



**FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC UBERABA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUILHERME EDUARDO GOMES DE LACERDA

**PRISÕES CAUTELARES NA PERSPECTIVA DE UM PROCESSO PENAL
CONSTITUCIONAL**

UBERABA - MG

2014

GUILHERME EDUARDO GOMES DE LACERDA

**PRISÕES CAUTELARES NA PERSPECTIVA DE UM PROCESSO PENAL
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio
Carlos, como requisito parcial para obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Luis Fernando Alves Silva.

UBERABA - MG

2014

Guilherme Eduardo Gomes de Lacerda

**PRISÕES CAUTELARES NA PERSPECTIVA DE UM PROCESSO PENAL
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC, como requisito parcial para obtenção
do título de bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Orientador Professor Luis Fernando Alves Silva
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Professora Rossana Cussi Jeronimo
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Professor Glays Marcel Costa
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico este trabalho à minha família, bem como a todos os meus amigos, os quais contribuíram para a minha formação moral e profissional.

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente, aos meus familiares, pelo apoio durante o todo período de estudos, assim como o esforço moral e financeiro que culminou em meu sucesso profissional e pessoal.

Meus sinceros agradecimentos ao Dr. Marcelo Tonus de Melo Furtado de Mendonça, Coordenador Regional das Defensorias Públicas do interior, pelos ensinamentos passados, bem como pela experiência prática concernente à área criminal.

Agradeço também aos outros Defensores Públicos, mormente a Dra. Larissa de Oliveira e Dias, Dra. Maria Rosa Bento Rodrigues, Dr. Fabrizio de Moraes Barros Mussolin e Dr. Glauco de Oliveira Marciliano, pelo valioso aprendizado adquirido durante o estágio voluntário.

Ao professor orientador Luis Fernando Alves Silva, pelo inestimável auxílio para o sucesso deste trabalho.

Aos meus amigos de longa data Guilherme Pessato Pena, Ronaldo Soares de Lima, Leônidas Alves da Silva e Rafael Costa Cavalcanti.

Época triste a nossa, mais fácil quebrar um
átomo do que um preconceito!

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar, de forma crítica, como funciona o instituto das prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode ficar apenas com o senso comum teórico e jurisprudencial, mas sim que é imprescindível ter uma visão crítica do sistema, bem como vislumbrar a prisão cautelar à luz do Constitucionalismo Moderno, o qual se trata de um instrumento que limita o poder estatal com fins garantísticos. Deve-se ter em mente que a liberdade individual se trata de um direito fundamental previsto constitucionalmente. Por isso, pensa-se prisão cautelar como exceção, sendo a liberdade de ir, vir e permanecer a regra, devido aos vários princípios constitucionais, sobretudo a dignidade humana, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, dentre outros. Deste modo, este estudo visa contribuir para atenuar os elevados números referentes ao sistema carcerário brasileiro.

Palavras-chave: Prisões cautelares. Liberdade individual. Princípios Constitucionais. Direitos Fundamentais. Constitucionalismo.

ABSTRACT

This article discusses in a critical way, as the institute precautionary arrests in the Brazilian legal system works. You can not stay only in theoretical and jurisprudential common sense, but it is essential to have a critical view of the system as well as glimpse the precautionary arrest the light of Modern Constitutionalism, which it is an instrument that limits state power with -garantísticos purposes. It should be borne in mind that individual freedom it is a fundamental right under the Constitution. Therefore, it is thought precautionary detention as an exception, being free to go, come and stay the rule, due to the various constitutional principles, especially human dignity, due process, presumption of innocence, among others. Thus, this study aims to mitigate the high figures for the Brazilian prison system.

Keywords: Precautionary arrests. Individual freedom. Constitutional principles. Fundamental Rights. Constitutionalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	12
1.1 Do devido processo legal	12
1.2 Da presunção de inocência.....	15
1.3 O contraditório e a ampla defesa	16
CAPÍTULO 2 CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	19
2.1 Inexistência de um poder geral de cautela	19
2.2 Impropriedade dos termos <i>fumus boni iuris</i> e <i>periculum in mora</i> . Requisitos da processualística penal: <i>fumus commissi delicti</i> e <i>periculum libertatis</i>	21
2.3 Principiologia das prisões cautelares	22
CAPÍTULO 3 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR	26
3.1 Prisão em flagrante	26
3.2 Prisão preventiva	30
3.3. Prisão temporária.....	37
CAPÍTULO 4.....	41
AS MUDANÇAS INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/11.....	41
4.1 Das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva	41
4.2. Liberdade Provisória e Fiança após a Lei 12.403/11.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	53
ANEXO 1	56
ANEXO 2	64

INTRODUÇÃO

O tema tratado é de suma importância, não somente em termos acadêmicos, mas, principalmente, para a nossa triste realidade carcerária, as quais se tornaram verdadeiras masmorras, na medida em que se violam os mais importantes regramentos constitucionais, mormente a dignidade da pessoa humana, prevista como fundamento de nossa República, de acordo com o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Trata-se de propor um estudo crítico que envolve desde a legislação, princípios e regras referentes às prisões cautelares, até se chegar ao ponto nevrálgico da questão, vale dizer, como o sistema de política criminal funciona quando se fala em prisão antes de um veredicto jurisdicional.

Assim, insta ressaltar a importância de se ter magistrados, delegados de polícia e promotores de justiça, comprometidos com a ética, imparcialidade e lisura diante de um caso concreto, vez que se está diante de um indivíduo que ainda não possui contra si uma sentença condenatória com trânsito em julgado.

Portanto, presumidamente inocente (art. 5º, LVII, CF/88), bem como protegido por várias garantias constitucionais, e, amparado pelos direitos fundamentais, também previstos na Carta Democrática.

Ademais, deve-se criticar o atual cenário político-criminal, visto que nossas prisões estão, indubitavelmente, cada vez mais violentas, e, à mercê de várias facções criminais, as quais dominam nosso medieval sistema penitenciário.

Destarte, muitos dos nossos presos estão encarcerados a título de prisão provisória. Ocorre que, na esmagadora maioria dessas pessoas presas cautelarmente, tratam-se, sem sombra de dúvidas, de réus acusados de crimes de menor reprovabilidade penal, como, exemplificativamente, furtos, embriaguez ao volante, estelionatos, de modo que não se justifica colocar indivíduos acusados destes delitos de menor expressão no cárcere, levando-se em consideração a estigmatização e rotulação de sujeitos que não oferecem riscos para a sociedade.

Deve-se vislumbrar o instituto das prisões provisórias senão à luz do Constitucionalismo Moderno. Assim, não se deve somente observar a legislação que rege o tema, mas, também, analisar-se a necessidade e adequação da medida cautelar conjugada com

a principiologia constitucional, a saber, o encarceramento provisório será inconstitucional quando não observados os princípios democráticos que regem nossa República.

CAPÍTULO 1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em uma análise sistemática do nosso ordenamento jurídico, vislumbra-se a presença de vários princípios constitucionais, os quais são imprescindíveis para reger as relações jurídico-processuais concernentes às medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, mormente o instituto das prisões cautelares.

Assim sendo, quando da decretação, manutenção ou revogação de uma prisão cautelar, deve-se, obrigatoriamente, observar e sopesar os vários princípios previstos na Constituição da República de 1988.

Ademais, há princípios que são o alicerce de todo o processo penal, como, exemplificativamente, o princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos LVII, LIV e LV.

Tem-se, hodiernamente, uma nova visão sobre os princípios e o direito constitucional, uma vez que os princípios e informativos relacionados aos direitos fundamentais possuem força normativa, porquanto são extensão das premissas constitucionais, inclusive os chamados princípios constitucionais implícitos. Ademais, houve a expansão da jurisdição constitucional com os denominados controles difuso e concentrado de constitucionalidade, momento em que os vários princípios auxiliam no conflito das leis com a Carta Magna e, também, conflitos concernentes entre normas constitucionais, prezando pela ponderância entre eles à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

As normas-princípios que consagram direitos fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF/88), obrigando o legislador a criar regras processuais em conformidade com elas e, ainda, adequadas à tutela das situações jurídicas ativas (principalmente os direitos fundamentais). Sucede que as normas relativas a direitos fundamentais também obrigam o magistrado, que deverá proceder ao controle de constitucionalidade difuso das regras processuais quando, em um caso concreto, perceber que uma delas viola a pauta normativa constitucional. Daí surge o princípio da adequação judicial das regras processuais, que está intimamente relacionado ao controle de constitucionalidade das leis no momento da aplicação (controle incidental e concreto) e à teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, que pregam a eficácia imediata e direta dessas normas. (DIDIER JR., 2008, p.29).

1.1 Do devido processo legal

Conforme o art. 5º, LIV, –ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Historicamente, o princípio constitucional do devido processo legal surgiu na Inglaterra com a Magna Carta de 1215, a qual apresentava a seguinte versão: –nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do paísl.

Trata-se de um importante regramento previsto constitucionalmente para conter o poder (abusivo) estatal, protegendo-se outros direitos também previstos na Carta Maior, quais sejam, os direitos fundamentais de primeira geração como a liberdade, a propriedade, a ampla defesa e o contraditório, dentre outros.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello¹ se manifestou acerca deste princípio: –O exame da garantia constitucional do *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de –participação ativa|| nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes||.

Importante ressaltar que, o princípio do devido processo legal, em seu sentido substantivo, consubstancia-se no também relevante princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Este se subdivide nos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação, também denominado da idoneidade ou pertinência, significa que qualquer medida que o Poder Público adote deve ser adequada à consecução da finalidade objetivada, ou seja, a adoção de um meio deve ter possibilidade de resultar no fim que se pretende obter; o meio escolhido há de ser apto a atingir o objetivo pretendido. Se, com a utilização de determinado meio, não for possível alcançar a finalidade desejada, impende concluir que o meio é inadequado ou impertinente. O pressuposto da necessidade ou exigibilidade significa que a adoção de uma medida restritiva de direito só é válida se ela for indispensável

¹ HC 94.016, rel. Min. Celso de Mello, 07.04.2008.

para a manutenção do próprio ou de outro direito, e somente se não puder ser substituída por outra providência também eficaz, porém menos gravosa. Em outras palavras, só será válida a restrição de direito se não for possível adotar outra medida menos restritiva que seja capaz de atingir o mesmo objetivo, de alcançar o mesmo resultado. Como terceiro subprincípio, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito somente é exercido depois de verificada a adequação e necessidade da medida restritiva de direito. Confirmada a configuração dos dois primeiros elementos, cabe averiguar se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição a um ou a outro direito. Como medida restritiva de direito contrapõe o princípio que se tenciona promover e o direito que está sendo restringido, a proporcionalidade em sentido estrito traduz a exigência de que haja um equilíbrio, uma relação ponderada entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto. (ALEXANDRINO; PAULO, 2002, p. 186).

Frisa-se, no que concerne ao princípio do devido processo legal, o também importante princípio da cooperação, entendido como uma regra principiológica em que o magistrado não ficará restrito à fiscalização de aplicação do Direito, senão que deve agir, também, como agente colaborador, ajudando as partes a resolverem o litígio.

Atualmente, prestigia-se no direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal -, e já com alguma repercussão na doutrina brasileira, o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras. Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, §5, CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se o princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir. (DIDIER JR., 2008, p. 58-59).

Em uma visão instrumental do processo, vislumbra-se que este não é um fim em si mesmo, mas sim que serve para tutelar o direito material. Assim sendo, caso o objeto consubstanciado no direito material se perca, o processo não deve prevalecer, sendo inviável seu trâmite, homenageando-se o princípio da instrumentalidade. (DIDIER JR., 2008, p. 57).

