ação penal, uma vez que o legislador se refere ao indiciado ou acusado. Na Lei Maria da Pena, não prevê o Inquérito nem a ação penal.

A proibição pode ser por qualquer meio de comunicação e tem como objetivo (AVENA, 2012, p. 852) proibir que o acusado mantenha contato com pessoa determinada, porém não tem a finalidade de restringir unicamente o contato do indiciado ou acusado com a vítima, essa medida pode alcançar, também, eventuais

corrêus e todas as pessoas que estejam sujeitas a intimidações, no intuito de frustrar ou prejudicar o esclarecimento dos fatos.

A distância mínima que o acusado ou indiciado deve permanecer de deve permanecer de determinada pessoa, vai ser estabelecida pela autoridade judiciária competente, levando sempre em consideração as necessidades de cada caso.

9.7.4 Proibição de ausentar-se da comarca

A medida descrita no art. 319, inciso IV, do Código de Processo Penal, consiste na proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

Essa medida visa garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal, embora a lei condicione à necessidade para a investigação.

O inciso em análise utiliza a expressão “conveniência”, essa expressão deve ser afastada, pois só pode ser decretada uma medida cautelar, em caso de necessidade, pois se tratará de medida restritiva de liberdade de ir e vir.

Consoante enfatiza Norberto Avena (2012, p. 853), caso seja necessário um afastamento temporário ou uma eventual mudança de endereço que impliquem deslocamento para outra comarca deverão ser precedidos de autorização prévia do Juízo competente, e antes da decisão deve ser dado vista para que o Ministério Público se manifeste. Se o sujeito se ausentar sem essa autorização, o juiz poderá aplicar outra medida ou até mesmo substituir por preventiva, conforme disposto no art. 282, § 4º, do CPP.

9.7.5 Recolhimento domiciliar

A medida prevista no art. 319, inciso V, do Código de Processo Penal, trata-se do recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado há ou acusado tenha residência e trabalho fixos.

Para aplicar essa medida cautelar pressupõe a existência de três requisitos básicos, sem os quais a medida em questão não pode ser aplicada (AVENA, 2012, p. 855). Esses requisitos são que o acusado ou indiciado tenha residência fixa, atividade laboral fixa e que ocorra noites sem ocupação laboral e de dias de folgas. A atividade laboral e a residência fixa deverão ser devidamente comprovadas, se não for possível a prova documental, a comprovação pode ser realizada em audiência, na qual poderão ser ouvidos o indiciado/acusado e eventuais testemunhas.

Essa medida não se confunde com a prisão domiciliar de que tratam os arts. 317 e 318 do CPP, pois esta é prisão substitutiva da prisão preventiva, enquanto o recolhimento de que trata o inciso V, do art. 319, é medida cautelar diversa da prisão.

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

Nos termos do art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, a medida cautelar prevista consiste na “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”.

Essa medida visa a garantia da ordem pública ou econômica, uma vez que tende a evitar a prática de novas infrações penais, estando o agente na função ou atividade através da qual cometeu o crime. Para a aplicação de tal medida é

necessário que exista um nexo entre o delito que o agente praticou e a função ou atividade por ele desenvolvida.

Essa medida, conforme Oliveira (2012, p. 507) também poderá ser decretada excepcionalmente, por garantia da instrução criminal, nos casos em houver fundado receio que o agente se utilize de sua função ou atividade para destruir provas.

O dispositivo não prevê a possibilidade de o juiz determinar também a suspensão dos vencimentos, nesse caso, por analogia o que dispões o art. 147 da Lei nº 8.112/90, o juiz deve afastar cautelarmente do exercício do cargo, “sem prejuízo de remuneração”, corolário do princípio da presunção da não culpabilidade.

9.7.7 Internação provisória do acusado

O inciso VII, do art. 319 do Código de Processo Penal, prevê a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reinteração.

A lei fixa três requisitos para a aplicação dessa medida: 1º) prática de crimes com violência ou grave ameaça contra; 2º) conclusão pericial de ser o acusado inimputável ou semi-imputável; 3º) conclusão pericial de que, em face da doença de que é portador, ele tende a reiterar a prática criminosa.

Referida medida (MOUGENOT, 2011, p. 51) tem caráter cautelar e provisório, a sua aplicação não vincula o juiz na apreciação do fato criminoso, o acusado, sendo ele imputável ou semi-imputável, poderá ser absolvido, se entender pela ocorrência de quaisquer das hipóteses do art. 386, do CPP.

Pela forma como está redigido o dispositivo, a medida somente poderá ser aplicada após iniciada a ação penal, uma vez que o inciso VII, diferentemente do que está expresso nos incisos II, III, IV e V e art. 320 (onde a lei menciona investigado – ou investigação e acusado ou instrução), aqui menciona apenas acusado.

