

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA SEGUNDO A LEI Nº 12.403/11

DETENTION, PAROLE AND OTHER PERSONAL
CONSTRUCTIVE PREVENTIVE MEASURES ACCORDING
TO ACT 12.403/11

Luís Fernando de Moraes Manzano

Mestre em Direito Processual pela USP, onde se graduou em Direito e Engenharia, especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, bacharel internacional, promotor de Justiça assessor jurídico da Procuradoria-geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, membro do Conselho Curador da Escola Superior do Ministério Público e do Conselho Consultivo da Revista da Escola Superior do Ministério Público, professor de Direito Processual Penal da Pós-graduação da Escola Paulista de Direito e professor assistente de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Resumo

As medidas cautelares pessoais no processo penal foram sensivelmente modificadas pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal. As espécies de prisão processual são prisão temporária e prisão preventiva. A prisão em flagrante delito foi remontada ao caráter puramente administrativo. A possibilidade de imposição de medida cautelar de ofício outorgada ao juiz é inconstitucional, por ofensa ao sistema acusatório. O rol das medidas cautelares pessoais foi ampliado. Os valores da fiança foram significativamente aumentados. Cabe à autoridade policial arbitrar o valor da fiança nos crimes cuja pena máxima não seja superior a quatro anos. O *habeas corpus* é adequado à impugnação de valor de fiança arbitrado em excesso. A prisão preventiva é cabível mesmo fora das hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal, em caso de conversão decorrente do descumprimento de medida cautelar alternativa, e pode ser cumprida em domicílio nas hipóteses previstas pela nova lei.

Palavras-Chave

Processo penal. Medidas cautelares pessoais. Prisão temporária. Prisão preventiva. Liberdade provisória. Fiança.

Abstract

Personal constrictive preventive measures were significantly modified by Act 12.403, enacted in May 4, 2011, which has altered articles of Brazilian Criminal Procedural Statute. Two kinds of judiciary preventive detentions are predicted: temporary detention and preventive detention. Police arrest without judicial warrant has been reallocated to simple administrative act submitted to judicial control. Legal prevision to imposition of personal constrictive preventive measures *ex officio* is unconstitutional due to offense against accusatory system. The number of personal constrictive preventive measures was amplified. Bail values have been increased and can be stipulated by police authority in maximum 4 year punishment crimes. *Habeas corpus* is the adequate remedy to repair excessive bail infliction. Preventive detention is admissible in case of other preventive measures disobedience, and may be assigned as domicile custody.

Keywords

Criminal – prosecution – preventive – measures – detention – parole – arrest – liberty – bail.

Sumário

Introdução. 1. Precedentes. 2. A Resolução 113 do CNJ, de 20 de abril de 2010, e o problema da superlotação carcerária brasileira. 3. A PEC Peluso. 4. Cautelar: conceito. 5. Fundamento constitucional da tutela cautelar. 6. Características da tutela cautelar. 7. Espécies. 8. A atuação do princípio da proporcionalidade em sede cautelar. 9. Momento processual, iniciativa e competência. 10. Medida *inaudita altera parte* e o princípio do contraditório. 11. Natureza jurídica da prisão processual. 12. Espécies de prisão processual. 13. Da prisão em flagrante. 14. Liberdade provisória. 15. Fiança. 16. Da prisão preventiva.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar os principais aspectos da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

O Poder Executivo e o Poder Legislativo buscaram encontrar medidas alternativas à prisão provisória, a partir do diagnóstico alarmante do número vertiginoso de presos provisórios no Brasil e do constatado aumento do manejo da prisão provisória como medida cautelar.

Vários direitos e interesses foram implicados: interesses políticos e econômicos, o direito à liberdade, o direito à segurança pública e à paz social e, até mesmo, o sistema acusatório, que acabou comprometido pela opção legislativa adotada.

É intuitivo perceber que a análise do novo elenco de medidas cautelares pessoais e das reformas pontuais introduzidas pelo novel diploma no capítulo da prisão e da liberdade provisória é de extrema relevância, para que se possa, num futuro próximo, melhor compreender os reflexos das decisões políticas tomadas que, se por um lado contribuíram para a solução de um sério problema carcerário, por outro, certamente, deixaram perigosamente a descoberto outros direitos sociais não menos valiosos.

1. PRECEDENTES

No final de 1999, o ministro José Carlos Dias convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual a apresentar propostas de reforma do CPP, para posterior encaminhamento ao Congresso Nacional. A comissão foi formada pelos seguintes juristas do IBDP: Ada Pellegrini Grinover (presidente), Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stocco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. A Comissão decidiu propor uma reforma tópica, porque a reforma total já havia se mostrado inviável. Os membros da Comissão se encarregaram de propor anteprojetos específicos, com a seguinte distribuição de tarefas:

- 1) Provas ilícitas: Ada Pellegrini Grinover;
- 2) Investigação policial: Antonio Magalhães Gomes Filho;
- 3) Procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória: Petrônio Calmon Filho;
- 4) Prisão, medidas cautelares e liberdade: Antônio Scarance Fernandes e Nilzardo Carneiro Leão;
- 5) Interrogatório do acusado e defesa efetiva: Luiz Flávio Gomes;
- 6) Recursos e ações de impugnação: Sidnei Beneti.

Ao final, a Comissão apresentou sete anteprojetos sobre os respectivos temas, que foram encaminhados ao Congresso Nacional e receberam a seguinte identificação:

- 1) PL 4.203/2001: resultou na Lei 11.689/2008, que dispôs sobre o Júri;
- 2) PL 4.204/2001: resultou na Lei 10.792/2003, que dispôs sobre o interrogatório, e também alterou dispositivos da Lei de Execução Penal;
- 3) PL 4.205/2001: transformou-se na Lei 11.690/2008, que dispôs sobre a prova.
- 4) PL 4.206/2001: referente aos recursos e às ações de impugnação;
- 5) PL 4.207/2001: trata da suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos; foi vetado parcialmente, e o que sobrou resultou na Lei nº 11.719/2008, que dispôs sobre procedimentos;
- 6) PL 4.208/2001: resultou na Lei nº 12.403/2011, cujo estudo é objeto do presente capítulo;
- 7) PL 4.209/2001: relativo à investigação criminal, foi apensado ao PL 4.206, sendo ambos remetidos pela Câmara ao Senado em 27 de fevereiro de 2009.

Como se vê, o CPP já havia sido reformado, com ressalva aos capítulos da investigação criminal e dos recursos, quando o Senado aprovou novo projeto de reforma do CPP, identificado por PLS 156/2009, e o remeteu a Câmara dos Deputados. A grande novidade do Projeto do Senado consistiu na previsão da polêmica figura do “juiz das garantias”.

2. A RESOLUÇÃO 113 DO CNJ, DE 20 DE ABRIL DE 2010, E O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A Resolução 33, de 10 de abril de 2007, do Conselho Nacional de Justiça, instituiu o Sistema Integrado de População Carcerária – SIPC, que reuniu as informações do Poder Judiciário sobre a população carcerária brasileira, com vistas à criação de uma base de dados nacional sobre a população carcerária e à implementação de políticas nacionais penitenciárias que assegurem o mínimo existencial à população carcerária e seus familiares e a reintegração social do condenado.

Posteriormente, o sistema foi aperfeiçoado com a criação do Infopen, no Ministério da Justiça, integrado pelo CNJ, o que levou à edição da Resolução 113, em 20 de abril de 2010, que revogou a Resolução 33.

A criação de um banco de dados nacional para armazenamento de informações relevantes sobre a população carcerária brasileira tornou possível conhecer uma triste realidade nacional.

A votação da Lei nº 12.403/2011 foi apressada quando os meios de comunicação divulgaram a informação de que em 11 Estados brasileiros o número de presos provisórios superava o número de condenados definitivos. De um total de 446 mil presos, 190 mil eram provisórios, ou seja, à data da edição da lei 43% da população carcerária eram presos provisórios. Em Alagoas, por exemplo, 77% da população carcerária eram presos provisórios; no Piauí, 71% eram presos provisó-

rios. E o pior, em diversos casos, o preso provisório estava prestes a cumprir a pena por inteiro, na pendência de apreciação de recurso pelo tribunal. Entre 1990 e 2010, enquanto o número de presos condenados cresceu 278%, o número de presos provisórios aumentou 1.253%.

O problema da superlotação carcerária e da falta de interesse político na construção de novos estabelecimentos penais, aliado à questão de se gastar com o preso, enquanto 20% da população economicamente ativa se encontra desempregada, e esperar que o miserável incorra na prática de crime para só então merecer, atrás das grades, a atenção do Estado, alavancou intenso debate no País.

Havia abuso no emprego da prisão como medida cautelar. Ainda que não se pudesse generalizá-lo, impunha-se a busca de outros meios para se resolver o grave dilema, ao que despontou a ideia de adoção de mecanismos alternativos, à guisa das penas alternativas.

Evidentemente que a adoção de medidas cautelares alternativas à prisão não passou indene de críticas de autorizadas vozes doutrinárias, que as acoimaram de prejudiciais à efetividade do processo penal e, pois, à justiça penal, e de terem promovido indesejável desequilíbrio entre a efetividade e o garantismo.