Insta ressaltar também o princípio da igualdade como consectário do *due process of law*, tendo em vista a importância das partes terem as mesmas oportunidades durante o trâmite processual, em homenagem à paridade de armas, a saber, uma parte não pode ser beneficiada em detrimento da outra, sob pena de ofensa ao direito fundamental à igualdade, conforme art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

1.2 Da presunção de inocência

Indubitavelmente um dos mais importantes regramentos constitucionais é aquele previsto no art. 5º, LVII, a saber, o princípio constitucional da não-culpabilidade, o qual explicita que ninguém será considerado culpado até sentença penal condenatória transitada em julgado.

É um verdadeiro dever de tratamento, porquanto impõe ao Estado e à coletividade que o indivíduo acusado de praticar um ilícito penal seja tratado como se inocente fosse, em homenagem ao Estado de Direito.

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se de pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, visto que decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro. (LOPES JR., 2013, p.23).

Deve-se pensar prisão cautelar à luz do princípio do estado de inocência, uma vez que é tênue a linha separadora de ambos os institutos, pois que o sistema constitucional de garantias mínimas impõe verdadeiro dever de tratamento no que tange à presunção de não- culpabilidade do sujeito passivo da relação jurídico-processual.

O princípio da presunção de inocência pode ser vislumbrado sob a ótica externa e interna do processo. Assim, internamente ao processo, deve-se ter em mente que toda a carga probatória recai àquele que está imputando a acusação, sem prejuízo da aplicação da máxima romana *in dubio pro reo*, a saber, na dúvida impõe-se a absolvição do sujeito passivo.

À luz da dimensão externa, protege-se o acusado/indiciado da inconstitucional exploração midiática do caso objeto da ação penal, tendo em vista os direitos e garantias individuais, mormente a dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Saliente-se que a presunção constitucional é de *não culpabilidade*, e não de inexistência do fato ou de negativa de autoria, de modo que a acusação não precisa demonstrar apenas a autoria e a materialidade, mas a própria culpabilidade do réu, o que inclui a circunstância de que o réu praticara o fato delituoso sem que houvesse justificativa para tanto. Vale dizer, a acusação tem de provar que existiu o fato, que é típico, que o réu foi seu autor e que o praticou de forma contrária ao direito (dolo), sem justificativa (sem excludentes de antijuricidade ou de culpabilidade). O contrário, isto é, a *culpabilidade* do réu, não é presumido em favor do Estado. (NERY JUNIOR, 2010, p. 305).

Registre-se, também, que a República Federativa do Brasil é signatária da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (decreto nº 678 de 1992), a qual explicita que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa, conforme item 2 do art. 8º do Pacto de San Jose da Costa Rica.

1.3 O contraditório e a ampla defesa

Em uma visão constitucionalizada do processo penal brasileiro, vislumbra-se imprescindível a aplicabilidade e eficácia de alguns preceitos constitucionais, sobretudo aquele previsto no art. 5º, LV, da CF/88, qual seja o contraditório e a ampla defesa.

Assim, seu nível de observância corresponde ao grau de eficácia dos direitos e garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito, bem como ao nível democrático do Estado, haja vista a importância desse direito para conter o poder arbitrário Estatal com a finalidade de se evitar injustiças.

Em sede de medidas cautelares, deve-se observar o mandamento constitucional do contraditório, com exceção dos casos urgentes e de perigo de ineficácia da medida. Reza o §3º do art. 282 do Código de Processo Penal que, ressalvados os casos excepcionais acima citados, 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.

Alguns doutrinadores sugerem que o contraditório teria seu nível de observância alcançado, sem prejuízo de se respeitar também a dignidade humana, se o sujeito passivo, especialmente nos casos de prisão cautelar, fosse levado imediatamente à presença de um juiz de direito, momento em que o magistrado constataria a necessidade e adequação da decretação da medida cautelar, evitando-se prisões desnecessárias.

Nossa sugestão sempre foi de que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão, para que, após ouvi-lo (um interrogatório restrito à inquirição sobre a necessidade ou não da prisão, já que o caso penal deve ser objeto de interrogatório ao final do procedimento), decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar. Por meio de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia de –direito à audiência‖ e, provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou, ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido –ouvido pelo juiz‖. Para os –operadores‖ do Direito já imunizados pela insensibilidade, isso pode não representar muito, mas com certeza, para quem está sofrendo a medida, é um ato da maior relevância. Não sem razão, o art. 8º, 1, da CADH (Convenção Americana de

Direitos Humanos) determina que –toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente (...). (LOPES JR., 2013, p.33).

Um ponto negativo do dispositivo retro mencionado (art. 282, §3º, CPP) consiste na intimação do sujeito passivo, porquanto a legislação processual-penal não preceitua a finalidade de tal ato, isto é, o Código de Processo Penal poderia ter feito menção ao ato que deverá ser praticado pelo réu/investigado, como, por exemplo, ofertar uma resposta refutando a necessidade e/ou adequação da medida. Daí por que alguns processualistas entendem que o correto seria o magistrado intimar a parte contrária para uma audiência, ocasião em que, à luz do contraditório e da oralidade, o julgador decidisse pela decretação ou não da medida constritiva.

Deste modo, o correto seria o julgador marcar uma audiência, ocasião em que o réu sustentaria sua versão no sentido de ser desnecessária a prisão cautelar, por ausência de materialidade e indícios suficientes de autoria ou pela inexistência do *periculum libertatis*, prestigiando-se o princípio da oralidade. (LOPES JR., 2013, p. 34).

Em casos extremos, poder-se-ia decretar a prisão cautelar do imputado para, logo após efetivar-se a prisão provisória, realizar-se a audiência com a finalidade de se respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o da paridade de armas e da imparcialidade do julgador.

Assim sendo, caso o magistrado receba um pedido, exemplificativamente, de representação da autoridade policial pela decretação da prisão preventiva, sob o fundamento de risco para a aplicação da lei penal, haja vista existirem provas contundentes de que o investigado irá fugir do país, a autoridade judiciária poderá decretar a medida para, após a prisão cautelar, realizar a audiência.

Por outro lado, o contraditório, imprescindivelmente, deve-se materializar na informação do que está acontecendo no processo ou no procedimento inquisitorial e, além disso, é necessário assegurar ao acusado o direito de participar, isto é, influenciar na decisão do julgador. Caracteriza o binômio constitucional informação/participação.

Ademais, o direito fundamental a ampla defesa divide-se em defesa técnica e autodefesa. Assim, se por um lado presume-se que o sujeito passivo não possui condições técnicas de resistir à pretensão do Estado, por outro se deve assegurar a ele o direito de dar a sua versão fática do caso. Desse modo, ninguém, levando-se em consideração o atual nível de constitucionalidade do processo penal brasileiro, pode ser julgado sem defesa técnica, em conformidade com o art. 261 do Código de Processo Penal.

O princípio, para o processo penal, significa contraditório *efetivo, real, substancial*. Tanto que se exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (CPP 261), para que se tenha por obedecido o mandamento constitucional. Para isso a norma é completada por aquela do CPP 497 V, que manda seja dado defensor ao réu, quando o juiz o considerar indefeso. (NERY JUNIOR, 2010, p. 212).

Por derradeiro, dessume-se da sistemática constitucional e do processo penal acusatório vigente no ordenamento jurídico ser imprescindível a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, até pela função dialética do processo, bem como para se evitar injustiças, enviando seres humanos (inocentes até prova em contrário) para o nosso medieval sistema carcerário.

CAPÍTULO 2

CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

À luz do nosso ordenamento jurídico processual-penal, vislumbra-se a necessidade de se proteger um provimento jurisdicional futuro e, por consectário, amparar o *jus puniendi* do Estado.

Tem-se, pois, as chamadas medidas cautelares para assegurar a eficácia de um eventual dizer jurisdicional.

O decurso do lapso temporal pode levar – e isso ocorre com frequência – a que não se chegue ao provimento jurisdicional almejado inicialmente. Nem sempre os instrumentos legais à disposição do juiz são suficientes para superar esses obstáculos. Várias intercorrências surgem no curso de um processo criminal, seja de conhecimento ou execução. (ROCHEL DE OLIVEIRA 2012, p.10).

2.1 Inexistência de um poder geral de cautela

Anteriormente à entrada em vigor da lei 12.403/11 não eram incomuns os casos em que magistrados decretavam as chamadas medidas cautelares inominadas, com fundamento no denominado poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil.

Ocorre que, o processo penal possui instrumentos próprios e distintos da processualística civil, porquanto se trata de um conjunto de normas que, ao mesmo tempo em que faz previsão de várias garantias ao réu, limita o poder estatal, o qual tende a ser autoritário e arbitrário.

Sendo assim, conclui-se pela inexistência das medidas cautelares atípicas, e que não possui o julgador criminal um poder geral de cautela, uma vez que vigoram os princípios da legalidade, taxatividade e tipicidade dos atos processuais.

Deve-se, pois, no processo penal democrático e acusatório obediência aos mandamentos constitucionais, objetivando-se a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, os quais possuem aplicabilidade imediata, segundo o §1º do art. 5º da Constituição da República.

Tendo em vista a importância do Processo Penal Brasileiro como instrumento limitador do poder punitivo do Estado, conclui-se que não há espaço para as chamadas medidas cautelares inominadas e, também, não possui o julgador o denominado poder geral de cautela, porquanto quando se fala na processualística penal vislumbra-se, sem margem de dúvidas, que forma é garantia. Portanto, todo procedimento é estritamente vinculado à

legislação, em obediência ao princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF/88. (LOPES JR., 2013, p.29).

Tópico que suscita discussões jurídicas é aquele que se refere à necessidade de um rol exaustivo de medidas cautelares ou o reconhecimento de ‘poder geral de cautela’ do juiz criminal, a exemplo do que ocorre com a legislação processual civil. Antônio Magalhães sustenta a posição de que não existe esse ‘poder geral de cautela’ em matéria criminal, através do qual o juiz poderia impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador. O autor ressalta que o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à ‘legalidade da inteira repressão’, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta. (ROCHEL DE OLIVEIRA 2012, p.11-12).

As cautelares, tendo em vista que não há ainda um título judicial, isto é, um provimento jurisdicional definitivo, consistem em severas restrições aos direitos e garantias individuais, sobretudo o direito fundamental à liberdade, como ocorre com as prisões provisórias, não obstante o fato de o sujeito passivo ser presumidamente inocente.

Por conta disso, devem-se sopesar os princípios da legalidade, taxatividade e tipicidade dos atos processuais com a autorização constitucional da prisão cautelar, prevista no art. 5º, LXI, da CF/88.

No processo penal, não há lugar para o poder geral de cautela do juiz (artigo 798 do CPC), em razão da observância à legalidade estrita. Isso porque não se verifica lacuna no novel texto processual, sendo inadmitida a interpretação extensiva ou a aplicação analógica de normas tomadas, por empréstimo, de ramos diversos do Direito. Explicação: é sabido que além do princípio da reserva legal, deve-se atentar à vedação de aplicação do método analógico ou extensivo *in malam partem*, mormente quando o texto legal que se busca aplicar possui raízes no direito processual civil, totalmente estranhas, por óbvio, ao processo criminal. (AZEVEDO NUNES, 2011).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre o tema, senão vejamos:

-Processo penal. Habeas Corpus. Crimes contra a ordem tributária e contra a administração pública. Prisão preventiva revogada com determinação de afastamento do cargo. Artigo 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92. Aplicação no processo penal. Inviabilidade. Poder geral de cautela no processo penal para fins restritivos. Inexistência.1. É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no artigo 20, parágrafo único, da lei 8.429/92, previsto para casos de improbidade administrativa.2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência.3. Ordem concedida para revogar a providência do artigo 20, parágrafo

único, da lei n. 8.429/92, determinada pelo tribunal a quo, no seio da ação penal n. 2007.70.09.001531-6, da 1.^a vara federal de ponta grossa/pr.¹²

Assim, não há espaço para violações às garantias previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, haja vista a inadmissibilidade de utilizar-se de analogia *in malam partem*, em respeito ao princípio constitucional da reserva legal, o qual possui previsão no art. 5º, XXXIX, da CRFB/1988.