No caso de no curso das investigações ser instaurado um incidente de insanidade mental (o art. 149 §1º do CPP prevê essa possibilidade) e o resultado do exame concluir que o investigado é inimputável ou semi-imputável, e o agente se encontra nas condições que ensejam a prisão preventiva, a única alternativa para o juiz é decretar a prisão preventiva, independentemente se o crime foi cometido com violência ou grave ameaça, pois se não for possível adotar, outras medidas cautelares, o juiz deve decretar a prisão, e, ato contínuo convertê-la, em internação (AVENA, 2012, p. 859). Não se trata da internação provisória do art. 319, VII do CPP, pois essa o legislador proibiu na fase das investigações, mas sim a internação imposta desde os tempos da revogação tácita dos arts. 373 a 380 do CPP, por força de construção jurisprudencial, na ausência de outra medida a ser aplicada: analogia aos arts. 150, *caput* e 152 § 1º, do CPP.

9.7.8 Fiança

O art. 319, inciso VIII, do CPP, estabelece como medida cautelar a fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

O Código de Processo Penal e a Constituição Federal (AVENA, 2012, p. 860) afastam a possibilidade de concessão de fiança em relação à algumas infrações penais, nos demais casos todos serão afiançáveis.

Nas hipóteses (AVENA, 2012, p. 861) em que a lei não vedar à fiança, o art. 319, VIII, do CPP estabelece que esta poderá ser concedida para atender uma das seguintes finalidades:

a) Assegurar que o agente compareça a todos os atos do processo: o afiançado deve comparecer a todos os atos do inquérito e da instrução criminal sempre que intimado pela autoridade.

b) Evitar que obstrua o seu andamento: o agente não pode praticar nenhum ato que traga prejuízo ao regular andamento do processo.

c) No caso de resistência injustificada à ordem judicial: tem como objetivo evitar que o agente resista, injustificadamente, a determinações judiciais, as quais, inclusive, poderão ser aquelas que tiverem aplicado outras medidas cautelares.

O doutrinador Renato Marcão (2011, p. 354) ao tratar do assunto ensina que:

É preciso distinguir, portanto, a fiança que está vinculada ao instituto da liberdade provisória, que se segue à prisão em flagrante, da fiança regrada no art. 319, VIII, do CPP, pois, embora ambas estejam moldadas pelos arts. 322 e seguintes, na essência, a aplicação de cada uma tem fundamento de fato e de direito distintos.

Enquanto uma pressupõe, sempre, a existência de prisão em flagrante, a outra não, e poderá ser aplicada até mesmo em relação a quem não tenha sofrido qualquer privação de liberdade.

Concluimos que a fiança prevista no art. 319 inciso VIII do CPP tem uma natureza autônoma, não está rigorosamente ligada à prisão em flagrante.

9.7.9 Monitoração Eletrônica

O art. 319, inciso IX do CPP, prevê como medida cautelar a monitoração eletrônica. Essa medida (LIMA, 2011, p. 368) consiste no uso da telemática e de meios tecnológicos, geralmente é afixado ao corpo do investigado ou acusado, que permite saber se o sujeito se encontra presente ou ausente em determinado local e o período em que ali deva ou não possa estar, as condições de aplicação dessa medida devem ser fixadas pelo juiz.

O objetivo dessa medida se situa, em regra nos mesmos fundamentos da prisão preventiva.

Essa medida foi instituída no nosso ordenamento pela Lei nº 12.258/2010 que alterou a Lei de Execuções Penais, permitindo o monitoramento do condenado em duas hipóteses taxativamente previstas: a) preso no regime semiaberto, beneficiado com saída temporária (arts. 122, parágrafo único, c.c. 146 –

B, II); b) preso no regime aberto, em gozo de prisão domiciliar (arts. 117, c.c. 146 – B, IV, LEP). Mas ao contrário da LEP, o CPP não disciplinou a aplicação da medida e os cuidados que o preso deve ter com o aparelho e seus deveres em relação à monitoração.

9.7.10 Proibição de ausentar-se do país

Essa medida não está prevista no rol do art. 319, do CPP, sendo que a mesma também foi introduzida pela Lei nº 12.403/11 e se encontra prevista no art. 320, do CPP.

O art. 320, do CPP estabelece que “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.”

O STJ entendia ser ilegal o acautelamento do passaporte, pois não existia nenhuma lei que previsse tal medida, agora como a Lei nº 12.430/11 trouxe a previsão expressa acerca da aplicação de tal medida, o STJ deve rever esse entendimento.

10 CONCLUSÃO

De acordo com as considerações expostas, conclui-se que a Lei nº 11.403/11 deu uma nova forma para o processo cautelar brasileiro. Antes das mudanças, a única forma de garantir o resultado do processo era através da decretação de uma prisão cautelar, mas agora o magistrado pode utilizar isolada ou cumulativamente qualquer uma das medidas cautelares previstas no rol do art. 319 do CPP, na tentativa de garantir um resultado justo para o processo.