Mesmo que se reconheça a justa preocupação dos críticos com os valores desprotegidos quando um criminoso perigoso é posto em liberdade, não se pode tampouco desmerecer a intenção do legislador, de resolver o grave e inarredável problema da situação processual dos presos provisórios e a superlotação carcerária brasileira.

3. A PEC PELUSO

Obviamente a solução mais adequada para o problema da superlativa população de presos provisórios no Brasil reclama otimização na tramitação dos processos, sem atropelamento de direitos e garantias conquistadas a duras penas.

Não foi por acaso a positivação do princípio da razoabilidade em nossa Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXXVIII) pela EC 45/04.

Desde 2009, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a prisão, na pendência de apreciação de recursos extraordinário e especial, é provisória, o que também contribuiu para ampliar as estatísticas carcerárias de presos provisórios.

Nesse passo, a iniciativa do ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso é merecedora dos melhores encômios.

A “PEC dos Recursos” acrescenta ao texto constitucional os arts. 105-A e 105-B, com o objetivo de reduzir o número de recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça e dar mais agilidade às execuções judiciais de segunda instância, na medida em que propõe imediata execução das decisões judiciais, logo após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância. Não haverá alteração nas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial,

mas o juízo de prelibação não impedirá o trânsito em julgado da decisão contra a qual se recorre. A PEC acaba com o efeito suspensivo aos recursos, facultando ao ministro relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento.

O texto integral do projeto de emenda constitucional é o seguinte:

Art. 105-A. A admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial não obsta o trânsito em julgado da decisão que os comporte.

Parágrafo único. A nenhum título será concedido efeito suspensivo aos recursos, podendo o Relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento.

Art. 105-B. Cabe recurso ordinário, com efeito devolutivo e suspensivo, no prazo de quinze (15) dias, da decisão que, com ou sem julgamento de mérito, extinga processo de competência originária:

I – de Tribunal local, para o Tribunal Superior competente;

II – de Tribunal Superior, para o Supremo Tribunal Federal.

A mudança constitucional proposta pelo ministro, como presidente do Supremo Tribunal Federal, consiste em outorgar aos recursos constitucionais natureza jurídica de ações rescisórias, para o fim de reconhecer o trânsito em julgado após as decisões proferidas pelos tribunais locais ou regionais, em segunda instância e, assim, possibilitar o imediato cumprimento da pena sem que se possa chamá-la de execução provisória e, portanto, de molde a manter íntegro o princípio da presunção de inocência.

Ao sustentar o projeto, seu autor lembrou que o Brasil é o único país no mundo que tem, na verdade, quatro instâncias recursais, sendo a terceira os tribunais superiores e a quarta, o Supremo Tribunal Federal, e que, na prática, em 92% das causas penais o Supremo Tribunal Federal limita-se a confirmar a decisão do tribunal *a quo*.

Cabe lembrar que a Lei da Ficha Limpa tornou inelegíveis os políticos condenados por um órgão colegiado, entre outros, por crimes eleitorais, sem que se tivesse reconhecido ofensa ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (princípio da presunção de inocência).

4. CAUTELAR: CONCEITO

Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, averbou: “7. Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do Livro III. Empregamos aí a expressão processo cautelar. Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão só como verbo, já em desuso. O projeto adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso direito processual, a função cautelar era distribuída por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes, sob a fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem.”

Convém observar que o Livro III, que trata do processo cautelar, como processo autônomo, prévio, preparatório, preventivo ou concomitante, não foi repetido no Projeto da Reforma do Código de Processo Civil, em trâmite na Câmara dos Deputados, que dispõe sobre a tutela cautelar como espécie de tutela diferenciada. A pretensão pode ser deduzida em qualquer ação de conhecimento, com dispensa de processo autônomo.

Na acepção jurídica moderna, tal qual lhe empresta o aludido projeto, cautelar é, pois, espécie de pretensão ou tutela jurisdicional diferenciada.

Tutela jurisdicional diferenciada, segundo Cândido Rangel Dinamarco, é a “proteção concedida em via jurisdicional mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária”¹. O que varia são os limites postos à profundidade cognitiva e os referentes à dimensão horizontal da cognição.

O Título IX do Livro I do Código de Processo Penal que epigrafava “Da prisão e da liberdade provisória”, passou a “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11.

O novo verbete comporta um adendo e um reparo: por medidas cautelares entenda-se “medidas cautelares pessoais” e a liberdade provisória é uma delas. Mesmo quando concedida sem fiança, ao beneficiado se impõe o compromisso de comparecimento a todos os atos processuais. Por certo o legislador a destacou para manter a tradição da epígrafe anterior, e também, para realçar, entre as medidas cautelares pessoais, a liberdade provisória. Por outro lado, o destaque da prisão se justifica, pois a nova sistemática retirou da prisão em flagrante delito o caráter cautelar, realocando-a como simples ato administrativo. Subsistem apenas duas espécies de prisão cautelar, a prisão temporária e a prisão preventiva. Esta última pode ser decretada sob a forma de prisão domiciliar. Em suma, o tópico trata “da prisão em flagrante delito e das medidas cautelares pessoais”, inclusive – mas não somente – da liberdade provisória. Talvez fosse mais adequado denominá-lo, a exemplo do Código de Processo Penal português, “Das medidas cautelares e de polícia”. Essa opção, contudo, também não seria perfeita, pois o Código de Processo Penal português disciplina, sob a resenha, diversos meios de investigação realizados pela Polícia Judiciária e que dispensam prévia autorização judicial, o que poderia levar ao risco de se confundir os institutos brasileiros e lusitanos.

5. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA TUTELA CAUTELAR

O fundamento constitucional da tutela constitucional repousa no próprio direito de ação, que tem guarida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 738-40.

Há situações fáticas em que a demora na entrega da prestação jurisdicional pode torná-la inócua, pelo que se impõe a outorga do direito de acesso à jurisdição e de obtenção de um provimento jurisdicional adequado à tutela do *jus libertatis* ou do *jus puniendi*, sob pena de ineficácia do amparo jurisdicional tardiamente outorgado e de prejuízo, pois, à efetividade do processo.

De nada adiantaria que a Constituição Federal disponibilizasse às pessoas o direito de recorrer ao Judiciário e reclamar uma tutela jurisdicional a um direito lesado ou ameaçado, se deixasse ensanchar a que a demora na entrega da prestação reclamada compromettesse de modo indelével o direito sacrificado ou em vias de ser violado.

Exatamente por isso Paulo Marcos Rodrigues de Almeida advogou que “paralelamente à tutela jurisdicional comum (destinada à certificação e à satisfação de direitos, em caráter definitivo e em ambiente de intenso contraditório e ampla oportunidade de defesa), a ordem constitucional vigente exige uma modalidade especial de tutela jurisdicional, residual e subsidiária, que se submete à contingência de proteger a mera aparência do direito, sempre que, diante de situações de iminência de dano irreparável, o tempo necessário à investigação probatória exauriente possa ensejar o perecimento do direito ainda apenas suposto”².

6. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar penal pode ser urgente ou não. A medida é de urgência quando concedida a fim de evitar o perecimento do direito punitivo estatal em vista de um risco iminente, a bem da efetividade do processo.

Ocorre que a doutrina reconhece a certos meios de investigação natureza cautelar, como a interceptação telefônica, a busca domiciliar e a indisponibilidade de bens. Nesses casos, porém, o risco de perecimento do direito não decorre propriamente do transcurso do tempo ou do perigo da demora da prestação jurisdicional, senão do conhecimento do investigado acerca da medida, que fatalmente comprometeria a eficácia do meio de obtenção da prova. Logo, o conceito de cautelaridade no processo penal é mais amplo, para abarcar as medidas cautelares de investigação policial.

O Código de Processo Penal português regula, no Capítulo II, do Título I, do Livro VI, as medidas cautelares e de polícia, destinadas a “acautelar a obtenção de meios de prova, que sem elas poderia perder-se, mediante uma tomada imediata de providências pelos órgãos de polícia criminal, mesmo sem prévia autorização da autoridade judiciária competente, e isto pelo carácter urgente das diligências a praticar ou pela natureza perecível dos meios de prova a recolher”³. Cuida-se das

2. ALMEIDA, Paulo Marcos Rodrigues. *Tutela cautelar*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 117.

3. GONÇÁLVES, Manuel Lopes Maia. *Código de processo penal anotado*, 8a ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 435.

medidas cautelares de obtenção da prova que, em nosso direito, não foram objeto da Lei nº 12.403/2011.

As medidas cautelares pessoais tratadas nos arts. 282 a 350 do Código de Processo Penal, com a redação dada pelo novel diploma, não compreendem os meios de investigação, pelo que é lícito lhes assinalar o *periculum in mora* como característica. Tais medidas cautelares, de que tratou a Lei nº 12.403/2011, são:

- 1) preventivas;
- 2) urgentes;
- 3) não satisfativas;
- 4) assecuratórias;
- 5) incidentais ou autônomas;
- 6) provisórias;
- 7) efêmeras;
- 8) instrumentais ou referíveis;
- 9) sumárias;
- 10) reversíveis;
- 11) acessórias; e
- 12) fungíveis.