2.2 Impropriedade dos termos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Requisitos da processualística penal: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

É cediço que o sistema cautelar, tanto no processo civil como no processo penal tem por objetivo garantir a eficácia de um (eventual) provimento jurisdicional futuro.

Destarte, alguns doutrinadores, seguindo a lição de Piero Calamandrei, têm transferido, para o processo penal, as categorias do processo civil, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Todavia, soa incoerente tal ato, pois o processo penal, diante de suas peculiaridades, deve possuir categorias próprias, as quais devem tutelar os interesses específicos desse ramo processual.

Deste modo, não é correto falar em *fumus boni iuris* como requisito para a decretação de uma prisão cautelar, uma vez que para realizar tal procedimento não é necessário que exista a -fumaça do bom direito, porquanto houve a prática de um crime, isto é, algo antagônico ao Direito.

Deve-se, pois, utilizar a expressão *fumus commissi delicti*, visto tratar-se de fumaça da existência de uma infração penal, ou seja, a probabilidade de ter ocorrido o crime.

Portanto, tal requisito consubstancia-se em dois elementos: indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito, saciando as vontades próprias do processo penal brasileiro.

Isto posto, vislumbra-se que o requisito para a decretação de uma medida cautelar não é a probabilidade de existência de um direito, mas sim a de ocorrência de uma infração penal. Por isso, deve-se falar no requisito *fumus commissi delicti*, isto é, a probabilidade de existência de um delito. Analisando o Código de Processo Penal, constata-se que esse

² HC n. 128599 / PR, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data do Julgamento: 07/12/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 17/12/2010

requisito se consubstancia nas expressões indícios suficientes de autoria e prova da materialidade. (LOPES JR., 2013, p.26).

Por outro lado, faz-se confusão também no que concerne ao fundamento das medidas cautelares, qual seja o *periculum in mora* do processo civil. No processo penal não é o lapso temporal que vai prejudicar o provimento jurisdicional final.

Deve-se levar em consideração que as medidas cautelares, dentre elas se destaca a prisão processual, tratam-se de instrumentos a serviço do processo. Por isso, alguns a denominam de instrumento ao quadrado ou instrumento do instrumento.

Assim, respeitando-se as categorias próprias do processo penal, tem-se como fundamento para a decretação de uma cautelar o *periculum libertatis*, porquanto o perigo de ineficácia do provimento judicial decorre do estado de liberdade do imputado.

A despeito de ser viável a análise do *periculum in mora* nas medidas cautelares reais, tendo em vista que neste caso o decurso do tempo poderia prejudicar o direito objeto da ação, torna-se inviável se a medida cautelar for de cunho privativo de liberdade, isto é, cautelares pessoais, visto que aqui o perigo de ineficácia vem de encontro à liberdade do acusado, pois este estará, exemplificativamente, coagindo testemunhas, destruindo provas importantes ao descobrimento da verdade, tentando fugir para se furtar à aplicação da lei penal, etc.

Portanto, o resultado final do processo estará em risco não pelo decurso de certo lapso temporal, mas sim pelo estado de liberdade do sujeito passivo.

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou em risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova). O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo o fundamento é o *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado. (LOPES JR., 2013, p.27).

2.3 Principiologia das prisões cautelares

Preliminarmente, insta salientar a importância dos princípios para todo e qualquer instituto jurídico.

O sistema da principiologia das medidas cautelares é imprescindível para a coexistência de uma prisão processual com a presunção constitucional de não-culpabilidade.

Importante distinguir dois dos princípios que regem a sistemática cautelar no processo penal brasileiro, a saber, os princípios da provisionalidade e da provisoriedade.

A norma principiológica da provisionalidade preceitua que, caso desapareça o suporte fático o qual fundamentou a decretação da prisão provisória, deve esta ser revogada como medida de justiça, bem como que pode ser novamente decretada caso subsistam motivos para tanto, em obediência ao art. 282, §5º, do Código de Processo Penal.

Sendo assim, caso a autoridade judiciária competente decrete a prisão preventiva do imputado por estar ele coagindo testemunhas, esta medida cautelar deverá ser revogada após a conclusão da instrução probatória, uma vez que a partir desse momento desaparecerá a situação fática que fundamentou o decreto jurisdicional.

Já o princípio da provisoriedade possui relação com o decurso do tempo, ou seja, a prisão cautelar não pode perdurar por lapso temporal irrazoável, a saber, deve-se obedecer ao princípio da proporcionalidade, bem como ao princípio constitucional da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna de 1988.

Com exceção da prisão temporária, a qual possui prazo determinado na legislação, qual seja a lei 7.960/89, as outras formas de prisão processual continuam sem fixar um prazo máximo para duração de tais medidas cautelares e, levando-se em consideração o nosso precário sistema carcerário, bem como a desídia de algumas autoridades competentes para fiscalização no que tange à desproporcionalidade da duração dessas prisões, estas assumem, inequivocamente, um caráter de verdadeira pena antecipada, maculando-se o princípio constitucional do estado de inocência.

—A prisão cautelar não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.³

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido o chamado excesso de prazo na formação da culpa, relaxando-se as prisões ilegais com fundamento nos prazos previstos no Código de Processo Penal, como, por exemplo, que o Ministério Público deve oferecer denúncia no prazo de 05 (cinco) dias no caso de réu preso. Porém, ainda persistem

³ STF, HC n. 98.821/ CE, 2ª T., Relator: Ministro CELSO DE MELLO, j. 9-3-2010, Dje de 16-4-2010.

algumas aberrações jurídicas, dando-se a entender que o correto seria a legislação fixar um prazo máximo de duração da prisão.

Assim, nossos tribunais tentaram, sem, contudo, obter êxito, construir prazos, os quais se fossem desrespeitados caracterizaria esse excesso de prazo, suscetível de impetração de *habeas corpus* para sanar a violação à liberdade do indivíduo, haja vista o constrangimento ilegal sofrido por este. Portanto, caso tenha se passado os 81 dias do procedimento ordinário e o acusado sequer tinha contra si uma sentença de 1ª instância, seja condenatória ou absolutória, de rigor o relaxamento de sua prisão, por ser esta absolutamente ilegal. (LOPES JR., 2013, p.38).

Outro princípio que rege as prisões cautelares é o da excepcionalidade, visto tratar-se de medida provisória gravíssima, a qual atenta contra o direito fundamental à liberdade de locomoção de um ser humano que é presumidamente inocente. Daí por que se fala em prisão processual como *ultima ratio* dentre as medidas cautelares.

Além do mais, após a entrada em vigor da lei 12.403/11, o encarceramento provisório tornou-se medida excepcionalíssima, uma vez que esta norma jurídica trouxe várias formas alternativas à prisão. Destarte, uma pessoa só pode ser presa cautelarmente se as tais medidas revelarem-se inadequadas ou insuficientes, segundo o art. 310, II, do CPP.

(...) a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição. Ademais, diz o autor, se fosse verdade que elas (as prisões cautelares) não têm natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades (uma boa residência) e não como é hoje, em que o preso cautelar está em situação pior do que a do preso definitivo (pois não tem regime semiaberto ou saídas temporárias). (FERRAJOLI, p. 549 *apud* LOPES JR., 2013, p.43-44).

Ademais, também se fala no princípio da proporcionalidade no que concerne ao tema prisões cautelares. Assim, pode-se vislumbrar esta regra principiológica subdividindo-a em três elementos (subprincípios): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme esclarecido anteriormente.

Importante destacar um tópico relevante da regra constitucional da proporcionalidade, isto é, deve-se observar, diante de várias circunstâncias, como, exemplificativamente, a pena cominada em abstrato, primariedade e reincidência, confissão, dentre outras, se, a prisão processual é mais gravosa que o eventual provimento jurisdicional final.

Desse modo, caso o magistrado perceba que, ao final do processo, o réu sequer será enviado para o cárcere, pois primário, de bons antecedentes, bem como que a pena cominada para o delito enseja a fixação de regime aberto, em respeito ao princípio da proporcionalidade,

deverá o acusado ser beneficiado pelo instituto da liberdade provisória, vez que a medida cautelar será mais gravosa que a própria pena ao final da ação.

Se a medida cautelar, no caso a prisão preventiva, for mais gravosa que a pena a ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e a qual ela deve preservar. (BADARÓ 2008).

Por derradeiro, têm-se os princípios da jurisdicionalidade e motivação, os quais explicitam que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nesse caso por sentença penal condenatória transitada em julgado ou no curso do processo ou investigação por prisão preventiva ou prisão temporária, em consonância com o art. 283 do Código de Processo Penal.

Relevante destacar o caráter precautelar da prisão em flagrante, tendo em vista que qualquer pessoa do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, conforme art. 301 do Diploma Processual Penal.

Em outras palavras, após a entrada em vigor da lei 12.403/11, a prisão em flagrante passou a ter brevíssima duração, haja vista que em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, a autoridade policial deverá encaminhar ao juiz de direito o auto de prisão em flagrante delito (APFD), ocasião em que o magistrado irá verificar eventual ilegalidade no ato coercitivo, relaxando-se a prisão do conduzido, ou, homologando a peça, concedendo-se liberdade provisória ou decretando-se a prisão preventiva, segundo o art. 306, §1º, combinado com o art. 310 e seus incisos, ambos do CPP.

Toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. A prisão em flagrante é uma medida precautelar, uma precária detenção, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial. Nesse caso, o controle jurisdicional dá-se em momento imediatamente posterior, com o juiz homologando ou relaxando a prisão e, na continuação, decretando a prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória. Em qualquer caso, fundamentando sua decisão, nos termos do art. 93, IX, da Constituição e do novel art. 315 do CPP (...) (LOPES JR., 2013, p.32).

CAPÍTULO 3

ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR

A prisão cautelar, com o advento da nova ordem constitucional, já era considerada uma medida cautelar excepcional, visto que a liberdade no processo penal é a regra. Entretanto, após a entrada em vigor da lei 12.403/11, tal medida constritiva se tornou excepcionalíssima, tendo em vista a criação das novas medidas cautelares alternativas à prisão.

Em outras palavras, o judiciário somente poderá decretar a prisão cautelar de um indiciado ou acusado quando, pelas circunstâncias, verificar que as medidas cautelares alternativas são insuficientes para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

3.1 Prisão em flagrante

À luz do nosso ordenamento jurídico, calha ressaltar as hipóteses taxativamente previstas em lei referentes às situações em que o agente estará em flagrante delito e, portanto, poderá ser preso.

De acordo com o art. 302 do Código de Processo Penal, 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.

A situação flagrancial prevista no inciso I consiste no ato de surpreender o agente cometendo o crime, isto é, praticando a conduta elementar do tipo penal, como, exemplificativamente, no crime de roubo, o flagranteado está apontando a arma de fogo, a saber, subjugando a vítima para lhe subtrair pertences pessoais.

Nesse caso, pode-se até mesmo evitar a consumação da infração penal, uma vez que o imputado ainda está praticando o verbo do tipo penal.

Deste modo, trata-se uma prisão em flagrante que possui uma maior credibilidade, uma vez que o agente está praticando a conduta, percorrendo o *iter criminis*, sem, porém, ter

consumado a infração penal. É o caso do indivíduo que está subtraindo a *res furtiva* no delito de furto ou, ainda, em um contexto fático onde o flagranteado é surpreendido mantendo conjunção carnal no crime de estupro. Portanto, ambos estão em flagrante delito e não consumaram as condutas delituosas, a saber, estas prisões possuem uma maior credibilidade no momento de ratificação pela Autoridade Policial. (LOPES JR., 2013, p.55)

Por outro lado, tem-se uma modalidade diferente de flagrante no inciso II, visto que nesse caso o agente já praticou o verbo nuclear do tipo penal. Entretanto, também é considerado um flagrante próprio, porquanto não há interregno de grande monta entre a conduta e a prisão em flagrante. Também nesse caso pode-se evitar a consumação do crime.