Dentre os princípios constitucionais, destacamos o princípio da presunção da inocência; de acordo com esse princípio, não é possível culpar alguém, sem que antes ocorra o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF), porém deve ocorrer uma ponderação de valores e nos casos previstos em Lei, é possível que o sujeito venha a sofrer alguma restrição de direito, sem que antes não exista sequer um processo contra ele.

As prisões processuais ainda subsistem quando não for cabível a aplicação de outra medida cautelar ou em caso de descumprimento desta, o juiz poderá determinar a decretação da prisão preventiva.

A prisão em flagrante, como enfatiza parte da Doutrina, deixa de ser medida cautelar e passa a ser mera medida de urgência, prisão temporária ou prisão efêmera, com existência fugaz, por algumas horas ou poucos dias, pois dura somente até que o juiz tome conhecimento da prisão e, obrigatoriamente, tenha que decidir pela sua conversão em prisão preventiva ou aplique outra medida cautelar, como a liberdade. Porém entendemos que a prisão em flagrante, se constitui de uma prisão cautelar, processual, embora de natureza fugaz e transitória, posto que durará apenas até o juiz, analisando-a, relaxe o flagrante (se for ilegal - atendendo ao comando da Constituição Federal - art. 5º, LXV e ao que dispõe o CPP - art. 310, I); converta essa prisão em prisão preventiva ou em outra medida cautelar (art. 310, inciso II, CPP) ou conceda ao preso, a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, inciso III, CPP).

Esse entendimento baseia-se no fato de que o tempo da prisão em flagrante pode ser detraído da pena aplicada quando de seu cumprimento pelo condenado. Somente cabe detração para as prisões provisórias e se o flagrante não fosse uma dessas prisões não caberia o benefício.

A Lei nº 12.403/11 criou a prisão domiciliar que até então não existia no Código de Processo Penal (mas apenas na Lei de Execução Penal – art. 117), tratando-se de uma modalidade de prisão cautelar em regime domiciliar, cuja concessão se encontra condicionada à satisfação dos requisitos determinados no art. 318 do CPP. Entendemos que foi muito importante a criação dessa modalidade de prisão, pois os requisitos exigidos levam em conta a debilidade do sujeito, em um Estado em que a dignidade da pessoa humana tem fundamental importância, é razoável que não tenha que submeter essas pessoas a um ambiente carcerário.

A fiança que antes já existia no nosso ordenamento jurídico, agora ganhou uma nova “roupagem”, uma vez que agora possui natureza jurídica de uma medida cautelar, uma vez que o legislador a introduziu no rol de medidas cautelares (art. 319, CPP); antes da reforma a fiança possuía natureza jurídica de medida de “contracautela”, agora esse instituto passou a ter natureza jurídica de medida cautelar, uma vez que é possível que o magistrado aplique essa medida sem que exista uma prisão temporária decretada contra o sujeito.

Ainda no que tange a fiança a nova Lei apenas tornou infiançáveis os crimes que a Constituição Federal também já considerava insuscetíveis desse benefício (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, CF). Assim, todos os demais crimes, pouco importando a sua gravidade ou a pena cominada, se não estiver no rol do art. 323 do CPP, são afiançáveis.

BIBLIOGRAFIA

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2012, 4 ed.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 98.968/SC**. 2ª Turma. Rel. Eros Grau, j. 04/08/2009, DJE n. 200 de 23/10/2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 17.618/SP**. 6ª Turma. Rel. Fernando Gonçalves, j. 25/09/2001, DJU 15/10/2001.

_____. **Habeas Corpus nº 138.655/SP**. 5ª Turma. Rel. Laurita Vaz, DJ 28/06/2011.

_____. **Habeas Corpus nº 29.888/SP**; 5ª Turma, Rel Laurita Vaz, DJ 04/03/2004.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, 7ed.

_____. **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.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, 4 ed.

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

CUNHA, Rogério Sanches. **Prisão e medidas cautelares: comentário à Lei 12.403/11, de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GERBER, Daniel. **Prisão em flagrante: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, et. al.; FERNANDES, Og (Coord.). **Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar**. Niterói: Editora Impetus, 2011.

MARCÃO, Renato. **Prisões, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas: de acordo com a lei n. 12.403, de 4-5-2011**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MUCCIO, Hidejalma. **Prisão e Liberdade Provisória: teoria e prática**. Jaú: HM Editora, 2003.

NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12. 403/ 2011: O Novo Processo Penal Cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011

REVISTA Síntese. **Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Ago-Set/2013, ano 81.

SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva (Coordenadores). **Inovações à Prisão Preventiva e às Medidas Cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011**. São Paulo: Edições APMP, 2011.

FRANCHITO, Luiz Antonio Felipe. **A impossibilidade de conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3276, 20 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22055>>. Acesso em: 21/10/2013.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 2 ed.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007, 18 ed.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de . **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2012, 16 ed.

TEIXEIRA, Renildo do Carmo. **Teoria, prática e jurisprudência da prisão em Flagrante**. Leme: LED, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, 35 ed.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da Presunção da Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.