Preventivas, pois atuam com o objetivo de evitar a ocorrência de dano, em face da ameaça a um direito; urgentes, posto que meramente assecuratórias, na medida em que visam a garantir a eficácia de um provimento principal; incidentais ou autônomas, porque podem ser concedidas incidentalmente, dentro de qualquer inquérito ou processo, na própria comunicação da prisão em flagrante ou mediante representação da Autoridade Policial, requerimento da defesa ou do Ministério Público em procedimento cautelar; provisórias, porque ficarão sem efeito advindo decisão, sentença ou acórdão que as modifiquem ou anulem; efêmeras, na medida em que podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo⁴; instrumentais ou referíveis, posto que vinculadas a um provimento de caráter principal; sumárias, porque são concedidas *inaudita altera parte*, com ou sem audiência de justificação prévia; reversíveis, pois a concessão depende da possibilidade de restituição das coisas ao *status quo ante*, em razão da possibilidade de sua revogação ou modificação⁵; acessórias, porque se prendem à existência de uma ação penal; e, por fim, fungíveis, porque podem ser substituídas ou cumuladas a qualquer tempo, quando se mostrarem excessivas ou insuficientes à segurança do indivíduo ou da sociedade e à efetividade do processo.

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

5. "Art. 282 (...) § 5º. O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem."

7. ESPÉCIES

O Código de Processo Penal italiano distingue duas espécies de medidas cautelares: pessoais (arts. 272 a 315) e reais (arts. 316 a 325). As medidas cautelares pessoais são: proibição de sair do território nacional sem autorização judicial (art. 281), obrigação de se apresentar a Polícia Judiciária em dia e hora determinados pelo juiz (art. 282), obrigação de deixar imediatamente a casa da família e dela se afastar e não retornar sem autorização judicial (art. 282-bis), proibição de se ausentar sem autorização judicial (art. 283), prisão domiciliar (art. 284), prisão cautelar (art. 285) e internação cautelar (art. 286 e 286-bis). As medidas cautelares reais são: arresto (art. 316), caução (art. 319) e sequestro (art. 321).

A Lei nº 12.403/2011 que, entre outras alterações, acrescentou a expressão medidas cautelares ao Título IX do Livro I, a fim de que passasse a constar “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, disciplinou apenas as medidas cautelares pessoais (art. 282 a 350), eis que as medidas cautelares reais continuam regulamentadas nos artigos 125 a 144, no Capítulo VI do Título VI do mesmo livro, que trata “Das medidas assecuratórias”.

São medidas cautelares pessoais (arts. 301 a 320):

- 1) o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- 2) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- 3) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- 4) proibição de ausentar-se da Comarca ou do País quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- 5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- 6) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- 7) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- 8) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- 9) monitoração eletrônica;
- 10) prisão, temporária ou preventiva, podendo, esta última, ser cumprida em domicílio.

São medidas cautelares reais ou medidas assecuratórias (arts. 125 a 144):

- 1) sequestro;
- 2) arresto;
- 3) inscrição da hipoteca.

O comparecimento periódico em juízo, sob a forma de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar as atividades e, também, a proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, já estavam previstas como condições da suspensão condicional da pena (Código Penal, artigo 78, § 2º, b e c), da suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, artigo 89, § 1º, incisos III e IV) e do livramento condicional (Lei nº 7.210/84, artigo 132, § 1º, c).

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares também não é novidade em nosso ordenamento jurídico. A proibição de frequentar determinados lugares é espécie de interdição temporária de direitos que, por sua vez, é espécie de pena restritiva de direitos (Código Penal, artigo 47, inciso IV); também constitui uma das condições da suspensão condicional da pena (Código Penal, artigo 78, § 2º, a), da suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, artigo 89, § 1º, inciso II) e do livramento condicional (Lei 7.210/84, artigo 132, § 2º, c).

A proibição de manter contato com pessoa determinada foi extraída do rol das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, previstas na Lei da Violência Doméstica (Lei nº 11.340/2006, artigo 22, incisos II e III).

O recolhimento domiciliar inspirou-se na prisão albergue domiciliar, admitida ao condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto, quando se tratar de maior de 70 anos, acometido de doença grave, condenada gestante ou com filho menor ou deficiente físico ou mental (Lei nº 7.210/84, artigo 117), e também, na Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98, artigo 8º, inciso V).

A suspensão do exercício de função ou atividade está prevista como espécie de interdição temporária de direitos que, por sua vez, é espécie de pena restritiva de direitos (Constituição Federal, artigo 47, incisos I e II) e, também, na Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98, artigo 8º, incisos II e III).

A internação provisória havia sido expurgada de nosso ordenamento jurídico desde que se firmou nos tribunais superiores o entendimento de seu caráter afliitivo.

Como se vê, algumas das medidas cautelares são previstas na ordem jurídica como penas. As penas e as medidas de segurança constituem espécies de sanção penal. A possibilidade de aplicá-las antes do trânsito em julgado não fere o princípio constitucional da presunção de inocência. Ontologicamente, são essencialmente iguais. Diferem, contudo, em que devem ser cumpridas em estabelecimentos penais distintos, ou em salas separadas dos condenados definitivos e dos internados defi-

nitivos⁶, sob pena de constrangimento ilegal por afronta a dignidade humana e a presunção de inocência, passível de *habeas corpus*.

Algumas das medidas cautelares relacionadas no artigo 319 do Código de Processo Penal são evidentemente inaplicáveis, por absoluta impossibilidade de fiscalização do cumprimento por parte do Estado, a bem do prestígio da Justiça e da efetividade do processo (notadamente a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de se ausentar da comarca e o recolhimento domiciliar).

O mesmo ocorre em relação à internação provisória, nas comarcas e subseções judiciárias em que o Estado não disponha de unidades arquitetônicas distintas para abrigar os internados provisórios.

De igual modo inaplicável a monitoração eletrônica, pois a tecnologia atualmente disponível no mercado tem-se mostrado facilmente burlável, o sistema não é totalmente confiável e, portanto, não deve ser empregado enquanto retardarem os avanços necessários à efetividade da medida, sob pena de descrédito do Estado e da Justiça.

Ao fato de que, nesse momento histórico, várias das medidas cautelares não possam ser aplicadas isoladamente, não segue que a previsão legislativa não tenha significado um importante avanço na tentativa de solucionar o tormentoso problema da superlotação carcerária e da indignidade de prisões provisórias que perduram durante o tempo da pena. Ademais, nada impede que essas medidas sejam impostas cumulativamente com a fiança ou a liberdade provisória, quando cabíveis, caso em que terão escopo educativo, ante a impossibilidade de fiscalização de seu cumprimento.

De qualquer modo, cumpre aos aplicadores do direito o manejo dos novos institutos com ponderação, não sendo concebível a imposição de medidas carecedoras de coercitividade, sob pena de inoperabilidade e descrédito do sistema judicial.

Sem embargo, outras medidas cautelares são bastante inovadoras e, em certos crimes, poderão se mostrar mais adequadas e eficazes que a prisão. Exemplificativamente, já se criticava a previsão legal introduzida pela Lei Antitruste ao art. 312 do Código de Processo Penal, que anteviu a possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica, quando, indiscutivelmente, outras medidas, como a recém-criada suspensão do exercício da atividade de natureza econômica, podem ser mostrar, como se disse, mais adequadas e eficientes à proteção dos direitos implicados.

O que importa mesmo realçar é que a fiança e, pois, a liberdade provisória, perdeu a natureza jurídica de contracautela, eis que passou a ser cautela,

6. "Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes."

ao lado da prisão e das demais medidas cautelares taxativamente elencadas no Código. A natureza jurídica cautelar da fiança já era reconhecida por Eduardo Espínola Filho:

É uma caução, caução real e não garantia pessoal, consistente na entrega de valores (...). Finalidade precípua da fiança é assegurar, ao juízo, a presença do acusado, quando se realizem atos do inquérito, da instrução criminal ou do julgamento, e a imediata sujeição à pena que lhe for, porventura, aplicada (...) Mencionando-se caução, acentua-se o aspecto de garantia real, afastada a possibilidade da pessoal ou fidejussória. Nem mesmo há falar em fiança pessoal, na hipótese do art. 350⁷.

Por fim, a prisão domiciliar consiste em recolhimento do indiciado ou acusado a sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (artigo 317). Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for maior de 80 anos ou extremamente debilitado por motivo de doença grave, ou quando for imprescindível aos cuidados especiais de menor de seis anos ou com deficiência, ou ainda quando se tratar de gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco (artigo 318, incisos I a IV). A nova previsão legal foi sensível à dignidade da pessoa humana.

A prisão domiciliar e o recolhimento domiciliar são espécies de medidas cautelares, mas não se confundem. No recolhimento domiciliar, o investigado ou acusado é obrigado a se recolher ao domicílio somente no período noturno e nos dias de folga. Diferentemente, na prisão domiciliar, o indiciado ou acusado deve permanecer recolhido ao domicílio permanentemente.

8. A ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SEDE CAUTELAR

As medidas cautelares sujeitam-se à satisfação de determinados requisitos (pressupostos e condições).

Os pressupostos da tutela cautelar são: (a) a iminência de dano irreparável ou de difícil reparação; e (b) a plausibilidade do afirmado direito sob ameaça.

As condições podem estar previstas em lei conforme a espécie de medida cautelar.

Além disso, a medida cautelar, para ser deferida, deve se mostrar exigível, adequada e proporcional em sentido estrito. “Será exigível a medida quando não possa o juiz encontrar outra que proteja de forma tão eficaz o interesse periclitante ofendendo tão minimamente o interesse contraposto; será adequada quando conferir a segurança que dela se espera; e será proporcional em sentido estrito quan-

7. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*, vol. 3. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 484-90.

do o benefício por ela proporcionado ao requerente superar o dano causado ao requerido”⁸.