No inciso II, o agente é surpreendido ao acabar de cometer o delito, quando já cessou a prática do verbo nuclear do tipo penal. Mas, nesse caso, o delito ainda está crepitando (na expressão de Carnelutti), pois o agente cessou recentemente de praticar a conduta descrita no tipo penal. É considerado ainda um flagrante próprio, pois não há lapso temporal relevante entre a prática do crime (no sentido indicado pelo verbo nuclear) e a prisão. Dependendo da situação, o imediato socorro prestado à vítima ainda poderá evitar a consumação, mas diferencia-se da situação anterior na medida em que, aqui, ele já realizou a figura típica e a consumação já pode até ter ocorrido. (LOPES JR., 2013, p.55).

De outro modo, têm-se as situações flagranciais previstas nos incisos III e IV do art. 302, hipóteses conhecidas por suas fragilidades, vez que nestes casos não existe a visibilidade do delito, isto é, o *fumus commissi delicti* é mais fraco em comparação com as outras modalidades de flagrante estudadas anteriormente.

Equivocadamente, a doutrina e a jurisprudência têm denominado tais situações de -flagrante impróprio¹¹ ou -quase flagrante¹². Assim, não é correto se utilizar de tais denominações, visto que as modalidades estão previstas no Código de Processo Penal como casos flagranciais, obedecendo-se aos princípios da legalidade e taxatividade dos atos processuais, bem como combinado com a autorização constitucional da prisão cautelar, no caso a prisão em flagrante, prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. (LOPES JR., 2013, p.55-56).

Destarte, levando-se em consideração as informações apontadas, conclui-se que se trata de um equívoco denominar as hipóteses de -flagrante impróprio¹¹, pois este chamamento equivale a um tratamento não-flagrancial das hipóteses constitucional e legalmente previstas.

O inciso III do art. 302 explicita que se considera em flagrante delito quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pela vítima ou por qualquer pessoa em situação que faça presumir ser autor da infração.

Dessarte deve-se conjugar os vários elementos previstos na legislação infraconstitucional, quais sejam a perseguição, o fator temporal –logo apósl, bem como a situação presumível de culpabilidade.

Entende-se, na sistemática processual-penal, por perseguição, a situação em que o executor, tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista, bem como sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for ao seu enalço, segundo as alíneas –all e –bll do parágrafo primeiro do art. 290 do Código de Processo Penal.

Portanto, para que o flagrante seja legal é preciso que haja uma perseguição ininterrupta, ou seja, a autoridade policial, a vítima ou qualquer pessoa deve ir ao enalço do flagranteado sem realizar intervalos na perseguição, a saber, o flagrante continuará incólume mesmo com várias horas de perseguição, caso seja esta ininterrupta, logicamente.

Deve-se, pois, obedecer também ao requisito temporal –logo apósl, uma vez que é a conjugação de todos os elementos que tornam a prisão em flagrante, legal, sendo descabido o relaxamento, cabendo-se, ademais, um eventual pedido de liberdade provisória, por ausentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar.

Esse requisito deve ser considerado como um pequeno espaço de tempo entre a prática do delito e o início da perseguição, tendo em vista que se diferi do elemento temporal –logo depoisl, previsto no inciso IV do art. 302, o qual deve ser analisado de forma mais abrangente, isto é, pode ser considerado como um lapso temporal maior, interpretando aquele de forma restritiva, levando-se em consideração que no âmbito do processo penal forma é garantia.

A perseguição de que ora se cuida deve ser ininterrupta e seguir-se logo após a prática da infração penal, –de modo a caracterizar a imediatidade e continuidade que a legitimam como prisão em flagrante⁴. Pressupõe certeza a respeito do itinerário do autor do fato, de maneira que a prisão levada a efeito horas depois do ilícito, por agentes que se colocaram na via pública à procura do infrator, mas sem saber exatamente onde este se encontrava, de flagrante impróprio nada tem, embora possa caracterizar hipótese de flagrante presumido (...) (MARCÃO, 2012, p. 72).

O requisito temporal consubstancia-se na expressão –logo apósl. Assim, recomenda-se seja interpretada de forma restritiva, bem como observada a regra da perseguição prevista na legislação vigente, vale dizer, considera-se –perseguiçãoo quando existe o chamado –contato visuall ou uma proximidade que permita a autoridade ou qualquer cidadão sair no enalço do suspeito, conforme alíneas do parágrafo primeiro do art. 290 do CPP. Ademais, cumpre

⁴ STF, RHC 60.895/GO, 1ª T., rel. Min. Rafael Mayer, j. 6-5-1983, Dje de 26-8-1983.

ressaltar a importância de se fazer uma interpretação de modo em que se verifique um lapso temporal mínimo de acordo com a complexidade fática. (LOPES JR., 2013, p.57).

Outrossim, tem-se o requisito –situação que faça presumir ser autor da infração. Dessarte, à luz de um Estado Democrático e Constitucionalizado de Direito não se chega à outra conclusão senão de que há manifesta inconstitucionalidade nesta expressão, porquanto, diante do princípio do estado de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Carta Magna, não se pode presumir a culpabilidade de ninguém, seja investigado, indiciado, réu ou no presente caso de um conduzido ou flagranteado.

Por fim, o inciso exige que o perseguido seja preso em –situação que faça presumir ser autor da infração. A rigor, a disposição é substancialmente inconstitucional, pois à luz da presunção de inocência não se pode –presumir a autoria, senão que ela deve ser demonstrada e provada. Infelizmente, o controle da constitucionalidade das leis processuais penais é incipiente, muito aquém do necessário para um Código de década de 40. Assim, a nefasta presunção da autoria é extraída de elementos, como estar na posse dos objetos subtraídos, com a arma do crime, mediante reconhecimento da vítima, etc. (LOPES JR., 2013, p.57-58).

Derradeiramente, tem-se a modalidade flagrancial prevista no inciso IV do art. 302, o qual elucida que, considera-se em flagrante delito quem for encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Assim sendo, pode-se vislumbrar que este flagrante, conhecido como presumido, difere do impróprio (art. 302, III), pois nele não existe, necessariamente, uma perseguição, pois o requisito de atividade é o –encontrar e não o –perseguir do dispositivo retro mencionado. Além do mais, o fator temporal é o –logo depois, período este mais elástico do que o –logo após do flagrante impróprio.

Ademais, importante destacar que o verbo –encontrar, previsto no dispositivo infraconstitucional, deve ser aferido à luz de uma interpretação sistêmica, concluindo-se que as autoridades policiais, a vítima ou qualquer pessoa devem, necessariamente, estar à procura do suspeito ou se utilizando de instrumentos para conseguir detê-lo, sem prejuízo de se respeitar os outros requisitos, como, por exemplo, que o suspeito deve ser encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O primeiro requisito é que o agente seja –encontrado. Fazendo uma interpretação sistemática em relação aos incisos anteriores, pode-se afirmar que esse –encontrado deve ser causal e não casual. É o encontrar de quem procurou, perseguiu e depois, perdendo o rastro, segue buscando o agente. Não se trata de um simples encontrar sem qualquer vinculação previamente estabelecida em relação ao delito. Assim, não há prisão em flagrante quando o agente que acabou de subtrair um veículo é detido, por acaso, em barreira rotineira da polícia, ainda que esteja na posse do objeto furtado. Isso porque não existiu um encontrar de quem procurou (causal, portanto).

Não significa que a conduta seja impunível, nada disso. O crime, em tese, existe. Apenas não há uma situação de flagrância para justificar a prisão com esse título. (LOPES JR., 2013, p.58)

3.2 Prisão preventiva

Inicialmente, insta observar que a Lei 12.403/11 não trouxe mudanças significativas no que concerne à questão do ativismo judicial quando da decretação da prisão preventiva. Infelizmente, o legislador segue com o ranço inquisitório ao continuar permitindo que o magistrado decrete o encarceramento preventivo de ofício.

O Código de Processo Penal, em seu art. 311, aduz que: -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.¶

Assim, essa atuação de ofício do magistrado ofende o princípio constitucional da imparcialidade do julgador, bem como viola o sistema acusatório constitucional, uma vez que o juiz deve se manter inerte, isto é, estar além das partes ativa e passiva da relação jurídico-processual.

Aceita pela maioria dos nossos tribunais, esta decretação de ofício segue caminho contrário dos ditames constitucionais, e contra o sistema processual penal acusatório, no qual a polícia investiga; o Ministério Público acusa; o acusado se defende e o Juiz julga de acordo com as provas colhidas durante a instrução. A violação da Constituição, permitida pelo Código de Processo Penal, esqueceu-se da teoria geral do direito e daquela famosa divisão entre Autor (Ministério Público), Réu (acusado) e Juiz (Estado), onde se encontra um dos mais importantes princípios constitucionais, o Princípio da Inércia, no qual o Juiz só pode agir no processo caso seja provocado por uma das partes (Autor ou Réu). (PINTO DA LUZ, 2013).

O art. 312 do Código de Processo Penal elucida que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece da posição totalmente ativa e atuante do inquisidor e a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia. Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade. (LOPES JR., 2013, p.86-87).

Deste modo, vislumbra-se o requisito da prisão preventiva, qual seja o *fumus commissi delicti*, isto é, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como os fundamentos para a sua decretação, a saber, o *periculum libertatis*, o qual se consubstancia nas expressões –garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal

No que se refere aos fundamentos da prisão preventiva, vislumbra-se a inconstitucionalidade da prisão para a garantia da ordem pública. Explica-se.

As medidas cautelares possuem uma função precípua, a saber, garantir o normal desenvolvimento do processo. Isto é, decreta-se, por exemplo, a prisão preventiva do imputado, enquanto medida cautelar, porquanto ele está obstruindo o tramitar do processo ou, está tentando se furtar à aplicação da lei penal.

É inconcebível pensar-se prisão preventiva como medida de justiça ou instrumento a serviço da segurança pública, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência.

Assim sendo, toda medida cautelar que fugir a esta essência, qual seja de que ela é um instrumento o qual auxilia o instrumento processo (caráter de instrumentalidade), será considerada materialmente inconstitucional.

Dessarte é o caso da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, pois esta é decretada não para garantir o normal funcionamento do processo, mas para servir como instrumento de segurança pública, o qual atinge contornos de verdadeira pena antecipada.

Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública. A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem que ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos. Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. (LOPES JR., 2013, p.108-109).

À luz do Constitucionalismo moderno, bem como em uma visão legalista, vislumbra-se que o denominado –dever de garantir a paz social se trata de ônus da secretaria de segurança pública e do Ministério da Justiça. Manter alguém preso sob o argumento de –credibilidade da justiça é violar o princípio da dignidade humana, porquanto tal tarefa se faz com políticas públicas voltadas a tal finalidade. (SASAKI, 2009).

Ademais, na maioria dos casos a prisão para a garantia da ordem pública é decretada para que o acusado não volte a delinquir, protegendo-se a credibilidade das instituições públicas. Isso é exercício (inconstitucional) de futurologia, o qual viola o princípio da presunção de não-culpabilidade. Pergunta-se: como provar que uma pessoa não irá cometer um ilícito penal no futuro? Trata-se de verdadeira prova diabólica.

Trata-se da versão jabuticaba do filme *Minority Report*, em que as pessoas eram presas antes do crime — o sistema detectava o crime antes de ele ser cometido. Só que o filme, com Tom Cruise, era ficção, mas os presos de forma antecipada [no Brasil] são reais. Se a moda pega vamos prender as crianças porque no futuro cometerão crimes. Ou algo desse quilate. Pergunto: a teoria do Direito Penal tem alguma chance diante desse quadro? Chamemos Spielberg, porque parece que não mais precisamos de juristas, mas, sim, de diretores. Para dirigir essa imensa ficção que é o Brasil. (STRECK, 2014).

Daí por que a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública é de constitucionalidade duvidosa, tendo em vista que ela não é utilizada como instrumento auxiliar do processo, porquanto não existe para garantir o normal funcionamento deste. Ao contrário, a prisão para a conveniência da instrução criminal cumpre a função de cautelaridade, vez que o acusado poderá estar, por exemplo, coagindo testemunhas, haja vista que neste caso se está a tutelar o desenvolvimento da ação penal.