O artigo 282 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11 traduziu a incidência do postulado da proporcionalidade apenas no binômio necessidade e adequação, sem menção à proporcionalidade em sentido estrito. A despeito da falta de menção expressa, nenhuma dúvida subsiste quando à indispensável observância desse último elemento.

Assim, a aplicação das medidas de segurança sujeita-se à verificação da satisfação dos pressupostos e das condições, e também, ao manejo do postulado da proporcionalidade, que, ao seu turno, impõe a observância:

1) da exigência, que decorre da necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

2) da adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado; e também,

3) da proporcionalidade em sentido estrito.

Tais elementos são concorrentes. É dizer, todos eles devem estar satisfeitos, pois integram de modo indissociável o postulado da proporcionalidade. Constituem, por assim dizer, a própria essência do juízo de ponderação, cuja observância a lei impõe para aplicação das medidas cautelares, sem prejuízo da verificação da satisfação dos requisitos legais.

Haverá necessidade para aplicação da lei penal quando presente o risco à efetividade do processo, verificado por circunstâncias concretas no caso presente, ou de situações pretéritas, ocorridas em inquéritos ou processos judiciais. A falta de residência ou domicílio fixo ou comprovado, a tentativa de fuga do indiciado ou acusado do estabelecimento penal em que se encontra, o fato de o autor ter praticado o crime em local diverso do da residência, ou, ao contrário, ter se evadido do distrito da culpa, a existência de outro processo suspenso por força do artigo 366 do Código de Processo Penal, ou a revogação de benefícios como o da suspensão do processo ou da pena concedidos em outros processos penais prestam-se à verificação da necessidade de imposição da medida constritiva.

Haverá também necessidade para a investigação criminal ou a instrução criminal quando se puder extrair de elementos de informação ou de prova que o autor do fato pôs-se a ameaçar vítimas, testemunhas, o órgão do Ministério Público ou o juiz do processo; o reconhecimento pessoal em juízo constituir meio de prova imprescindível à reconstrução do fato; ou, houver necessidade de colheita de prova real a ser fornecida pelo autor do fato para a realização de perícia.

8. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 396-7, e MESQUITA, Eduardo Melo. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 319.

Por fim, a lei pode vedar a liberdade provisória ou outra medida cautelar, para evitar a prática de infrações penais; a lei exclui do juiz tal inferência, de modo que não lhe é dado a imposição da medida cautelar sob o fundamento de evitar a prática de infrações penais; de se observar, porém, a existência de previsão legal expressa que autoriza a decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública (artigo 312), que outra coisa não é senão evitar a prática de crimes, por convicção vertente da análise da pesquisa de antecedentes criminais do investigado ou acusado.

A adequação é aferida da gravidade *in concreto* do crime, como se depreende da leitura do artigo 282, inciso II, que associa “gravidade do crime” a “circunstâncias do fato”. De se observar, porém, que a adequação pode também advir das “condições pessoais do indiciado ou acusado”, o que se verificará naquelas hipóteses de crimes praticados por toxicômanos, em razão da droga, para alimentar o vício. Assim deve ser interpretada a conjunção e no texto do citado inciso, que dispõe: “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. Insista-se que a interpretação teleológica e sistemática do dispositivo conduz a que:

- 1) a adequação pode advir da gravidade em concreto do crime e
- 2) a adequação pode advir das condições pessoais do indiciado ou acusado.

As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente (artigo 282, § 1º).

A prisão preventiva sujeita-se ainda à verificação da subsidiariedade, pois somente será determinada quando não for cabível a aplicação de outra medida cautelar (artigo 282, § 6º).

9. MOMENTO PROCESSUAL, INICIATIVA E COMPETÊNCIA

Dispõe o artigo 282, § 2º: “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”.

Infere-se, pois, que as medidas cautelares podem ser decretadas

- 1) no curso da investigação criminal;
- 2) em qualquer fase da ação penal.

Dado que o juiz não tem poder inquisitivo, cumpre distinguir, o que se evidencia da interpretação gramatical do artigo de lei. No curso da investigação criminal, as medidas cautelares serão decretadas:

- 1) por representação da autoridade policial;
- 2) mediante requerimento do Ministério Público.

Em qualquer fase da ação penal, as medidas cautelares serão decretadas:

- 1) de ofício, pelo juiz;
- 2) mediante requerimento das partes.

Qualquer que seja a fase em que a medida cautelar houver de ser decretada, somente o juiz pode decretá-la. Onde se lê juiz, entenda-se, por evidente, relator, desembargador e ministro.

Há, contudo, exceção. A autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos (artigo 322, *caput*), sendo certo que, nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 horas (artigo 322, parágrafo único).

10. MEDIDA INAUDITA ALTERA PARTE E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Dispõe o artigo 282, § 3º:

ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Embora o dispositivo determine a intimação da parte contrária e, não, a oitiva, tem-se formado tendência doutrinária no sentido de equiparar o dispositivo legal ao artigo 804 do CPC, que estabelece:

é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Repise-se que o artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal, não faz qualquer menção à audiência de justificação prévia. Sem embargo, considerando a tendência doutrinária comentada, nada mais lógico que estender a aplicação do artigo 804 ao processo penal, por analogia, no que couber. É dizer, quando se vislumbrar que a oitiva prévia do investigado ou acusado possa criar embaraço à eficácia da medida cautelar, o juiz somente ordenará a intimação após a sua efetivação. É o que ocorre quando decretada a prisão cautelar, ante o evidente risco de fuga, que comprometeria a efetividade da medida e, pois, do processo.

A falta de intimação do investigado ou acusado não caracteriza coação ilegal, pois

a providência não impõe restrição ao princípio do contraditório, de vez que se encontra garantido nas fases procedimentais subsequentes, restando apenas diferido no tempo. Anote-se que a incidência de responsabilidade por perdas e danos na hipótese do autor que obteve liminar inaudita altera parte não promover a citação do réu no prazo de cinco dias (artigo 811, inciso III) representa antídoto àquele que, satisfeito com a concessão da me-

da sem a participação processual do adversário, pretenda a postergação do procedimento⁹.

No processo penal não há que se falar em responsabilidade por perdas e danos obviamente. O antídoto encontra-se na Lei nº4.898/65, que define como crime de abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção (artigo 3º, a), assim como “ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder” (artigo 4º, a), “deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa” (artigo 4º, c), “deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada” (artigo 4º, d); “levar à prisão e nela deter quem quer se propo-nha a prestar fiança, permitida em lei” (artigo 4º, e), “prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade” (artigo 4º, i), sujeitando a autoridade (quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração) à sanção administrativa, civil e penal (artigos 5º e 6º).

11. NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PROCESSUAL

Há décadas a doutrina vem sustentando que toda prisão processual tem natureza cautelar. A Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, enunciada em face da promulgação da Constituição de 1988, contribuiu para sedimentar esse entendimento. Sem embargo do caráter cautelar que tais prisões apresentam, não há, em nosso direito processual penal, um processo cautelar distinto do processo principal, tal como ainda existe no processo civil. As medidas cautelares, no processo penal, sujeitam-se a procedimento distinto, exclusivamente quando disserem respeito às medidas assecuratórias que visam a resguardar a satisfação do dano emergente da prática de uma infração penal. No que tange às medidas cautelares pessoais, não.

Hoje não seria desarrazoado repensar a natureza jurídica da prisão processual à luz do instituto da tutela antecipada.

Isso porque, ontologicamente, a prisão-pena não difere da prisão processual: ambas constituem supressão da liberdade pelo Estado. A diferença reside em dois aspectos: primeiro, naquilo que se entende por finalidade da pena; segundo, na presunção de inocência.

Pergunta-se: a garantia da ordem pública é uma das finalidades da pena? Se se entender que sim, ora, então, a prisão processual, quando decretada para esse mesmo fim, será satisfativa. Considerando que os processualistas civis hoje concebem as antigamente chamadas “cautelares satisfativas” como tutelas antecipadas,

9. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil notado*, 13a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 764.

vislumbra-se que, em certos casos, a prisão processual não discrepa dessa natureza. De qualquer modo, há um claro divisor de águas entre a doutrina e a prática, isto é, entre o dever-ser e o ser.

Nos crimes que atentam contra bens difusos, notadamente a corrupção, a prisão provisória opera claramente como instrumento de justiça social. De um lado, existem crimes, como o homicídio, a lesão corporal, entre outros, que atentam contra bens jurídicos individuais (vida, integridade física etc.). De outro, porém, há crimes que, por atingirem valores sociais, vilipendiam a alma, atentam contra o espírito de um povo, desestimulá-lo, traz-lhe desesperança, fá-lo sentir-se impotente, diminuído, sem estima; nenhuma justiça tardia pode recompor o inconsciente social abalado pela notícia do enriquecimento ilícito de membros da classe política.

A questão é desafiadora, máxime numa sociedade que, num passado não ainda remoto, depôs a ditadura e aprovou uma nova Constituição, a qual deu primazia aos direitos individuais, em detrimento dos direitos estatais, inclusive e sobretudo no campo da repressão criminal. Hoje, talvez tenhamos que fazer retrocessos, particularmente no âmbito do combate a certos ramos da criminalidade. Já se demonstrou que a maior função da sentença penal é a de reafirmar à sociedade o desvalor da conduta social praticada e, pois, o valor do bem jurídico penalmente tutelado. Tendo isso em vista, não resta dúvida que, quanto mais rápida a tutela jurisdicional, tanto mais efetiva ela será.

12. ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL

São duas as espécies de prisão cautelar, a saber:

- 1) prisão temporária;
- 2) prisão preventiva.

A prisão em flagrante delicto, como já se disse anteriormente, perdeu tal caráter com o advento da Lei nº 12.403/11; passou a simples ato administrativo.

As espécies de prisão processual se sucedem, não se sobrepõem. Assim, a prisão temporária presta-se à investigação criminal, e pode ser decretada antes ou durante o inquérito policial. A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal, até o trânsito em julgado. Depois disso, a prisão se trasveste em pena.

13. DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou a pessoa por ele indicada (Código de Processo Penal, artigo 306, *caput*, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11).

A comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público é inócua. O legislador tentou, em vão, abrandar a patente inconstitucionalidade do artigo 310 (com a redação dada pela mesma lei) – por ofensa ao princípio acusatório –, que determina ao juiz o relaxamento da prisão, a conversão em preventiva ou a concessão de liberdade provisória, de ofício, sem a prévia manifestação do Ministério Público.

Para salvar a flagrante inconstitucionalidade do artigo 310, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 12.403/11, é recomendável que se o interprete em conjugação com o comentado artigo 306, *caput*, e também, em consonância do o artigo 311, a fim de que se extraia que, ao receber a comunicação do flagrante, o juiz deva propiciar prévia vista ao Ministério Público, como sempre ocorreu até o advento da Lei nº 12.403/11, e funcionava muito bem, sem nenhuma razão lógica para a modificação. Ora, se no *habeas corpus*, ao menos nos tribunais, a lei processual penal prevê a necessidade do parecer prévio do Ministério Público, com maior razão o *Parquet* deve ser ouvido antes da imposição de medidas cautelares, cuja finalidade é a de assegurar a eficácia do provimento jurisdicional buscado pela ação penal pública, de iniciativa exclusiva do Ministério Público.

Não tem sentido que o juiz outorgue de ofício medida cautelar, sem a iniciativa de quem detém a titularidade exclusiva do direito de ação pública.

Configura coação ilegal a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando o Ministério Público pede o arquivamento do inquérito policial ou novas diligências e, por outro lado, se o juiz das garantias concede liberdade provisória em crime de tóxico, por entender configurado o porte para consumo pessoal, há evidente desproteção social, que pode resultar ofensa irreversível ao bem difuso penalmente tutelado caso a denúncia se reflita na opinião ministerial de que houve tráfico. Nenhuma via impugnativa será adequada e prestável à reversão da situação ao *status quo ante* se o réu fugir ou praticar novo crime. Afinal no estágio pré-processual cabe ao Ministério Público a formação da *opinio delicti*.

Dentro em 24 horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (artigo 306, § 1o, acrescido pela Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007).

No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas (artigo 306, § 2o, acrescido pela Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007).

A finalidade da nota de culpa é comunicar o preso do motivo da prisão, bem como permitir a identificação dos responsáveis por ela, sendo direitos constitucionais (artigo 5o, inciso LXIV).

Portanto, de acordo com a nova sistemática instituída pela Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007, no prazo de 24 horas:

- 1) o juiz deve ser comunicado da prisão;
- 2) a Defensoria Pública deve ser comunicada da prisão, caso o autuado não informe o nome de seu advogado.

A comunicação da prisão dá-se mediante remessa de cópia do auto de prisão em flagrante, do recibo do preso e da nota de culpa.

O descumprimento dessa formalidade tem o condão de invalidar a prisão? Enseja o relaxamento da prisão? Inúmeros têm sido os pedidos de relaxamento da prisão formulados pela Defensoria Pública por não ter sido comunicada da prisão na hipótese do § 2º do artigo 306.

Uma solução é, naturalmente, conceber-se que a prisão é ilegal em razão da supressão dessa formalidade, a qual, aliás, instrumentaliza o direito constitucional do preso de se comunicar com um advogado.

Outra solução, porém, parece-nos mais acertada e consiste em responsabilizar a autoridade policial desidiosa pela falta disciplinar, sem prejuízo da manutenção da prisão, já que, ao tempo em que o pedido foi deduzido, evidentemente que a Defensoria Pública já tinha sido informada, desde que seja esta a única formalidade desatendida.

Dentre as disposições polêmicas da Lei nº 12.403/11 sobressai a do artigo 310, *caput*, que dispõe:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Nenhuma dúvida de que todas as decisões judiciais que decretem ou mantenham prisão devam ser fundamentadas, ante as previsões constitucionais contidas nos artigos 5º, inciso LXI e 93, inciso IX, e repetidas à exaustão nos artigos 283, *caput*, 310, *caput* e 315.

Também não resta dúvida de que o juiz deva, de imediato, oficiosamente, sem qualquer delonga, relaxar a prisão ilegal.

Na sistemática anterior a Lei nº 12.403/11, ao verificar que estavam presentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz mantinha a prisão em flagrante, o que sempre justificou o reconhecimento doutrinário de sua natureza cautelar.

Contudo, na sistemática introduzida pelo novel diploma, cumpre ao juiz, quando presentes os requisitos do artigo 312, *caput*, desde que cabível (artigo 313), converter a prisão em flagrante em preventiva, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Em face do disposto no artigo 310, inciso II, a prisão em flagrante perdeu toda a sua jurisdicionalidade, sendo resposta ao caráter unívoco de ato administrativo, expressão do poder de polícia, mesmo quando imposta por particular que, quando atua como sujeito ativo na prisão em flagrante, age no exercício de atribui-

ção imposta ao Poder Público, por delegação outorgada pelo artigo 144, *caput*, da Constituição Federal¹⁰.

A conversão da prisão em flagrante sujeita-se à verificação dos requisitos da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Alguma dúvida pode surgir quanto aos conceitos de prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Evidentemente que, nessa fase, não se pode exigir, sob pena de inviabilizar a aplicação do preceito legal, qualquer laudo como prova de satisfação do pressuposto da existência do crime, pois a comunicação da prisão ao juiz se opera em 24 horas e, em tão exíguo prazo, o IC e o IML não terão condições de realizar a perícia.

No oportuno da comunicação da prisão, a prova da existência do crime e a convicção em torno da autoria emergem do auto de prisão em flagrante. Para o recebimento da denúncia, exige-se algo mais. Se o crime deixou vestígios materiais, a existência será provada pelo auto de exibição e apreensão, pelo laudo de constatação, pelo boletim médico hospitalar ou prontuário de atendimento médico, ou prova equivalente; se o crime não deixou vestígios materiais, a prova da existência será, em regra, eminentemente oral (depoimentos, declarações, reconhecimentos etc.).

O Código de Processo Penal emprega o termo *indício* em várias passagens não com o sentido de meio de prova que lhe empresta o artigo 239, mas como prova semiplena, não plena, tampouco mero argumento de prova. A prova semiplena que autoriza a conversão para a prisão preventiva consistirá, via de regra – e se bastará – nos depoimentos prestados pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante. Entre nós fala-se em indício suficiente e em prova para a decretação de medidas cautelares, condenações etc.; no direito norte-americano se fala em *suspicion*, *probable cause* e *beyond reasonable doubt*. Nos dois sistemas o que se evidencia é a preocupação de aclarar que a cognição em torno da existência do crime e de sua autoria é continuativa; o juiz formará sua convicção desde a fase pré-processual até a sentença. Em cada juízo sucessivo de cognição, o grau de largueza e profundidade na apreciação da matéria e o grau de certeza e plausibilidade do direito de punir exigido é maior, até atingir o grau máximo, possível de ser alcançado, na sentença condenatória. José Frederico Marques falava em “gradação progressiva na valoração da prova indiciária”, que Edílson Mougenot Bonfim traduz em “escalonamento ascendente da forma de cognição”¹¹.

O grande problema do artigo 310, *caput*, com a redação que lhe foi dada pela nova lei, reside na falta de previsão de oportunidade para manifestação prévia do Ministério Público. Se o legislador a julgasse dispensável, o artigo 306, *caput*, não teria ordenado a imediata comunicação da prisão ao *parquet*. Ocorre que tal

10. “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)”

11. BONFIM, Edílson Mougenot. *Reforma do código de processo penal. Comentários a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130.

comunicação é de todo inócua, sem a vista prévia. O recurso em sentido estrito contra a decisão que concede a liberdade provisória *ex officio*, mesmo que acompanhado de mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo ou ativo à decisão, não evitará que o preso seja posto em liberdade ou, ao contrário, o constrangimento do que foi mantido preso, quando a liberdade provisória era cabível.

Não se cuida aqui da correção de uma ilegalidade de ofício, mediante a outorga legal da possibilidade, sempre reconhecida ao juiz, de imediato relaxamento da prisão, independentemente de vista ao *parquet*, como sempre ocorreu. Critica-se, isto sim, que ao juiz seja dado o poder de decretação de medida cautelar de ofício (prisão preventiva, liberdade provisória e outras que se mostrem mais adequadas, desde que suficientes), frise-se, de ofício, em fase investigativa, inquisitiva, pré-processual, sem requerimento ou, ao menos, manifestação prévia do Ministério Público.