O –clamor público, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba confundindo-se com a opinião pública, ou melhor, com a opinião publicada. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, determinado fato (uma das muitas –operações com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de *marketing* policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento). Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um –clamor social diante dos fatos... Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado. (LOPES JR., 2013, p.110).

De outro modo, as prisões preventivas decretadas para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal são consideradas medidas cautelares, pois atuam para garantir o regular funcionamento do processo, ao contrário da ilegítima prisão para a garantia da ordem pública.

A prisão para a conveniência da instrução criminal ocorre quando o sujeito passivo está, exemplificativamente, coagindo testemunhas, subornando ou ameaçando peritos, promotores e juízes, bem como está destruindo documentos imprescindíveis ao

descobrimto da verdade. Ou seja, está impedindo o desenvolvimento regular do processo. Assim, tutela-se a instrução probatória com a segregação cautelar do imputado, sem prejuízo, logicamente, de se analisar os princípios da provisionalidade, provisoriedade, proporcionalidade, excepcionalidade, dentre outros.

Por *conveniência da instrução criminal* há de entender-se a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei. (PACELLI 2004, p. 518 *apud* BALLAN JUNIOR, 2010).

Outrossim, assegurar a aplicação da lei penal significa tomar providências para impedir que o réu fuja, isto é, evitar o risco de fuga do sujeito passivo. Assim, decretando-se a prisão preventiva com esse fim tutela-se o processo através de uma verdadeira medida cautelar.

Todavia, em nenhuma hipótese esta situação fática pode ser presumida, a saber, deve-se provar o denominado risco de fuga com elementos de convicção, porquanto é inconcebível pensar, por exemplo, que, pelo simples motivo de o acusado possuir uma condição econômica abastada ele irá se furtar à aplicação da lei penal, fugindo do país ou escondendo-se em outro estado brasileiro.

Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a –projeção (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos. Explicamos: é bastante comum que alguém, tomando conhecimento de determinado crime praticado por esse ou aquele agente, decida a partir da projeção, isto é, a partir da atribuição ao agente daquilo que está sentindo quando se coloca em situação similar. Logo, é comum juízes presumirem a fuga, pois, (in)conscientemente, estão se identificando (ficar idem) com o imputado e, a partir disso, pensam da seguinte forma: se eu estivesse no lugar dele, tendo praticado esse crime e com as condições econômicas que tenho (ele tem), eu fugiria! Ora, por mais absurdo que isso pareça, é bastante comum e recorrente. A decisão é tomada a partir de ilações (e projeções) do juiz, sem qualquer vínculo com a realidade fática e probatória. (LOPES JR., 2013, p. 95).

Feitas as considerações concernentes às hipóteses em que se poderá decretar uma prisão preventiva, isto é, demonstrado o *fumus commissi delicti*, bem como o *periculum libertatis*, a saber, o risco que decorre do estado de liberdade do imputado, relevante destacar alguns aspectos importantes desse tema, os quais estão previstos nos arts. 313 e 314 do Código de Processo Penal.

Incipientemente, o inciso I do art. 313 do CPP explicita que, somente será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos de prisão.

Deste modo, prestigia-se o princípio da proporcionalidade, visto que não se pode decretar a prisão preventiva de indivíduo que, ao final do processo, se beneficiará com algum instituto descarcerizador.

Destarte, alguns crimes como furto, estelionato, porte ilegal de arma de fogo, quadrilha ou bando, dentre outros, possuem pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a quatro anos, sendo inviável a decretação da preventiva, com exceção das situações descritas nos próximos incisos.

Assim, o inciso II do mesmo artigo preceitua que, será admitida tal medida cautelar se o imputado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Código Penal.

Portanto, admite-se a decretação no caso de réu reincidente em crime doloso que não se enquadre na hipótese do inciso I do art. 313.

Trata-se da situação de réu reincidente em crime doloso. Infelizmente, optou o legislador em seguir na linha de máxima estigmatização do reincidente, em flagrante *bis in idem*. Autorizar uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o réu ou indiciado reincidente é uma interpretação equivocada. O art. 313 somente tem aplicação quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* do art. 312. Ademais, a reincidência tem sua constitucionalidade bastante discutida, não justificando, por si só, a prisão cautelar. Pensar uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o agente reincidente, além de violar o princípio da proporcionalidade, seria substancialmente inconstitucional, pois onde estaria o caráter cautelar dessa prisão? Por último, recordemos que os efeitos da reincidência cessam se entre a data do cumprimento da pena ou de sua extinção e o novo delito (pelo qual se postula a prisão preventiva) já tiverem passados 5 anos. (LOPES JR., 2013, p.100).

Por outro lado, o inciso III do art. 313 do Código de Processo Penal elucida que, a autoridade judiciária poderá decretar a prisão 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.

Logo, tem-se no inciso III a proteção prevista na Lei 11.340/06, a saber, a tutela contra a violência doméstica sofrida pelas pessoas citadas acima.

Entretanto, deve-se ter cautela ao decretar a prisão preventiva com fundamento neste inciso III, tendo em vista que não se criou uma nova modalidade de prisão preventiva, pois se assim fosse deveria estar prevista no art. 312 do Código de Processo Penal. Imprescindível

observar-se o requisito *fumus commissi delicti* e o fundamento *periculum libertatis*, conforme visto anteriormente.

Além do mais, não se pode conceber a decretação da preventiva, exemplificativamente, em um crime de ameaça (art. 147 do CP), porquanto é manifesta a desproporcionalidade de tal medida cautelar, bem como deve-se observar o caráter de *ultima ratio* da prisão preventiva.

Sendo assim, o correto seria, diante de uma situação de menor gravidade, impor, primeiramente, uma das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Diploma Processual Penal.

O parágrafo único do art. 313 do Código Processual Penal aponta que, poderá ser decretada a medida 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.

Porém, aqui também se deve ter cautela quando do encarceramento cautelar do imputado, visto que o dispositivo merece uma interpretação sistêmica, analisando-o conjuntamente com o inciso I do art. 313, pois que é inconcebível decretar uma preventiva exclusivamente no parágrafo único de dito artigo, porquanto viola-se o princípio da proporcionalidade, devendo ser observado se o crime em análise é doloso, bem como se possui pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos.

Lado outro, deve-se também analisar o dispositivo em comento com a Lei 12.037/09 (identificação criminal), a qual estabelece que o civilmente identificado não seja submetido à identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta norma jurídica.

Assim, são considerados documentos identificadores: carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou outro documento público que permita a identificação do indiciado, bem como os documentos de identificação militar, visto que a referida lei os equiparou aos documentos civis.

Desta maneira, caso o sujeito passivo não apresente nenhum destes documentos será ele submetido à identificação criminal, a saber, datiloscópica e fotográfica.

Contudo, a Lei 12.037/09 em seu art. 3º explicita hipóteses em que, mesmo apresentado o documento de identificação, impedindo assim a identificação criminal, prática vedada constitucionalmente, salvo nos casos previstos em lei, conforme art. 5º, LVIII, da CF/88, poderá ser esta realizada.

Posto isso, são as seguintes situações em que mesmo apresentado o documento de identificação, o acusado ou indiciado poderá ser submetido a identificação criminal, de acordo com os incisos do art. 3º da lei de identificação criminal:

- I. O documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
- II. O documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
- III. O indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
- IV. A identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
- V. Constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
- VI. O estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Importante analisar a inconstitucional Lei 12.654/12, a qual preceitua que a retirada de material genético também é forma de identificação criminal, violando-se o preceito constitucional de não produzir provas contra si mesmo.

Sendo assim, fazendo-se uma interpretação sistemática, conclui-se que, conjugando esta (inconstitucional) forma de identificação criminal com o inciso IV do art. 3º da Lei 12.037/09, vislumbra-se que o magistrado, diante de um caso que seja essencial às investigações policiais, poderá determinar a retirada coercitiva de material genético do imputado, maculando-se o princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*.

O art. 314 do Código de Processo Penal aduz que, a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 23 do Código Penal.

Em outras palavras, verificado que o agente praticou o fato acobertado por uma das causas excludentes de antijuridicidade, a saber, legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, de rigor a concessão da liberdade provisória ao imputado para que responda ao processo em liberdade, porquanto ausente o próprio *periculum libertatis*, fundamento de decretação de uma medida cautelar no processo penal brasileiro.

3.3. Prisão temporária

A prisão temporária tem previsão na Lei 7.960/89, sendo a única medida cautelar pessoal a qual possui prazo máximo estipulado na legislação.

Esta medida cautelar surgiu diante da pressão da polícia judiciária, que teria ficado enfraquecida com o advento da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a nova ordem constitucional suprimiu as denominadas –prisões para averiguação. Portanto, conclui-se que naquela época, a polícia não conseguia investigar sem ter o suspeito como principal ferramenta de trabalho, a saber, inexistia o direito de não produzir provas contra si mesmo. O que significou um grande avanço democrático foi visto pela polícia como obstrução de suas funções. (LOPES JR., 2013, p. 166).

Importante salientar que se trata de prisão cautelar que possui prazo máximo estipulado na Lei 7.960/89 e com sanção, porquanto caso se esgote o lapso temporal e a Autoridade Policial não providencie a soltura do imputado, esta deverá responder pelo crime de abuso de autoridade (art. 4º, I, da Lei n. 4.898/65).

A prisão temporária, de acordo com a Norma Jurídica citada, será decretada pelo prazo máximo de 05 (cinco) dias em crimes comuns, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Entretanto, em um contexto de delito hediondo, poderá ser decretada pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, na mesma situação fática descrita anteriormente.

Nada impede que o imputado seja posto em liberdade antes desses prazos, pela própria autoridade policial (sem intervenção judicial), desde que não exista mais a necessidade da custódia, tendo em vista o interesse da investigação. Mas os prazos devem ser observados, sendo completamente ilegal, por exemplo, a decisão judicial que decreta a prisão temporária por 7 dias (pois excede o prazo e já antecipa uma prorrogação – de ofício! – que nem sequer foi pedida e muito menos demonstrada). O prazo é de até 5 dias. Depois disso, excepcionalmente, havendo pedido expresso e fundamentado da autoridade policial, poderá haver a prorrogação por mais 5 dias. (LOPES JR., 2013, p. 168-169).

Impende destacar que essa medida cautelar é formalmente inconstitucional, porquanto nasceu da Medida Provisória n. 111/89 editada pelo então presidente da República José Sarney, violando-se o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF/88), o qual aduz que este procedimento legislativo não é o meio legítimo para se criar instrumentos da processualística penal. A despeito deste fato, continua incipiente o controle de constitucionalidade concernente às normas processuais penais.

Na época, a Ordem dos Advogados do Brasil rechaçou esta medida devido a sua inequívoca inconstitucionalidade, impetrando Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 162-1/DF, sendo esta intentada antes mesmo da conversão em lei. Julgada, não foi conhecida, devido ao fato de que já não existia mais a medida provisória, perdendo-se o objeto da ação.

A Lei 7.960/89 preceitua que caberá prisão temporária quando imprescindível para as investigações policiais ou se o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Ademais, também poderá ser decretada quando houver fundadas razões da prática dos seguintes crimes: homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu §2º, CP); sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§1º e 2º, CP); roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º, CP); extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º, CP); extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º, CP); estupro (art. 213, CP); epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º, CP); envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285, CP); quadrilha ou bando (art. 288, CP); genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889/56); tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06); crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86).

Assim, cumpre ressaltar a discussão doutrinária no que se refere à conjugação dos requisitos retro citados para a decretação da prisão temporária.

Primeiramente, insta salientar que tal medida constritiva somente poderá ser decretada cumprindo o requisito previsto no inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89, a saber, o crime objeto da investigação deverá, imprescindivelmente, ser um daqueles previstos na legislação mencionada. (MARCÃO, 2012, p. 214).

Importante saber agora se o inciso III deverá ser conjugado (relação de simultaneidade) com os dois incisos, quais sejam, I e II, ou, somente um dele autorizaria a decretação do ato coercitivo.

Alguns doutrinadores classificam a prisão temporária como medida subcautelar ou precautelar, uma vez que ela depende, por questões de eficácia, da conversão em prisão preventiva quando da instauração do processo penal, porquanto somente tem validade durante as investigações preliminares.

Independente da divergência em ser a prisão temporária verdadeira medida cautelar ou subcautelar, necessário se faz a análise do requisito, qual seja o *fumus commissi delicti* e seu fundamento, a saber, o *periculum libertatis* para seja decretada esta medida (sub)cautelar.

O *fumus commissi delicti* possui previsão no art. 1º, III, da Lei 7.960/89, o qual preceitua que existam –fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes|. Esta norma jurídica explicita vários crimes os quais são suscetíveis de decretação desta medida cautelar. Insta salientar que se trata de um rol taxativo, sendo inadmissível decretar prisão temporária com fundamento em delito que não está previsto na legislação. Assim, caso o magistrado decrete a medida temporária, por exemplo, em crime de furto, de rigor o relaxamento de dita prisão, por ser manifestamente ilegal. (LOPES JR., 2013, p. 171).

O *periculum libertatis* consubstancia-se na expressão –imprescindibilidade para as investigações do inquérito|, isto é, o fundamento desta medida cautelar foi deturpado, pois aqui não é o estado de liberdade do acusado que fundamenta a decretação dessa prisão, mas sim que as investigações necessitam da prisão do indiciado. Democrática e constitucionalmente, é inadmissível que a polícia necessite do encarceramento do indivíduo para investigar, muitas das vezes violando a presunção de inocência e o *Nemo tenetur se detegere*.

Importante trazer à baila as lições do Ministro Eros Grau⁵:

(...) O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. Daí que a primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII) – e o temos afirmado aqui exaustivamente –, o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade! Sendo a privação da liberdade e mais grave das constrições que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. 31. Tampouco se pode acolher a prisão para impedir que provas sejam destruídas sem que o suspeito tenha dado qualquer motivo para que se afirme essa possibilidade. Na dicção do Ministro Celso de Mello, para tanto é indispensável –base empírica idônea|. 32. Não falta quem diga que a prisão temporária é, às vezes, a –única punição| que o suspeito sofre. Mas prisão cautelar não é pena, de sorte que a circunstância de ter sido ela o único constrangimento por ele suportado consubstanciará prova cabal de que, não tendo sido condenado, o acusado não merecia ser punido. 33. Pior ainda é o argumento da –agilização| da investigação. Pois antes de ser ágil é preciso que ela seja legal e necessária, inexistindo qualquer outra via para o seu curso.

Deve-se ter em mente que o investigado está protegido pelo princípio constitucional da presunção de inocência e pelo direito de não produzir provas contra si mesmo. Deste modo, o

⁵ HC 95.009-4/SP, p.41 e seguintes.

suspeito não pode ser obrigado a participar de reconhecimento, acareação, tampouco ser constrangido a responder perguntas feitas pela Autoridade Policial.

A prisão temporária não pode ser utilizada para que a polícia judiciária disponha do corpo do investigado, constrangendo-o a participar de certos procedimentos de que dele dependa, como, exemplificativamente, o reconhecimento de pessoas e coisas, acareações, interrogatórios, perícias, etc., porquanto o direito de não participar está garantido constitucionalmente. Entretanto, têm-se ainda algumas decisões teratológicas, verdadeiras monstruosidades jurídicas, como, por exemplo, nos casos em que o magistrado decreta a medida coercitiva temporária porque o investigado não está colaborando com as investigações. (LOPES JR., 2013, p. 173).

CAPÍTULO 4

AS MUDANÇAS INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/11

O Código de Processo Penal explicitou de acordo com a *novatio legis* 12.403/2011 as medidas cautelares diversas da prisão, disciplinadas ao teor do art. 319.

O legislador brasileiro, atento às mazelas de nosso sistema carcerário, inovou, profundamente, em uma parte importantíssima do Código de Processo Penal, qual seja a matéria referente à prisão e liberdade.

A história da pena evidencia que não evoluímos nos últimos séculos, e estamos a reproduzir o sistema carcerário do século XIX até os dias hodiernos. Esta constatação ressalta como são inúteis, aparentes e pouco profundas os conceitos tratados neste artigo. As diferenças entre regimes são fictícias, não temos uma progressão pautada na humanidade e ética, os modelos adotados no Brasil não têm aplicabilidade prática nem almejam a concretização dos preceitos constitucionais. Ou seja, a teoria prisional está totalmente desvinculada da prática segregacionista que inunda nosso dia a dia. (ALVES SILVA; CORREIA JUNIOR, 2014, p. 357).

Criaram-se as denominadas medidas cautelares alternativas à prisão, preceituando que deverão ser aplicadas, observando-se a necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Destarte, tem-se, por exemplo, como medidas alternativas ao cárcere, o comparecimento periódico em juízo, a proibição ou frequência a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, dentre outras.

4.1 Das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11 houve, sem sombra de dúvidas, uma das mais importantes alterações legislativas no Código de Processo Penal nos últimos anos. Assim, com a *novatio legis*, criou-se um sistema polimorfológico, para além do binômio: liberdade x prisão, a saber, foram criadas as denominadas medidas cautelares alternativas ao cárcere, previstas no art. 319 do ordenamento processual penal.

De se esclarecer que não se impõe uma medida cautelar alternativa quando inexistentes o requisito e/ou fundamento da prisão preventiva, mas sim quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Todavia, por questões de proporcionalidade,

bem como quando a medida alternativa for suficiente e necessária para a tutela da situação fática, concede-se a liberdade provisória cumulada com uma ou mais das medidas diversas da prisão preventiva. De outro lado, caso desapareça o fundamento da prisão cautelar o magistrado deverá conceder a liberdade plena, isto é, sem imposição de qualquer medida cautelar diversa. (LOPES JR., 2013, p. 145).

Ademais, de acordo o art. 313 e seus incisos da legislação processual penal, nas situações em que é vedada a prisão preventiva como, por exemplo, nos crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 04 (quatro) anos e o réu seja primário, bem como que não se trata de prisão para garantir a execução e eficácia das medidas protetivas de urgência (violência doméstica), admite-se o uso das medidas diversas da preventiva, porquanto o próprio Código de Processo Penal veda a prisão preventiva nesta situação, conforme dito acima.

Entretanto, torna-se imprescindível, mesmo nessa hipótese, que estejam presentes o requisito e fundamento para a decretação de toda e qualquer medida cautelar, a saber, *fumus commissi delicti e periculum libertatis*.

As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado. Não sem razão, o PL n. 4.208/2001 foi ressuscitado com a assumida finalidade de amenizar o caos do sistema prisional brasileiro, que, superando os 500 mil presos, tem quase 50% de presos cautelares, ou seja, aproximadamente 200 mil prisões preventivas. Logo, ainda que as medidas cautelares possam ser aplicadas aos crimes cuja pena máxima seja inferior a 4 anos, elas representam significativa restrição da liberdade e não podem ser banalizadas. Em nome disso e da necessária proporcionalidade, a nosso juízo, é incabível qualquer das medidas cautelares diversas se, por exemplo, o crime for culposo. Quanto ao limite de pena, ainda que se afaste a incidência do art. 313 (para aplicá-la a crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos), não se tem como fugir dos princípios da excepcionalidade e proporcionalidade que pautam a aplicação de toda e qualquer medida cautelar. (LOPES JR., 2013, p. 146-147).

Outrossim, não se pode perder de vista que estas medidas cautelares alternativas foram criadas para diminuir o campo de incidência da prisão cautelar, não podendo ser banalizadas, porquanto significam enormes restrições aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, condutas até então desproporcionais à luz da decretação de uma prisão preventiva, passaram a ser alvo constante das medidas diversas, como a proibição de frequentar lugares, restrição esta gravíssima para o indivíduo, visto que além de restringir seu direito constitucional de ir e vir, atinge seu relacionamento social, bem como afetivo para com as pessoas ao seu redor.

Logo, estas medidas não foram criadas pelo legislador para aumentar o controle penal do indivíduo, mas sim para socorrer o sistema prisional brasileiro.

Segundo dados do Departamento Penitenciário/Ministério da Justiça – DEPEN/MJ17, no segundo semestre de 2003 a média mensal de inclusões e liberações, revelou que enquanto 9.391 eram incluídos por mês no sistema, apenas 5.897 eram liberados. Isso significava um saldo de 3.494 pessoas a mais por mês ou de 41.928 presos a mais por ano, que se somavam ao efetivo já acumulado nos estabelecimentos penais do país. Havia nesta época 179.489 presos no sistema penitenciário e 68.101 em delegacias de polícias e distritos policiais. Na época o déficit era de 60.714 vagas. Já a última pesquisa realizada em 2010 revelou que entre 1995 e 2005 a população carcerária do Brasil evoluiu de 148 mil presos para 361.402, o que representou um crescimento de 143,91% em uma década. Entre dezembro de 2005 e dezembro de 2009, a população carcerária aumentou de 361.402 para 473.626, o que representou um crescimento, em quatro anos, de 31,05%, revelando que o Brasil ainda apresenta um déficit de 194.650 vagas. (ALVES SILVA; CORREIA JUNIOR, 2014, p. 356).

Por outro lado, não se pode olvidar que, no que se refere às medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, aplica-se, também, os princípios gerais de cautelaridade do processo penal brasileiro, tais como a jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.

Deste modo, critica-se a inexistência de prazo máximo de duração das cautelares diversas, como ocorre com a prisão preventiva, fato este suscetível de graves abusos à dignidade humana e à duração razoável do processo, ambos previstos constitucionalmente, bem como na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a qual o Brasil é signatário.

Como primeira cautelar alternativa tem-se o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividade, em consonância com o art. 319, I, do Código de Processo Penal.

Trata-se de medida de média gravidade, logicamente se não houver abusos por parte da autoridade judiciária competente, haja vista que a cautelar não deve prejudicar o trabalho do imputado, sob pena de ofensa aos vários princípios constitucionais, sem prejuízo da ressocialização do mesmo.

A medida tem como finalidade a monitoração do indivíduo, de seu cotidiano, no que concerne ao exercício de atividades lícitas, bem como assegurar a eficácia da aplicação da lei penal, uma vez que o judiciário terá uma espécie de controle referente às eventuais fugas. Destarte, deverá comparecer mensalmente, semestralmente ou em outro período fixado pelo magistrado. (MARCÃO, 2012, p. 373).

O inciso II do art. 319 do ordenamento processual penal aduz ser medida cautelar alternativa, a 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.

Preliminarmente, de se ressaltar a sua inconstitucionalidade, similar à prisão preventiva para a garantia da ordem pública, porquanto não atua como instrumento do processo, mas sim como objeto auxiliar de segurança pública, visto o seu caráter de prevenção especial, consubstanciado na expressão –para evitar o risco de novas infrações

No mais, cumpre frisar que o Estado não terá meios suficientes de fiscalizar o cumprimento desta medida.

Já o inciso III de referido artigo da lei processual penal preceitua que, considera-se medida diversa a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

Nesta hipótese, tem-se o requisito da cautelaridade, uma vez que cumpre a função de tutela probatória, na medida em que o magistrado pode proibir o contato do acusado com a vítima, bem como com testemunhas, peritos, etc.

Ademais, o inciso IV explicita como cautelar alternativa a proibição de ausentar-se da comarca ou do país ou quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

É medida de cautelaridade evidente, servindo assumidamente para a tutela da prova e, por via reflexa, da própria eficácia da lei penal (risco de fuga). A redação original era melhor, pois incluía a discricionariedade do –convenientell. Na tramitação legislativa o texto foi piorado, pois se restringiu à tutela da prova, o que poderá ser objeto de profunda discussão em casos concretos, na medida em que, colhida a prova, desaparece a situação fática legitimadora. A proibição de ausentar-se da comarca ou país era muito mais adequada para a tutela da eficácia da lei penal, minorando o risco de fuga e podendo ser cumulada, por exemplo, com o dever de comparecimento periódico do inciso I. (...) Incorre ainda no erro de se inserir na perspectiva de obrigar o réu a estar disponível para servir de –objeto de prova. Vai na contramão do direito de não produzir prova contra si mesmo (*privilege against self-incrimination*) e da tendência em reconhecer-se o –direito de não ir, inerente ao réu em processos penais democráticos, que não mais o veem como –objeto de prova, mas sim como sujeito processual. Não vislumbramos fundamento legal em obrigar o réu a permanecer na comarca ou país em nome da –conveniência ou necessidade para investigação ou instrução, na medida em que pode usar o direito de silêncio em relação a qualquer ato probatório (até mesmo o reconhecimento pessoal). (LOPES JR., 2013, p.153-154).

Outrossim, tem-se, também, como instrumento diverso da prisão preventiva o recolhimento domiciliar, no período noturno e nos dias de folga, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos, de acordo o art. 319, V, do CPP.

Trata-se de uma medida cautelar que pode ter diversas finalidades, como, exemplificativamente, tutela probatória, visto que o imputado ficará restrito ao trabalho e seu domicílio, isto é, será impossível seu contato com a vítima ou testemunhas, bem como atenuar o risco de fuga, sem prejuízo de objetivos não-cautelares (logo, inconstitucionais) como prevenção geral e especial. (LOPES JR., 2013, p. 154).

Por outro lado, há a medida cautelar alternativa prevista no inciso VI, a qual explicita sobre a 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.

Trata-se de instrumento que atenta, indubitavelmente de forma grave, contra os direitos fundamentais, devendo ser utilizado com certa cautela, uma vez que atinge até mesmo o direito ao mínimo existencial e a dignidade humana, porquanto o indivíduo deixa de exercer suas atividades profissionais antes de uma decisão jurisdicional definitiva.

Além do mais, vislumbra-se a inconstitucionalidade desta medida, tendo em vista que inexistente o caráter de instrumentalidade, vale dizer, não se trata de um instrumento a serviço do processo, mas sim de verdadeira pena antecipada, na medida em que o instrumento alternativo não existe para garantir o normal desenvolvimento do processo, consubstanciada na expressão –quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais

Em outras palavras, trata-se de caráter antecipado da função preventiva especial da penal, a qual somente deve(ria) existir no mundo jurídico após uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Novamente, retorna-se ao imbróglio concernente à denominada –futuologia, a saber, o inciso VI tutela os tais –crimes futuros, visto que permite a utilização da medida diversa quando houver justo receio de sua utilização para a prática de crimes.

Sempre deverá ser fundamentada a decisão que impõe tal medida, apontando especificamente no que consiste o receio de reiteração e não se admitindo decisões genéricas ou formulárias. Recordemos que o sistema cautelar brasileiro não consagra um prazo máximo de duração das medidas, conduzindo a resultados gravíssimos para o imputado, que se vê submetido, por prazo indeterminado, a severas restrições de direitos fundamentais. O inciso em tela bem evidencia o imenso problema dessa indeterminação temporal, pois a suspensão do exercício de função pública e, mais grave ainda, da atividade de natureza econômica ou financeira, poderá representar uma antecipação de pena e, principalmente, a morte econômica de pessoas e empresas por um lento processo de asfixia. Por tudo isso, pensamos que a medida é das mais gravosas e deve ser utilizada com extrema parcimônia. (LOPES JR., 2013, p. 156).

Em outra dimensão, tem-se, também, a medida de internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração, conforme art. 319, VII, do Código de Processo Penal.

Trata-se de medida gravíssima, a qual atenta contra os direitos e garantias individuais do acusado, senão vejamos:

Preliminarmente, não há prazo máximo de duração da medida cautelar, o que por si só viola vários princípios constitucionais, mormente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como o da razoável duração do processo, sendo o mesmo raciocínio da falta de prazo da prisão preventiva.

Ademais, levando-se em consideração o caráter de urgência inerente às cautelares, vislumbra-se que não será possível realizar uma avaliação psiquiátrica capaz de aferir com certo nível de certeza ser o agente inimputável ou semi-imputável.

Assim sendo, caso se realize uma avaliação urgente, até mesmo pela questão da prisão em flagrante, na medida em que o magistrado deve decidir em vinte e quatro horas se relaxa a prisão, concede a liberdade provisória ou converte em preventiva, o indiciado estará, sem dúvidas, estigmatizado e rotulado como —louco‖ durante todo o tramitar do processo.

Deste modo, quando da confecção do laudo pericial de constatação definitiva da inimputabilidade ou semi-imputabilidade, dificilmente o sujeito passivo conseguirá escapar desta marca, tendo em vista que os psiquiatras, ainda que inconscientemente, estarão condicionados ao laudo preliminar, o que é muito perigoso em termos de presunção de inocência e dignidade humana.

Outrossim, deve-se atentar, novamente, para a chamada -futurolgia criminal‖, consubstanciada na expressão -risco de reiteração‖, a saber, o legislador, com esta medida cautelar, irá punir o indivíduo com fundamento nessa perigosa previsão do futuro, levando-se em consideração o afastamento do caráter instrumental da cautelar, transformando-a em verdadeira pena antecipada.

Como provar que no futuro o acusado não perpetrará uma infração penal?! É ilógico e irracional, além de arbitrário, o Estado alegar que há o risco de reiteração e o acusado não tiver meios de fazer a contraprova, porquanto se trata da denominada prova diabólica, impossível de ser produzida.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello⁶ asseverou que: (...) Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5).

Em terceiro lugar, o dispositivo recorre à perigosa futurologia do -risco de reiteração, completamente subjetiva e impossível de ser aferida. Em última análise, a nosso juízo, pode representar um grave retrocesso essa internação provisória do inimputável ou semi-imputável, pois significa a aplicação de medida de segurança cautelar, fundada na -periculosidade do agente. É interessante essa categoria de -louco temporário... que deverá ter sua periculosidade aferida por algum -periculosômetro (Zaffaroni) ...É um retrocesso ao discurso criminológico de propensão ao delito, periculosidade, enfim, um reducionismo sociobiológico. (LOPES JR., 2013, p. 158).

De outra forma, critica-se a internação cautelar do semi-imputável, uma vez que este, na remota hipótese de condenação, não será submetido à medida de segurança, isto é, internação, por não ser inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato, mas sim será beneficiado pela redução de sua pena, conforme parágrafo único do art. 26 do Código Penal.

Ou seja, vislumbra-se a desproporcionalidade entre a medida cautelar e a decisão jurisdicional final, visto que o semi-imputável poderá ser beneficiado pela fixação de regime prisional menos gravoso, como, exemplificativamente, o aberto, devido ao fato de sua pena ser reduzida de um a dois terços, de acordo com o dispositivo acima citado.

A internação cautelar é pautada pelo princípio da provisionalidade, de modo que, desaparecido o suporte fático legitimador da medida, de rigor a concessão da liberdade provisória. Além do mais, deve o magistrado atentar para o prazo máximo de duração deste instrumento, zelando pela razoabilidade e pela dignidade humana, levando-se em consideração os precários e desumanos manicômios judiciais. (LOPES JR., 2013, p. 159).

Ademais, conquanto nossa legislação seja omissa, trata-se de medida adotada em crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, excluindo-se os casos de delitos perpetrados com violência à coisa. Além disso, faz-se necessário que os peritos atestem no laudo pericial o risco de reiteração, tarefa esta difícil de ser realizada, porquanto se trata de

⁶ HC 73.338, Relator: Min. Celso de Mello, primeira turma, julgado em 13/08/1996, DJ 19-12-1996 PP-51776.

análise da interioridade do indivíduo, sem prejuízo de se discutir o inconstitucional exercício de futurologia. (MARCÃO, 2012, p. 380-381).

Por derradeiro, tem-se a medida cautelar alternativa do inciso IX do art. 319, o qual preceitua sobre a monitoração eletrônica.

Nesse novo dispositivo legal, consagra-se o monitoramento como medida cautelar, em que a possibilidade de vigilância ininterrupta serve como tutela para o risco de fuga e a prática de novas infrações. Ao permitir o permanente controle sob a circulação do acusado, também serve de útil instrumento para dar eficácia às demais medidas cautelares diversas, tais como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca ou país e o recolhimento domiciliar. Cumpre, assim, diferentes dimensões de tutela cautelar. A cada dia a tecnologia aperfeiçoa o sistema de monitoramento por GPS, diminuindo o tamanho dos aparelhos e o incômodo por eles gerado ao estarem fixados no corpo do réu. Em que pese isso, é uma medida de controle extremo, que gera um grande controle sobre a intimidade do agente e que deve ser usada com seletividade por parte dos juízes. A diminuição do tamanho dos aparelhos melhorou a portabilidade, mas, ainda assim, por ser levado preso ao corpo (seja como pulseira, tornozeleira etc.), além do desconforto, dá uma visibilidade do estigma do processo penal e do controle social exercido. (LOPES JR., 2013, p. 161).

4.2. Liberdade Provisória e Fiança após a Lei 12.403/11

Preliminarmente, cumpre salientar a impropriedade do termo Liberdade -Provisória, haja vista a origem desta expressão, a qual remonta a um período anterior à Constituição Democrática de 1988.

Antes da promulgação da Carta Magna existia até mesmo a prisão preventiva obrigatória quando o crime tivesse pena máxima igual ou superior a 10 anos. Deve-se ter em mente que provisória é a prisão e não a liberdade, sendo este um direito fundamental garantido constitucionalmente.

Assim, a situação começou a mudar com a Lei 6.416/77, a qual inovou no ordenamento jurídico, criando a possibilidade de o preso em flagrante responder ao processo em liberdade quando inexistentes os fundamentos da prisão preventiva, inserindo um parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal.

Com o advento da Lei 12.403/11, criou-se um sistema polimorfológico, no qual se admite um amplo rol das chamadas medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, expandindo-se o campo de incidência da liberdade provisória, acabando com binômio liberdade x prisão.

Deste modo, a prisão cautelar tornou-se medida excepcionalíssima, admitida somente nos casos mais graves, quando as tais medidas diversas da preventiva revelarem-se

inadequadas e insuficientes. Daí por que a prisão preventiva é a *ultima ratio* dentre as cautelares, por revelar-se medida de extrema gravidade.

Destarte, com a *novatio legis* 12.403/11, a liberdade provisória poderá ser concedida com ou sem fiança, bem como cumulada com uma ou mais das medidas diversas previstas no art. 319, sem prejuízo de se discutir o constante no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, o qual aduz sobre a situação do agente que comete o crime amparado por uma excludente de ilicitude.

Nesse caso, será o indiciado beneficiado pelo instituto processual da liberdade provisória, comprometendo-se a comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Importante elucidar que nesta situação fática, deve-se conceder a liberdade provisória sem fiança, sendo o dever de comparecer a todos os atos do processo a única condição que poderá ser imposta pela autoridade judiciária. (LOPES JR., 2013, p. 179-180).

Assim ficou a nova redação do art. 310 da legislação processual-penal:

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

I. relaxar a prisão ilegal; 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.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I e III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Ademais, diante do descumprimento de alguma medida cautelar diversa, pode-se decretar mais alguma ou, na remota hipótese, a decretação da prisão preventiva, por revelarem-se insuficientes e inadequadas.

Por outro lado, não se pode olvidar do art. 282, §6º, do Código de Processo Penal, o qual preceitua que: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

A fiança é uma contracautela, uma garantia patrimonial, uma caução real prestada pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas também é utilizada como fator inibidor da fuga. Ou seja, é a fiança, considerando o elevado valor que pode atingir, um elemento inibidor, desestimulante, da fuga do imputado, garantindo, assim, a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação. Guarda, por isso, uma relação de proporcionalidade em relação à gravidade do crime e também em relação às possibilidades econômicas do imputado. (...) Chama a atenção o disposto no parágrafo único do dispositivo, no sentido de que, se o réu for

condenado, mas tiver declarada extinta a punibilidade pela prescrição, a fiança prestada continuará respondendo pelas custas processuais e indenização pelo dano. Não vislumbramos como exigir –prestação pecuniária e –multa, pois igualmente prescritas. O Estado perde o poder de punir, mas isso não isenta o réu das custas do processo e tampouco o exime da responsabilidade civil decorrente do delito. Portanto, no que tange ao dano, considerando que as esferas de responsabilidade civil e penal são distintas e que a declaração de extinção da punibilidade não afeta a pretensão indenizatória, está correta a previsão, mas responderá apenas pelo dano fixado na sentença penal (art. 387, IV). (LOPES JR., 2013, p. 182).

A fiança foi substancialmente modificada com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, uma vez que passou a ser utilizada em dois momentos procedimentais, a saber, quando da concessão da liberdade provisória, a qual poderá ser concedida com ou sem fiança, bem como na hipótese de aplicação como medida cautelar diversa da prisão preventiva, conforme art. 319 do Código de Processo Penal.

Insta ressaltar que a liberdade provisória poderá ser concedida, como dito acima, com ou sem fiança. Esta afirmativa é importante no sentido de que não existe a prisão cautelar obrigatória, porquanto a liberdade é a regra em nosso sistema constitucional, visto que a prestação da fiança não é condição obrigatória para a concessão de dita liberdade.

Assim, a todos os acusados de crimes inafiançáveis poderá ser concedida a liberdade provisória, haja vista que o flagrante não prende por si só e inexistente a prisão provisória obrigatória no processo penal brasileiro. Basta que não estejam presentes o *fumus commissi delicti* e/ou *periculum libertatis*, a valer, os requisitos e fundamentos para a decretação de toda e qualquer medida cautelar na processualística penal.

Quanto à prisão cautelar, sublinhamos que o STF, no HC 104339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/05/2012, declarou a inconstitucionalidade da expressão –liberdade provisória (ou seja, a vedação de concessão) contida no art. 44 da Lei de Tóxicos. Inclusive, a nosso sentir, além da flagrante inconstitucionalidade do pretendido regime de –prisão cautelar obrigatória, a alteração levada a cabo anteriormente através da Lei n. 11.464/2007, que modificou a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072), já havia resolvido o problema. Mas, para aqueles que ainda não haviam se convencido pela (mera) autoridade do argumento, eis o argumento de autoridade...Corretamente entendeu o STF que o legislador não pode restringir o poder de o juiz analisar a possibilidade de conceder ou não a liberdade provisória. As discussões estabelecidas no julgamento evidenciaram que os ministros não admitem a possibilidade de uma lei vedar a concessão de liberdade provisória, retirando a análise do *periculum libertatis* das mãos do juiz. Segundo o relator, Min. Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade da norma reside no fato de que ela estabelece um tipo de regime de prisão preventiva obrigatória, onde a liberdade seria exceção, em sentido oposto ao sistema de garantias da Constituição. Além disso, o Min. Celso de Mello ressaltou que regras como essas –transgridem o princípio da separação de Poderes. Para o ministro, o juiz tem o dever de aferir se estão presentes hipóteses que autorizam a liberdade. Lewandowski concordou com Celso e afirmou que o princípio da presunção de inocência e a obrigatoriedade de fundamentação das ordens de prisão pela autoridade competente impedem que a lei proíba, de saída, a análise de liberdade provisória. No julgamento, os ministros deixaram claro que não se trata de impedir a decretação da prisão provisória quando

necessário, mas de não barrar a possibilidade de o juiz, que é quem está atento aos fatos específicos do processo, analisar se ela é ou não necessária. Em última análise, como sempre explicamos, a decretação ou não da prisão preventiva, em qualquer processo ou momento procedimental, depende exclusivamente do aferimento da —necessidade da prisão, aferido pela conjugação do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. (LOPES JR., 2013, p. 955).

De acordo com o inciso I do art. 325 do Código de Processo Penal, o valor da fiança será fixado pela autoridade nos limites de 01 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de crime cuja pena máxima privativa de liberdade não seja superior a 04 (quatro) anos.

Por outro lado, quando se tratar de delito cuja pena máxima seja superior a 04 (quatro) anos, o valor da fiança será arbitrado nos patamares de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, conforme art. 325, II, do CPP.

Ademais, em consonância com os incisos do parágrafo primeiro do art. 325 do ordenamento processual-penal, se for recomendável, analisando-se a situação econômica do preso, a fiança poderá ser dispensada, na forma do art. 350 do CPP; reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

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.

Deste modo, após a entrada em vigor da Lei 12.403/11, a fiança passou a ter papel relevante para a eficácia da aplicação da lei penal, tendo em vista que o magistrado poderá se utilizar deste instrumento para minimizar o risco de fuga, vez que, em casos de acusados abastados, poder-se-á fixar uma fiança de até 200.000 (duzentos mil) salários mínimos, fazendo com o que o imputado não tenha condições financeiras de fugir do país, por exemplo.

Noutra dimensão, àqueles que não possuam recursos financeiros, a saber, pobres na acepção legal do termo, a fiança poderá ser dispensada, na forma do art. 350 do Código de Processo Penal.

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 04 (quatro) anos. Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, infere-se que a matéria prisões cautelares é imprescindível para a manutenção da justiça, porquanto o objeto da controvérsia é um direito fundamental previsto constitucionalmente, a saber, a liberdade individual.

Ademais, deduz-se que tal garantia fundamental é corriqueiramente maculada por nossos magistrados, visto não observarem os direitos e garantias individuais do cidadão, bem como os princípios que orientam nosso processo penal constitucionalizado.

Observa-se do presente estudo a importância do tema frente ao nosso precário sistema prisional, mormente no que se refere à estigmatização e rotulação dos encarcerados. Questiona-se o seguinte: como um indivíduo que ficou encarcerado cautelarmente por anos pode retornar à sociedade após a prolação de uma sentença absolutória? Óbvio que retornará estigmatizado e rotulado, sendo impossível voltar ao *status quo ante*.

Assim, deve-se ter cautela quando se fala em prisão provisória, vale dizer, o encarceramento de um indivíduo, o qual é presumidamente inocente, sem se ter um título judicial definitivo demonstrando sua culpabilidade.

Por isso, aconselha-se a analisar e sopesar a principiologia constitucional, bem como os vários princípios que regem a sistemática cautelar do processo penal brasileiro. Trata-se de pensar além do senso comum teórico e jurisprudencial, isto é, deve-se ter uma visão crítica do sistema como um todo.

Sendo assim, os magistrados, diante de um pedido de decretação de uma medida cautelar, sobretudo uma segregação provisória, devem, imprescindivelmente, se atentar para os princípios da excepcionalidade, provisionalidade, provisoriedade, proporcionalidade, contraditório e jurisdicionalidade.

REFERÊNCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

MARCELO ALEXANDRINO, VICENTE PAULO. **Direito Constitucional descomplicado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medida cautelares restritivas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMANTO, Roberto Junior. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 94.016**, Relator Ministro Celso de Mello, 07/04/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 128.599/PR**. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data do julgamento: 07/12/2010. Data da publicação: Diário do Judiciário Eletrônico - DJE: 17/12/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 98.821/CE**, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, J. 09/03/2010, Diário do Judiciário Eletrônico – DJE: 16/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 95.009-4/SP**. Ministro Eros Grau.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 73.338**, Relator Ministro Celso de Mello, primeira turma, julgado em 13/08/1996, Diário do Judiciário Eletrônico – DJE: 19/12/1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

_____. **Decreto 678/1992**. Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969). Pacto de San Jose da Costa Rica.

_____. **Decreto-Lei n° 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 de agosto de 2014.

_____. **Decreto-Lei n° 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 de agosto de 2014.

_____. **Lei 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

_____. **Lei 12.403**, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

_____. **Lei 12.037**, de 1° de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2014.

_____. **Lei 12.654**, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

ALVES SILVA, Luis Fernando; CORREIA JUNIOR, Rubens. **O sistema prisional – entre sua história, seus conceitos, a perpetuação da defesa social e sua crise**. Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics. Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos – IPEBJ. Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/_erp/arquivos/forensic_artigos/a853bcb22b2d741dc9531edee580dbee-arquivo.pdf>. Acesso em: 24 de outubro de 2014.

ROCHEL DE OLIVEIRA, José Roberto. **A monitoração eletrônica como medida cautelar no processo penal**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tese de Doutorado. 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/monografias/A_monitorao_eletrnica_como_medida_cautelar_no_processo_penal.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

NUNES, Acauan de Azevedo. **Não há poder geral de cautela no processo penal**. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-07/poder-geral-cautela-flagrante-ilegalidade-processo-criminal>>. Acesso em: 02 de setembro de 2014.

BADARÓ, Gustavo. **A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.badaroadvogados.com.br/?p=315>>. Acesso em: 04 de setembro de 2014.

PINTO DA LUZ, Alexandre Salum. **A inconstitucionalidade da decretação de ofício da prisão preventiva**. 2013. Disponível em: <<http://alexandresalum.jusbrasil.com.br/artigos/111690506/a-inconstitucionalidade-da-decretacao-de-oficio-da-prisao-preventiva>>. Acesso em: 04 de setembro de 2014.

SASAKI, Igor. **A inconstitucionalidade da garantia da ordem pública como pressuposto da prisão preventiva**. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6296>. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

STRECK, Lênio. **Prisão de ativistas no Rio de Janeiro foi exercício de “futurologia”, dizem especialistas.** 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-17/prisao-ativistas-rio-foi-futurologia-dizem-especialistas>>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

BALLAN JUNIOR, Octahydes. **Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal nos crimes dolosos contra a vida.** 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14635/prisao-preventiva-por-conveniencia-da-instrucao-criminal-nos-crimes-dolosos-contr-a-vida>>. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

ANEXO 1

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011.

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

TÍTULO IX

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

-Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

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

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

§ 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.

§ 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.

§ 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).

§ 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.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (NR)

-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.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (NR)

-Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida. (NR)

-Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta. (NR)

-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. (NR)

-Art. 306. 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 à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º 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. (NR)

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

I - relaxar a prisão ilegal; 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.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (NR)

-Art. 311. 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. (NR)

-Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (NR)

-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. (NR)

-Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III

do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.¶ (NR)

-Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.¶ (NR)

CAPÍTULO IV

DA PRISÃO DOMICILIAR

-Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.¶ (NR)

-Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.¶ (NR)

-CAPÍTULO V

DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

-Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - 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;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - 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;

VII - 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;

VIII - 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;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º-A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.¶ (NR)

-Art. 320. 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.¶ (NR)

-Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

I - (revogado)

II - (revogado).¶ (NR)

-Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.¶ (NR)

-Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV - (revogado);

V - (revogado).|| (NR)

-Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos 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 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (revogado);

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).|| (NR)

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

a) (revogada);

b) (revogada);

c) (revogada).

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).|| (NR)

-Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. || (NR)

-Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.¶ (NR)

-Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).¶ (NR)

-Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.¶ (NR)

-Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa.¶ (NR)

-Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.¶ (NR)

-Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.¶ (NR)

-Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.¶ (NR)

-Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.¶ (NR)

-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.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.¶ (NR)

-Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.¶ (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A:

-Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida a qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial.

Art. 4º São revogados o art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1º a 3º do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o § 2º e seus incisos I, II e III do art. 325 e os arts. 393 e 595, todos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Brasília, 4 de maio de 2011; 190ª da Independência e 123ª da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo

ANEXO 2**LEI N° 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989**

Dispõe sobre a prisão temporária.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

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) seqüestro 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 seqüestro (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 n° 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986).

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º 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.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Art. 4º O art. 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea i, com a seguinte redação:

"Art. 4º

i) 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;"

Art. 5º Em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 21 de dezembro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

JOSÉ SARNEY
J. Saulo Ramos