Qual é a finalidade da medida cautelar? Assegurar a eficácia do provimento principal. Como pode o juiz, de ofício, fora do processo, exercer o poder geral de cautela, se o titular da ação penal pública sequer expressou a intenção de promovê-la? A quem cabe, afinal, a formação da *opinio delicti*? Suponha-se que, em crime de tentativa de homicídio, comunicado da prisão, pela leitura do auto, o juiz das garantias (competência que já é exercida pelos juízes do Dipo da Capital do Estado de São Paulo) se convença da ocorrência de lesão corporal, ou, em crime de tóxico, imposta a prisão em flagrante pelo tráfico, da leitura das peças que lhe foram enviadas, convença-se da ocorrência de porte para consumo pessoal. Em qualquer caso, posto em liberdade, o preso fuja ou pratique novo crime. Processado por tentativa de homicídio ou tráfico, seja condenado pelo juiz da Vara Criminal para a qual foi distribuída a denúncia. Dir-se-á que o juiz tem autonomia e liberdade para a formação de seu convencimento. Pergunta-se: o Ministério Público não deveria ter sido previamente ouvido antes da concessão da medida liberatória? Na sistemática anterior, os juízes do Dipo da Capital sempre se manifestaram, de ofício, acerca da legalidade e o relaxamento da prisão; quando à possibilidade de outorga da liberdade provisória, em todos os casos o Ministério Público sempre foi ouvido.

Sem embargo dessas ponderações, dois entendimentos se formaram:

- 1) A oitiva prévia do Ministério Público já não se fazia, em todos os casos, justamente em razão da urgência na apreciação feita pelo juiz. Ademais, o parecer proferido pelo MP não é vinculativo. Após a decisão, dá-se conhecimento ao *parquet* para, querendo, apresente o recurso cabível¹²;
- 2) No que concerne à remessa dos autos da prisão em flagrante do Ministério Público, a Lei Orgânica da Justiça Federal (Lei 5.10/66), no art. 67, prescreve que a autoridade policial deverá remeter, em 24 (vinte e quatro)

12. NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade – As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

horas, cópia do auto de prisão em flagrante ao procurador da República que funcionar junto ao juiz competente para o procedimento criminal. De fato, diante da atribuição constitucional de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis do Ministério Público (art. 127, caput, da CR), mister é a remessa dos autos para devida análise¹³.

Ao discorrerem sobre a necessária iniciativa do Ministério Público no processo di *prevenzione* do direito italiano, Leonardo Mazza e Roberto Guerrini assinalaram:

È stato poi opportunamente sottolineato come l'iniziativa del pubblico ministero sia considerata obbligatoria soltanto con riguardo all'esercizio dell'azione penale, mentre in altri settori il suo intervento, che pur determina l'insorgenza di un procedimento di natura giurisdizionale, non ha il carattere della necessità: si pensi, ad esempio, proprio alla materia limitrofa richiamata espressamente dall'art. 4, comma 11, l. n° 1423/1956 concernente le misure di sicurezza, ove il magistrato di sorveglianza procede, ai sensi dell'art. 679 c.p.p., su richiesta del pubblico ministero ovvero di ufficio. Il caso ora cennato dimostra con chiarezza che anche in assenza di una iniziativa del pubblico ministero si può essere al cospetto de un procedimento di carattere giurisdizionale. In conformità a questo orientamento di pensiero, la giurisprudenza va sempre più decisamente orientandosi per estendere al procedimento di prevenzione istituti e principi tipici del diritto processuale penale¹⁴.

Se o juiz converte a prisão em preventiva, e o Ministério Público pede novas diligências ou o arquivamento do inquérito policial, há coação ilegal, passível de *habeas corpus*. Se o juiz concede a liberdade provisória ou medida cautelar alternativa e o Ministério Público oferece a denúncia e pede a decretação da prisão preventiva, a fuga do acusado, a suspensão do processo por força do artigo 366 do Código de Processo Penal e, sobretudo, a prática de novo crime evidenciar-se-á o desacerto da opção legislativa.

O juiz que determina, de ofício, medida cautelar, durante a investigação, sem prévia oitiva do titular da ação penal, exerce poder inquisitivo, o que lhe é vedado. O artigo 310 é inconstitucional, porque afronta o sistema acusatório e o princípio dispositivo.

Para salvá-lo recomenda-se que seja interpretado conforme a Constituição Federal e em conjugação com o artigo 306, *caput*, e o artigo 311, para extrair que,

13. FERREIRA LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Feraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 138. No mesmo sentido: SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Comentários a Lei n° 12.403/2001 – medidas cautelares no processo penal*. Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei n° 12.403/2011. Orgs. Válder Foleto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior. São Paulo: Edições APMP, 2011, p. 37).

14. GUERRINI, Roberto; MAZZA, Leonardo. *Le misure di prevenzione – profili sostanziali e processuali*, in “Le leggi penali speciali – Collana diretta da Leonardo Mazza”, 3. Milão: Cedam, 1996, p. 212.

ao receber a comunicação do flagrante, o juiz deva propiciar prévia vista ao Ministério Público.

Caso seja propiciada a prévia vista e o Ministério Público requeira a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, qual será o prazo para oferecimento da denúncia? O prazo é de 5 dias, contados da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o indiciado estiver solto ou submetido a medida cautelar alternativa. O prazo para o oferecimento da denúncia, previsto no artigo 46, *caput*, do Código de Processo Penal, com o advento da Lei nº 12.403/2011, não foi alterado. Perfilhando o mesmo entendimento, aduzem André Estefam Araújo Lima e Alexandre Rocha Almeida de Moraes que “ainda que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, não terá o Ministério Público que ofertar denúncia imediatamente”¹⁵.

Comunicado da prisão em flagrante, mediante a remessa de cópia do auto, da nota e do recibo, compete ao juiz o relaxamento da prisão ilegal. A prisão em flagrante é ilegal quando:

- 1) não for caso de flagrante delito (próprio, impróprio ou presumido);
- 2) o auto padece de algum vício;
- 3) houver excesso de prazo.

Normalmente, os cartórios, os juízes que atuam junto ao Dipo (Departamento de Inquéritos e da Polícia Judiciária de São Paulo) da Capital, os juízes do plantão judiciário, assim como os órgãos do Ministério Público, após a leitura das peças, ao verificarem o atendimento das exigências supra, apõem o seu: “Flagrante formalmente em ordem. Aguarde-se a vinda dos autos principais.” Cuida-se de verdadeira exceção ao princípio da motivação das decisões judiciais, consagrada pela praxe judiciária. Do contrário, isto é, caso o juiz verifique a ausência de um dos requisitos acima referidos, deve relaxar a prisão de ofício.

Se não o fizer, isto é, se o juiz não relaxar a prisão ilegal de ofício, ao defensor cabe dirigir ao juiz o pedido de relaxamento da prisão. Depois de apreciar o pedido, o juiz deve então decidir motivadamente, acolhendo ou rechaçando os argumentos expostos no pedido. Se a decisão for desfavorável, cabe *habeas corpus*, por ausência de justa causa da prisão (Código de Processo Penal, artigo 648, inciso I).

Por outro lado, se a prisão for legal, o preso pode fazer jus ao benefício da liberdade provisória, desde que atendidas as exigências legais.

A prisão do réu deve ainda ser relaxada quando não houver sido comunicada ao juiz no prazo de 24 horas.

15. ARAÚJO LIMA, André Estefam. ALMEIDA DE MORAES, Alexandre Rocha. *A Lei nº 12.403/2011 e o prazo para oferecimento de denúncia*. Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011. Orgs. Válder Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior. São Paulo: Edições APMP, 2011, pp. 57-8.

14. LIBERDADE PROVISÓRIA

O juiz concederá liberdade provisória ao preso, de ofício, mediante requerimento do Ministério Público ou do interessado:

- 1) nos crimes afiançáveis, quando houver sido paga a fiança;
- 2) nos crimes afiançáveis, quando o preso for pobre (artigo 350);
- 3) nos crimes inafiançáveis, quando:
 - a) verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições do artigo 23, incisos I, II e III, do Código Penal (artigo 310, parágrafo único);
 - b) não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva (artigo 321).

A fiança é um direito subjetivo do indiciado ou réu, pelo que, quando cabível, não pode ser negada pelo juiz. Se não obstante o cabimento da fiança, o juiz indeferir o pedido de liberdade provisória com fiança, cabe *habeas corpus* (Código de Processo Penal, artigo 648, inciso V).

Nos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos, cabe à autoridade policial arbitrar o valor da fiança; se a pena privativa de liberdade for superior a 4 anos, somente o juiz poderá arbitrá-la.

As hipóteses legais de descabimento da fiança estão previstas nos artigos 323 (três incisos) e 324 (dois incisos) do Código de Processo Penal, desde o advento da Lei nº 12.403/11.

Não será concedida fiança:

- 1) nos crimes de racismo (artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal e artigo 323, inciso I, do Código de Processo Penal);
- 2) nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos (artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e artigo 323, inciso II, do Código de Processo Penal);
- 3) nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV da Constituição Federal e artigo 323, inciso III, do Código de Processo Penal);
- 4) aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, a obrigação de comparecimento perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento e de não mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, nem se ausentar por mais de 8 dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado (artigo 324, inciso I, c.c. os artigos 327 e 328);
- 5) em caso de prisão civil ou militar (artigo 324, inciso II);
- 6) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (artigo 324, inciso IV, c.c. o artigo 312).

É de se observar que o novo artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, veda apenas fiança, e prevê que a pena será cumprida inicialmente em regime fechado, aventando, pois, o cabimento de liberdade provisória e progressão de regime aos acusados e condenados por crime hediondo ou equiparado. O artigo 2º, § 2º, estabelece que a progressão de regime dar-se-á após o cumprimento de dois quintos da pena, se o apenado for primário, e de três quintos, se reincidente. O artigo 2º, § 3º, prescreve que, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se o condenado respondeu o processo preso, o juiz não lhe facultará o recurso em liberdade; mas, se respondeu o processo em liberdade, ao proferir a sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

O artigo 44 da Lei nº 11.343/06 vedou a liberdade provisória para os crimes de tráfico (artigos 33 e 34), associação para o tráfico (artigo 35), financiamento ou custeio do tráfico (artigo 36) e colaboração com associação, organização ou associação criminosa destinada ao tráfico (artigo 37). A despeito da vedação legal, discute-se o cabimento, ou não, de liberdade provisória no tráfico. Há dois entendimentos:

- 1) não cabe liberdade provisória nos crimes de tráfico. *Ratio*: artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e o princípio da especialidade que rege o conflito entre as leis 11.343/06 (especial) e 8.072/90 (geral);
- 2) é cabível o benefício. *Ratio*: a Lei 11.464/07, que alterou o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, suprimiu a proibição da liberdade provisória; tal lei é posterior à Lei de Tóxicos e o tráfico é crime equiparado a hediondo (artigo 2º, *caput*), sujeito, pois, ao tratamento jurídico dado pela Lei dos Crimes Hediondos.

Os crimes de lavagem de dinheiro são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade (artigo 3º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998).

Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa participação na organização criminosa (artigo 7º da Lei nº 9.034, de 12 de fevereiro de 1995).

Pergunta-se: crime hediondo praticado por organização criminosa admite liberdade provisória? Não há lei que compatibilize as disposições das leis 8.072/90 e 9.034/95. O vácuo legislativo pode levar a distorções. O que se deve ter em mente, por óbvio, é que a vontade do legislador, ao editar a Lei nº 9.034/95, não era a de abrandar o tratamento jurídico dispensado ao crime organizado. Sem embargo, persiste a Lei nº 11.464/07 – posterior –, que autorizou a liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados.

Em qualquer caso, a prisão deve ser concedida mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Se já se vislumbra, durante o processo, mediante análise perfunctória das provas colhidas em instrução criminal, mediante um juízo de plausibilidade, conquanto não exauriente, a probabilidade de insucesso da pretensão punitiva, melhor a concessão imediata da liberdade provisória, mediante compromisso. Dir-se-á que o juiz estaria antecipando o julgamento de mérito, nesse caso, e que depois ficaria jungido a tal apreciação na sentença. Sem razão. Não há dúvida que ao deliberar sobre a manutenção ou não da prisão processual o juiz deva incursionar na análise do mérito. Não se cuida, porém, como se disse, de apreciação exauriente, mas superficial, mero juízo de plausibilidade, não exaustivo, provisório em torno da possibilidade de êxito da acusação, que de modo algum subtrai do juiz a possibilidade de posterior modificação em sede de sentença, mas que deva ser possível incidentalmente, por espírito humano e sensibilidade ao sofrimento da pessoa que se encontra presa. O alívio ao sacrifício imposto à liberdade de alguém por um dia que seja não tem preço. Não seria justo que, por mero formalismo ou receio de antecipar um julgamento, o juiz deixasse de fazê-lo, conquanto verificasse desde logo que a pretensão deduzida na inicial, no atual estágio do processo, tem diminuída chance de êxito.

O pedido de liberdade provisória, sem fiança, nos crimes inafiançáveis, por ausência dos requisitos da prisão preventiva, é cabível quando:

- 1) o crime não tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa;
- 2) o requerente for primário e de bons antecedentes, o que reclama a juntada de folha de antecedentes criminais e certidões dos processos nela noticiados, não bastando a juntada de certidão do distribuidor local;
- 3) o pedido tenha sido instruído com comprovante de residência no distrito da culpa e o endereço constante do documento seja o mesmo endereço declinado pelo requerente em sua qualificação e, também, o documento esteja em nome do próprio requerente, ou do pai ou da mãe deste; do contrário, é necessário demonstrar documentalmente o vínculo entre o requerente e a pessoa cujo nome figura no comprovante;
- 4) juntada procuração, para inibir os efeitos da revelia previstos no artigo 366 do Código de Processo Penal, o que adviria em prejuízo da efetividade do processo penal. Disso decorre a impossibilidade de acolhimento do pedido quando deduzido pela Defensoria Pública antes da citação. A solução não é um primor, mas cabe lembrar que a liberdade provisória, diferentemente da fiança, não é um direito subjetivo do preso.

15. FIANÇA

A fiança, entre nós, era um instituto em desuso, até que a Lei nº 12.403/11 procurou exaltar-lhe a importância, reconhecida em outros ordenamentos jurídicos.

Se o réu pode alcançar a liberdade provisória, independentemente do pagamento de fiança nos crimes graves, inafiançáveis, quando não estiverem presentes os

requisitos da prisão preventiva, com maior razão o juiz deve conceder o benefício sem a fiança, nos crimes brandos, afiançáveis, nas mesmas hipóteses.

Mesmo depois do advento da *novatio legis*, a importância da fiança continua reduzida ao lapso temporal entre a prisão e a deliberação judicial sobre o pedido de liberdade provisória (sem fiança) nos crimes com pena máxima não superior a quatro anos, em que à autoridade policial é dado o arbitramento do valor que, uma vez recolhido, autoriza a imediata soltura, antes mesmo da comunicação da prisão ao juiz e ao Ministério Público ou da decisão do pedido em tela.

Sem embargo, os valores da fiança a serem fixados pela autoridade foram sensivelmente aumentados pela nova lei (artigo 325)

- 1) de 1 a 100 salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 anos;
- 2) de 10 a 200 salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 anos.

Se o preso for pobre, a fiança poderá ser dispensada (artigo 350). Conforme a situação econômica do preso, a fiança poderá ser reduzida até o máximo de 2/3 ou aumentada até 1.000 vezes (artigo 325, § 1º).

Sendo medida cautelar, a fiança somente poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória (artigo 334).

O valor da fiança será destinado ao pagamento das custas processuais, da reparação do dano *ex delicto*, da prestação pecuniária e da multa, caso o réu seja condenado, mesmo em caso de prescrição depois da sentença condenatória (artigo 336).

Em caso de arquivamento do inquérito policial, alteração da medida cautelar, absolvição ou extinção da punibilidade, o valor da fiança será restituído a quem a pagou sem desconto e corrigido monetariamente (artigo 337).

Será julgada quebrada a fiança quando o acusado (artigo 341):

- 1) regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;
- 2) deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- 3) descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
- 4) resistir injustificadamente a ordem judicial;
- 5) praticar nova infração penal dolosa.

A consequência da quebra da fiança é a perda de metade de seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva (artigo 343).

A consequência da não apresentação do condenado para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta é a perda da totalidade do valor da fiança (artigo 344).

Nos casos de quebra ou perda da fiança, os valores serão recolhidos Funpen (Fundo Penitenciário Nacional) (artigos 345 e 346).

16. DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva constitui uma das espécies de prisão cautelar, cujo fundamento legal se encontra nos artigos 311 a 318, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11, no artigo 387, parágrafo único, e no artigo 413, § 3º, do Código de Processo Penal.

Os requisitos da prisão preventiva compreendem os pressupostos e as condições.

Os pressupostos da prisão preventiva são a prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. Os pressupostos são concorrentes. Ambos devem estar satisfeitos.

As condições da prisão preventiva são garantia da ordem pública (ou ordem econômica), conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal. As condições são excludentes. Basta a satisfação de uma delas para que se possa decretar a prisão preventiva.

Decreta-se prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão de antecedentes ou reincidência e, mesmo que primário e de bons antecedentes, em razão da espécie de crime (cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa) e das circunstâncias em que foi praticado (com emprego de arma, notadamente arma de fogo). O conceito, contudo, é fluído, e conforta decisões muitas vezes repudiadas pela doutrina e pelos tribunais, como é o caso da que decreta a prisão preventiva em razão da simples gravidade, em abstrato, do crime, decorrente de sua natureza (roubo, extorsão, e assim por diante). Isso porque a prisão preventiva obrigatória já existiu em nosso ordenamento jurídico, e foi revogada há décadas, por se entender que o dispositivo legal feria o princípio da presunção de inocência. Era uma tal prisão que se impunha, obrigatoriamente, em função do montante da pena máxima prevista em abstrato para o crime.

Decreta-se a prisão preventiva para garantia da instrução criminal quando o réu estiver foragido e houver necessidade de submetê-lo a reconhecimento pessoal e, também, quando se extraia dos autos do inquérito ou processo que, em liberdade, o acusado esteja ameaçando vítimas e testemunhas, fato que, além de configurar o crime de coação no curso do processo (Código Penal, artigo 344), recomenda a sua prisão, para assegurar a colheita de uma prova isenta e a apuração da melhor verdade.

Por fim, a prisão preventiva se recomenda também quando haja receio de que, ao tempo da prolação da sentença ou do acórdão, o réu tenha se evadido, subtraindo-se, assim, à aplicação da pena, o que adviria em prejuízo à efetividade da jurisdição penal. É o que ocorre quando a prisão em flagrante delito ocorre fora do distrito da culpa ou o crime é praticado distante da cidade de residência ou domicílio do acusado, ou quando este não tiver residência fixa, ou quando for estrangeiro em visita esporádica pelo país.

A Lei Antitruste (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), em seu artigo 86, alterou a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, para incluir, como circunstância autorizadora da prisão preventiva, a garantia da ordem econômica.

Fernando da Costa Tourinho Filho observa que a medida é esdrúxula por duas razões: se, por acaso, o comércio passar a fazer uso da lei de abuso, com suas remarcações não autorizadas, se as indústrias passarem à exploração, a prisão preventiva pode ser decretada para garantia da ordem pública, expressão que abrange a própria ordem econômica; a medida não é ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. O certo seria estabelecer sanções contra a empresa, como, por exemplo, seu fechamento por determinado tempo. Se a farmácia vende um produto por preço extorsivo, que se instaure processo-crime contra o proprietário e, ao mesmo tempo, que se aplique, provisoriamente, uma medida de segurança de natureza patrimonial. Para o ganancioso, meter-lhe a mão no bolso é castigo maior e a medida em tela tem acentuadas e inequívocas funções repressivas.

Em que momento pode ser decretada?

Dispõe o artigo 311 do Código de Processo Penal:

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Amoldando o artigo às modificações havidas com as leis 11.689/08, 11.719/08 e 12.403/11, tem-se que a prisão preventiva pode ser decretada:

- 1) em qualquer fase da investigação policial;
- 2) em qualquer fase do processo penal;
- 3) na decisão de pronúncia; e
- 4) na sentença condenatória recorrível.

Quem tem competência para decretá-la? A prisão preventiva somente pode ser decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (juiz ou relator).

A quem cabe a iniciativa? Depende.

Na fase da investigação criminal, a prisão preventiva pode ser decretada:

- 1) mediante representação da autoridade policial;
- 2) mediante requerimento do Ministério Público ou do querelante.

No curso da ação penal, a prisão preventiva pode ser decretada:

- 1) mediante representação da autoridade policial;
- 2) mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente;
- 3) de ofício, pelo juiz.

Logo, é vedado ao juiz decretar prisão preventiva de ofício na fase da investigação policial. Pelas mesmas razões sustenta-se que ao juiz também é vedado converter prisão em flagrante delito em prisão preventiva naquela fase e

que, pois, o artigo 310, inciso II, é inconstitucional, pelas razões expostas anteriormente.

Por outro lado, o assistente não pode requerer a decretação da prisão preventiva durante a investigação criminal, porque somente se admite sua intervenção na ação penal (Código de Processo Penal, artigo 268) e, por outro lado, mesmo nessa fase, o requerimento somente se justifica quando necessária a prisão preventiva para tutela dos interesses disponíveis e patrimoniais que legitimam sua intervenção como assistente simples no processo penal.

Admite-se a prisão preventiva nos crimes dolosos (artigo 313, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11):

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – (revogado).

Parágrafo único. Também será 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.

O artigo 313 deve ser interpretado em conjugação com o artigo 282, § 4º, para admitir a imposição da prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar alternativa, fora das hipóteses de cabimento previstas no artigo 313. O fundamento jurídico dessa interpretação sistematológica repousa no princípio da efetividade.

Sobre a questão, Guilherme de Souza Nucci bem identificou a problemática e não discrepou do entendimento supra:

Certamente, duas vertentes interpretativas são admissíveis: a) a prisão preventiva somente poder ser decretada, em qualquer situação, para crimes dolosos ou violência doméstica e familiar; b) a prisão preventiva pode ser decretada para todos os casos supra mencionados, mas também para todas as hipóteses de descumprimento das obrigações fixadas por medidas cautelares alternativas, válidas para qualquer espécie de delito. Pela análise sistemática da novel legislação, não vemos como deixar de acolher a segunda posição.¹⁶

16. NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade – As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

No mesmo sentido é a posição de Fernando Capez: “entendemos que, mesmo fora do rol dos crimes que autorizam a prisão preventiva, o juiz poderá converter o flagrante em prisão preventiva, desde que presentes um dos motivos previstos na lei.”¹⁷

A prisão domiciliar foi introduzida em nosso ordenamento jurídico como espécie de medida cautelar alternativa pela Lei nº 12.403, e está prevista nos artigos 317 e 318.

Outra coisa não é senão a própria prisão preventiva, quando o juiz faculta o recolhimento a domicílio nas hipóteses previstas em lei.

A prisão domiciliar sujeita-se, pois, aos mesmos requisitos (artigo 312) e idênticas hipóteses de cabimento (artigo 313) da prisão preventiva. É, por assim dizer, a própria prisão preventiva, quando o juiz autoriza o seu cumprimento em domicílio, pelas razões humanísticas relacionadas no artigo 318, com a redação dada pela nova lei.

A prisão domiciliar está para a prisão preventiva, assim como a prisão albergue domiciliar, prevista no artigo 117 da Lei nº 7.210/84, está para a prisão-pena.

Cuida-se, pois, em última análise, de forma de cumprimento da prisão preventiva.

A prisão em virtude de sentença condenatória recorrível também possui natureza cautelar, com vistas a assegurar o resultado do processo, diante do perigo de fuga do condenado, em face de um primeiro pronunciamento jurisdicional desfavorável, tanto assim que se admite a fiança como medida de contracautela.

Por outro lado, dispõe a Lei 8.072/90, que trata dos crimes hediondos: “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade” (artigo 2º, § 2º).

Em 29 de abril de 2008, foi publicada a Súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte teor: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.”

Prescreve o artigo 387, parágrafo único, acrescido pela Lei nº 11.719/08:

Art. 387 [...]

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

E o artigo 413, § 3º, em sua nova formulação dada pela Lei nº 11.689/08, positivou:

§ 3º O juiz decidirá motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decre-

17. CAPEZ, Fernando. *Lei nº 12.403/2011 e prisão provisória: questões polêmicas*. Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011. Orgs. Válder Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior. São Paulo: Edições APMP, 2011, p. 34.

tada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

O artigo 3º da Lei nº 11.719/08 revogou expressamente o artigo 594 do Código de Processo Penal, que prescrevia a exigência de recolhimento do réu à prisão para apelar.

A disciplina foi simplificada, haja vista que, na sistemática anterior, afirmava-se que as prisões decorrentes de sentença somente podiam ser decretadas quando presentes os requisitos que autorizavam a prisão preventiva.

“Ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (artigo 5º, inciso LXI). O texto constitucional preceitua o fundamento legal da imperiosidade de fundamentação da decisão judicial que decreta a prisão preventiva, sob pena de nulidade absoluta. A propósito, também, o artigo 93, inciso IX, da Magna Carta.

A fundamentação não pode se basear em simples repetição dos dizeres da lei ou em proposições abstratas, mas deve resultar em fatos concretos extraídos dos autos (STF, RT 495/284).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Paulo Marcos Rodrigues. *Tutela cautelar*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- ALMEIDA DE MORAES, Alexandre Rocha; ARAÚJO LIMA, André Estefam. *A Lei nº 12.403/2011 e o prazo para oferecimento de denúncia. Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011*. Orgs. Válder Foleto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior. São Paulo: Edições APMP, 2011.
- ARAÚJO LIMA, André Estefam. ALMEIDA DE MORAES, Alexandre Rocha. *A Lei nº 12.403/2011 e o prazo para o oferecimento de denúncia. Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011*. Orgs. Válder Foleto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior. São Paulo: Edições APMP, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Renovar, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONFIM, Edílson Mougén. *Reforma do código de processo penal*. Comentários a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPEZ, Fernando. *Lei nº 12.403/2011 e prisão provisória: questões polêmicas. Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011*. Orgs. Válder Foleto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior. São Paulo: Edições APMP, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. vol. 3. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.
- FERREIRA LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011.
- GONÇÁLVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal Anotado*. 8a ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- GUERRINI, Roberto; MAZZA, Leonardo. *Le misure di prevenzione – profili sostanziali e processuali*, in “*Le leggi penali speciali – Collana diretta da Leonardo Mazza*”. 3. Milão: Cedam, 1996.
- MAZZA, Leonardo; GUERRINI, Roberto. *Le misure di prevenzione – profili sostanziali e processuali*, in “*Le leggi penali speciali – Collana diretta da Leonardo Mazza*”. 3. Milão: Cedam, 1996.
- MESQUITA, Eduardo Melo. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NOGUEIRA, Ranieri Ferraz; FERREIRA LIMA, Marco Antônio. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade – As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *A remição sob novos parâmetros: a Lei 12.433/2011*. *Jornal Carta Forense*. Agosto, 2011, A 10.
- SANTIN, Válter Foletto. *Primeiras impressões da Lei 12.403/2011 sobre prisão preventiva e medidas cautelares. Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011*. Orgs. Válter Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior. São Paulo: Edições APMP, 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 13a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense.