

CAPÍTULO IX

PRISÕES

Sumário • 1. Conceito – 2. Formalidades e execução: 2.1. Mandado de prisão; 2.2. Restrição de horário e inviolabilidade domiciliar; 2.3. Prisão em perseguição; 2.4. Prisão em território diverso da atuação judicial; 2.5. Prisão especial; 2.6. Emprego de força e uso de algemas; 2.7. Regime disciplinar diferenciado (RDD) – 3. Prisão em flagrante: 3.1. Conceito; 3.2. Espécies de flagrante: 3.2.1. Flagrante próprio (propriamente dito, real ou verdadeiro); 3.2.2. Flagrante impróprio (irreal ou quase flagrante); 3.2.3. Flagrante presumido (ficto ou assimilado); 3.2.4. Flagrante compulsório ou obrigatório; 3.2.5. Flagrante facultativo; 3.2.6. Flagrante esperado; 3.2.7. Flagrante preparado ou provocado; 3.2.8. Flagrante prorrogado (retardado, postergado, diferido, estratégico ou ação controlada); 3.2.9. Flagrante forjado; 3.2.10. Flagrante por apresentação – 4. Flagrante nas várias espécies de crime: 4.1. Crime permanente; 4.2. Crime habitual; 4.3. Crime de ação penal privada e pública condicionada; 4.4. Crime continuado; 4.5. Infração de menor potencial ofensivo – 5. Sujeitos do flagrante: 5.1. Sujeito ativo; 5.2. Sujeito passivo; 5.3. Autoridade competente – 6. Procedimentos e formalidades: 6.1. Nota de culpa; 6.2. Remessa à autoridade – 7. Prisão preventiva: 7.1. Conceito; 7.2. Pressupostos; 7.3. As hipóteses de decretação; 7.4. Infrações que comportam a medida; 7.5. Decretação e sistema recursal; 7.6. Fundamentação; 7.7. Revogação; 7.8. Apresentação espontânea; 7.9. Preventiva X excludentes de ilicitude – 8. Prisão temporária: 8.1. Conceito; 8.2. Decretação; 8.3. Cabimento: 8.3.1. Imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial (inciso I); 8.3.2. Indiciado não tem residência fixa ou não fornece elementos para sua identificação (inciso II); 8.3.3. Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes relacionados (inciso III) – 8.4. Prazos: 8.4.1. Regra geral (art. 2º da Lei n.º 7.960/1989); 8.4.2. Crimes hediondos e assemelhados, quais sejam, tráfico de drogas, terrorismo e tortura (parágrafo 4º, art. 2º, Lei n.º 8.072/1990) – 8.5. Procedimento – 9. Prisão decorrente da decisão de pronúncia – 10. Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível – 11. Prisão domiciliar – 12. Prisão administrativa – 13. Prisão civil – 14. Prisão para averiguações – 15. Quadro sinótico – 16. Súmulas aplicáveis: 16.1. STJ; 16.2. STF – 17. Informativos recentes: 17.1. STJ – 18. Questões de concursos públicos.

1. CONCEITO

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada **prisão pena**, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da **prisão sem pena**, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O âmbito do nosso trabalho é o enfrentamento das prisões processuais, conferindo ao direito penal o tratamento da prisão pena. Teremos a seguinte distribuição:

Prisão cautelar, processual, provisória ou sem pena	}	- Flagrante
		- Preventiva
		- Temporária
		- Decorrente de Pronúncia (estruturalmente revogada)
		- Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível (estruturalmente revogada)
		- Administrativa

2. FORMALIDADES E EXECUÇÃO

A realização da prisão é cercada de algumas formalidades para que se revista de legalidade e com isso sejam evitados abusos e excessos. Assim teremos:

2.1. Mandado de prisão

A Constituição Federal assegura, no art. 5º, inciso LXI que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por **ordem escrita e fundamentada** de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (grifo nosso). O mandado judicial é o título a viabilizar a realização da prisão, ressalvadas as hipóteses que o dispensam, devendo atender aos seguintes requisitos:

- será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade, que obrigatoriamente deve ser a competente, sob pena de ilegalidade manifesta da prisão;
- designará a pessoa que tiver de ser presa pelo nome, alcunha ou sinais característicos, o que deve ser feito de forma clara e objetiva, para que se preserve a eficiência na execução;
- indicará o valor da fiança, nas infrações que a comportem, evitando assim o cárcere em razão daqueles que têm direito à liberdade provisória;
- será dirigido ao responsável pela execução da prisão.

O mandado será passado em duas vias, sendo uma entregue ao preso, informando dia, hora e o local da diligência (nota de culpa). A outra ficará com a autoridade, devidamente assinada pelo preso, como recibo. Caso o preso não possa, não queira ou não saiba assinar, esta omissão será suprida com a utilização de duas testemunhas, que assinarão declaração mencionando tal circunstância.

Considera-se realizada a prisão em virtude de mandado quando o executor, identificando-se, apresenta o mandado e intima a pessoa a acompanhá-lo. Nada impede, contudo, em se tratando de infração inafiançável, que a prisão seja realizada sem a apresentação do mandado, sendo que nesta hipótese, o preso será imediatamente apresentado à autoridade que tenha expedido a ordem. Saliente-se que o mandado já existe, apenas não foi apresentado na efetivação da prisão, pressupondo-se que o preso seja imediatamente apresentado ao magistrado competente e autor da medida.

Para dar efetividade ao cumprimento dos mandados expedidos pela autoridade judiciária, poderá a autoridade policial expedir tantos outros quantos necessários à realização da diligência, respeitando integralmente o conteúdo do mandado original.

Visando conferir ainda maior efetividade à ordem de prisão, o juiz deverá providenciar o registro do respectivo mandado no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça a ser criado com essa finalidade, conforme preconiza o art. 289-A, do CPP (acrescido pela Lei n.º 12.403/2011). O registro do mandado no banco de dados do CNJ facilitará o cumprimento da prisão por qualquer agente policial, mesmo fora da jurisdição do juiz processante, eis que confere, de um lado, ampla publicidade ao mandado e, de outro, segurança à fonte de informação sobre a decisão judicial prisional (autenticidade presumida).

E se o mandado não estiver registrado?

Mesmo assim qualquer agente poderá prender, mas deve se precaver para verificar a autenticidade do mandado, devendo tomar as providências para registrá-lo junto ao CNJ. De todo modo, a prisão efetivada deve ser comunicada imediatamente ao juiz do local do cumprimento da medida que, por sua vez, deve providenciar certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça, bem como comunicará a prisão ao juiz que a decretou.

O registro do mandado de prisão passou a ser providência necessária para que o cumprimento da ordem se revista de maior clareza, publicidade e segurança, tornando mais eficiente a atuação policial e reduzindo a possibilidade de dúvidas quanto a sua legitimidade, cabendo ao CNJ regulamentá-lo (§ 6º, do art. 289-A, CPP).

No entanto, persistindo dúvida quanto à legitimidade da pessoa do executor ou da identidade do preso, continua possível a colocação do agente em custódia até ser dirimida a incerteza (§ 5º, do art. 289-A, e do § 2º, do art. 290, do CPP).

2.2. Restrição de horário e inviolabilidade domiciliar

A realização da prisão não encontra obstáculo quanto à hora de cumprimento. Poderá ser realizada durante o dia ou noite, respeitando-se apenas as restrições relativas à inviolabilidade domiciliar (§2º, do art. 283, CPP). O conceito de casa é esboçado pelo art. 150, § 4º do CP, compreendendo:

- I – qualquer compartimento habitado;
- II – aposento ocupado de habitação coletiva;
- III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Percebe-se a preocupação legislativa na extensão do conceito, resumindo-se, pela leitura constitucional (art. 5º, XI), que a inviolabilidade é a regra, não podendo haver penetração sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial. Adotando-se a objetividade necessária para imprimir padronização e segurança num país de dimensões continentais como o Brasil, entendemos que dia é o período entre as seis e as dezoito horas, de acordo com a localidade onde a diligência será cumprida, e não pelo horário de Brasília.

Por sua vez, o § 3º do art. 150 do CP, assevera que não caracteriza infração penal a entrada ou permanência em residência alheia nas seguintes circunstâncias:

- I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;
- II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

Havendo a necessidade de realização da prisão com ingresso domiciliar, seja a casa de terceiro ou da **própria pessoa a ser presa**, o morador será intimado a entregar o preso ou a entregar-se, à vista da ordem de prisão. Na falta de atendimento imediato, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação do morador, em não sendo atendido, isolará o local, guardando todas as saídas e tornando a casa incomunicável, e assim que amanheça, arrombará as portas, realizando a prisão (art. 293, CPP).

Não caracteriza infração penal a negativa do morador em permitir o ingresso da autoridade no período noturno, ressalvadas as exceções constitucionais em que se poderá adentrar independente do consentimento. O morador estará no exercício regular do direito, impedindo a caracterização do crime de favorecimento pessoal (art. 348, CP).

Não havendo lastro legal para a negativa, o “morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito” (art. 293, parágrafo único, CPP). Poderá inclusive ser preso em flagrante, seja pelo favorecimento pessoal, ou por qualquer outra infração realizada para impedir a concretização da diligência ou para facilitar a fuga, caso a prisão já tenha sido efetivada.

Já quanto ao executor, realizando a diligência sem estribo nas formalidades legais, incorrerá, havendo dolo, no crime de abuso de autoridade.

Estas formalidades, no que for compatível, se estendem à realização da prisão em flagrante (art. 294, CPP).

Entendemos que o mandado de prisão deve se fazer acompanhar por autorização judicial para o ingresso domiciliar. Não bastaria a mera ordem prisional para que o domicílio pudesse ser invadido. É essencial que a autoridade judicial especifique em que residência a diligência será realizada, cumprindo a exigência do art. 243, inciso I do CPP. No mesmo sentido, Heráclito Mossin, aduzindo que “além do mandado de prisão, seu executor terá de ter ordem do juiz competente para adentrar no domicílio onde se encontra a pessoa que deva ser presa. O mandado de prisão, por si só, não supre essa exigência provinda da Magna Carta Federal”¹.

Em sentido contrário, Mirabete, entendendo que por “força do próprio dispositivo, o mandado de prisão pressupõe a autorização judicial para a entrada na casa, durante o dia, como meio para que seja ele cumprido regularmente”². A nosso ver, esta não é a melhor solução, afinal, o mandado de prisão acabaria se transformando em algo vago, impreciso, sendo um cheque em branco autorizando o ingresso em qualquer domicílio, na suposição de que o infrator lá esteja homiziado.

2.3. Prisão em perseguição

É possível que o capturando empreenda fuga para ilidir a diligência, ou para evitar a realização do flagrante, dando ensejo ao início da perseguição. O art. 290, § 1º do CPP explica o que se entende por perseguição, advertindo que esta existe quando o executor:

- a) tendo-o avistado, persiga-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;

1. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao código de processo penal*. São Paulo: Manole, 2005. p.565.
2. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.365.

- b) 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 no seu encalço.

Mirabete salienta que nesta última hipótese, estaríamos diante do “encalço fictício”, pois não haveria uma perseguição real no sentido usual³.

Havendo perseguição, nada impede que ela se estenda a outro Município ou Estado, realizando-se a prisão em comarca diversa da originária. Consagrada a prisão, o preso será apresentado à autoridade local, seja para a lavratura do auto de flagrante, seja para que se efetue a transferência ao lugar de origem da expedição do mandado.

Em sendo caso de flagrante, a autoridade do lugar da prisão procederá à lavratura do auto, remetendo-o ao juiz local, para aferição da legalidade do ato. Só após, os autos e o preso serão remetidos à comarca originária.

Por questão de cautela, quando “as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida” (art. 290, § 2º, CPP). O preso ficará detido, por responsabilidade e sob os cuidados da autoridade local, enquanto a situação de incerteza é dirimida imediatamente.

Se em razão da perseguição, o agente vier a adentrar numa casa, diante da situação de flagrância, por não ter havido interrupção da perseguição, o executor poderá invadir a residência, sendo dia ou noite, pois, por autorização constitucional, o ingresso domiciliar ocorreria para concretizar o flagrante, tendo assim pleno cabimento.

Já se a perseguição iniciou-se para cumprir mandado prisional, adentrando o perseguido numa residência, dele ou de terceiro, em sendo dia, o mandado deve conter especificamente a autorização para o ingresso domiciliar, como já ressaltado anteriormente. Caso contrário, a omissão deve ser suprida pela autoridade judicial para a efetivação da invasão. Enquanto isso, a residência deve ser isolada, assegurando-se que o indivíduo não fuja. Durante a noite, deve a polícia esperar o dia raiar para entrar, sempre com a necessidade de mandado específico com esta finalidade.

2.4. Prisão em território diverso da atuação judicial

Se o infrator estiver fora do país, a realização da prisão deve atender às leis ou tratados que dizem respeito à extradição. Já se o agente se encontra no

3. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.366.

território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado (art. 289, *caput*, CPP). Perante o juízo deprecado, deverão ser atendidas todas as formalidades para o cumprimento da carta precatória, respeitando-se a legalidade do ato. Teremos assim um esforço de colaboração onde o magistrado deprecante requer ao magistrado que atua no local onde o ato deve ser cumprido que faça acontecer a diligência de prisão. Nada impede que o magistrado federal depreque ao estadual a realização da medida.

Embora a dicção do art. 289, *caput*, CPP, pareça indicar a obrigatoriedade de emissão da carta precatória para a efetivação da prisão em território diverso da atuação judicial, a providência não é inafastável. Havendo urgência, dispensa-se a expedição de precatória, como, aliás, previa o parágrafo único do art. 289, do Código, hoje revogado, nos seguintes termos:

o juiz poderia requisitar a prisão por telegrama, do qual deveria constar o motivo da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança. No original levado à agência telegráfica seria autenticada a firma do juiz, o que seria mencionado no telegrama.

Com base nesse dispositivo, por uma interpretação progressiva, nosso entendimento já era pela admissão da transmissão da requisição por fax, devendo a autoridade receptora se certificar da sua autenticidade para dar cumprimento à prisão.

A partir da vigência da Lei n.º 12.403/2011, o art. 289 do CPP e seus parágrafos, encampando essa tendência, estabelecem que, havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação – vale dizer, e-mail (que, a nosso sentir, era ferramenta útil que já poderia ser utilizada mesmo antes da modificação legislativa para o trato da requisição prisional, desde que tomadas as devidas precauções e com fundamento em interpretação progressiva), fax, comunicação telefônica, telegrama etc. –, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança (se arbitrada).

Para dar segurança à providência, a autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação. Uma vez efetuada a prisão, é dever do juiz processante adotar as medidas para a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.

Por sua vez, se a autoridade tem conhecimento de que o indivíduo a ser preso encontra-se em local diverso da sua circunscrição, poderá, também por qualquer meio de comunicação, requisitar a sua captura, tomando, a autoridade destinatária da requisição, as precauções necessárias para averiguar a sua

autenticidade (art. 299, CPP). Pressupõe-se que a autoridade policial requisitante esteja de posse do mandado judicial, nada impedindo que se valha de fax, e-mail, telegrama, telefone ou outro meio de comunicação para transmitir a ordem.

A ordem prisional poderá ser ainda cumprida independentemente de requisição e por qualquer agente policial que dela tenha ciência, em face do que autoriza o art. 289-A, do CPP, acrescido pela Lei n.º12.403/2011, que estatui a implementação de banco de dados pelo Conselho Nacional de Justiça para registro de mandados de prisão. Registrado o mandado, haverá presunção (relativa) de autenticidade da decisão prisional, só desfeita por prova em contrário. Não registrado o mandado, ainda assim poderá ser efetuada a captura do agente, mas ao cumpridor da medida cabe averiguar a autenticidade da ordem de prisão. Sobre esse tema, remetemos o leitor ao item 2.1 deste capítulo.

2.5. Prisão especial

Algumas pessoas, em razão da função desempenhada, terão direito a recolhimento em quartéis ou a prisão especial, enquanto estiverem na condição de presos provisórios, leia-se, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O *status* de preso especial confere ao detento o recolhimento em local distinto da prisão comum, e não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este ficará em cela separada dentro do estabelecimento penal comum (art. 295, §§ 1º e 2º, CPP). Adverte o § 3º do mesmo dispositivo que a “cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana”. Esta parte final é absolutamente ociosa, pois especial ou não, é de todo evidente que as condições mínimas de existência e dignidade devem estar atendidas. Não havendo estabelecimento adequado para a efetivação da prisão especial, o preso poderá ser colocado em prisão provisória domiciliar, por deliberação do magistrado, ouvindo-se o MP (Lei n.º 5.256/1967).

Saliente-se ainda que o preso especial será transportado separadamente do preso comum, sendo que os demais direitos do preso especial são os mesmos do comum (§§ 4º e 5º).

Segundo o STF, na súmula n.º 717, “não impede a progressão de regime de execução de pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”. Preclusa a sentença para o MP, e só a defesa tendo recorrido, nada impede a aplicação das benesses da LEP, ainda que o preso cautelar esteja em prisão especial.

O CPP nos artigos 295 e 296 traz um extenso rol de pessoas que gozam da prisão especial, sem prejuízo de vasta legislação extravagante a respeito, a exemplo da Lei n.º 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do MP), prevendo no art. 40, inciso V, a prisão especial para os membros do Ministério Público.

Contudo, a prisão especial em casos de crimes comuns, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, que era assegurada a quem efetivamente tivesse exercido a função de jurado (tribunal do júri), caiu com o advento da Lei n.º 12.403/2011, que alterou a redação do art. 439 do Código, não mais prevendo o instituto.

Guilherme Nucci, fazendo crítica contundente ao instituto, adverte que todo preso cautelar deveria ficar separado do preso definitivo, ao invés da disseminação de um critério eminentemente elitista, lecionando que “a prisão especial é, em nosso sentir, afrontosa ao princípio da igualdade previsto na Constituição Federal. Criou-se uma categoria diferenciada de brasileiros, aqueles que, presos, devem dispor de um tratamento especial, ao menos até o trânsito em julgado da sentença condenatória”⁴.

A Lei n.º 12.403/2011 deu nova redação ao art. 300, do CPP, para acompanhar o que já estabelece a Lei de Execução Penal, dando ênfase a que as pessoas presas provisoriamente devem ficar separadas das definitivamente condenadas (por sentença transitada em julgado). Tratando-se de militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, deve ser ele recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição da autoridade competente.

Por fim, saliente-se que, tentando evitar represálias, o art. 84, § 2º da LEP dispõe: “o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal, ficará em dependência separada”. Mesmo após o trânsito em julgado da sentença, a separação perdurará.

2.6. Emprego de força e uso de algemas

A autoridade policial deve garantir o cumprimento do mandado de prisão, ou a efetivação da prisão em flagrante. É de rigor o acautelamento para que a diligência seja o menos traumática possível, e a situação de tensão possa ser evitada. No cumprimento de mandado para a captura de vários indivíduos, por exemplo, deve-se garantir o número de policiais necessários para a segurança do procedimento, evitando-se, a todo custo, medidas extremas, que podem ser ocasionadas pela imperícia no planejamento.

4. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: RT, 2005. p.526.

O uso da força deve ser evitado, salvo quando indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso (art. 284, CPP). O uso desnecessário da força, ou os excessos, podem caracterizar abuso de autoridade, lesões corporais, homicídio etc.

Já quanto ao preso, pode incorrer em resistência (art. 329, CP), desobediência (art. 330, CP) ou até mesmo evasão mediante violência contra a pessoa (art. 353, CP).

Quanto ao uso de algemas, adverte Maria Elizabeth Queijo que só se admite “a contenção física de alguém, por meio de algemas, quando houver resistência, perigo de fuga, ameaça à vida ou à integridade física de terceiros”, acrescentando que “tal perigo não é presumido, devendo ser apurado objetivamente, a partir de informações que constem de registros policiais, judiciais ou mesmo do estabelecimento prisional”⁵.

O art. 199 da LEP remete a disciplina do uso de algemas a decreto federal, ainda inexistente, restando a advertência que estas só podem ser utilizadas quando estritamente necessárias pelas circunstâncias, não podendo simbolizar verdadeiras *pulseiras de prata* para desmoralizar aqueles que são presos, principalmente quando em trânsito perante as câmeras ou nas audiências, dando ensejo à caracterização do abuso de autoridade.

Ganha relevo a discussão quanto ao uso de algemas durante o julgamento perante o Tribunal do Júri, já que elas nitidamente impressionam os jurados, que podem ser influenciados diretamente, mesmo que de forma inconsciente. Como julgam de acordo com a íntima convicção, o prejuízo ao réu não tem como ser mensurado. As algemas afrontam nitidamente a dignidade do réu e a presunção de inocência, já que são o símbolo visível da condenação, mesmo antes do advento da sentença, podendo implicar até nulidade do julgamento em plenário do Júri. Consolidando este entendimento, a Lei n.º 11.689/08, dando nova redação ao art. 474 do CPP, em seu § 3º assevera que não “se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”. É evidente que a proporcionalidade é da essência do ato, devendo estar devidamente justificada e se fazer constar do termo de audiência. O arbítrio pode ser suscitado em preliminar de futura apelação, ensejando nulidade do julgamento.

5. QUEIJO, Maria Elizabeth. *Estudos em processo penal*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p.20.

Segundo o STF⁶ e o STJ⁷, o uso de algemas no Júri não constitui constrangimento quando necessárias à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes.

O STF ainda, na apreciação do HC n.º 91.952⁸, anulou julgamento em plenário do júri, de um pedreiro que permaneceu algemado durante a sessão, acusado de homicídio na cidade de Laranjal Paulista, sob o fundamento de ter ocorrido potencial influência perante os jurados, não havendo demonstração de que tal expediente fosse necessário no caso concreto.

Tal julgamento acabou motivando a edição da súmula vinculante n.º 11, no intuito de refrear eventuais abusos no uso de algemas. Eis o seu texto:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Importam alguns esclarecimentos em face da edição do enunciado da súmula vinculante sobre o uso de algemas, especialmente considerando que o Código de Processo Penal Militar, em seu art. 234, prevê que “o emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga”, podendo ser usados, se houver resistência da parte de terceiros, “os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor”, lavrando-se, de tudo, auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas” (*caput*). Mais especificamente, no parágrafo primeiro daquele dispositivo, está dito que “o emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242”.

A parte final desse dispositivo, ao vedar o uso de algemas em determinadas autoridades e portadores de diploma de curso superior, afigura-se anti-isonômica, por não se compatibilizar com o sistema constitucional. Todavia, a primeira parte do texto normativo indica os limites para o uso de algemas e se ajusta aos ditames da Constituição do Brasil. Daí serem necessárias duas observações sobre essa situação de deficiência no acatamento e na concretização jurídica.

6. STF- HC 71.195 – 2ª Turma – Rel. Min. Francisco Rezek, j. 25.10.94

7. QUEIJO, Maria Elizabeth. *Estudos em processo penal*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 30.

8. Plenário – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 07.08.08 – votação unânime

A primeira é relativa a um indicativo de crise na aplicação do direito, haja vista que já existiam enunciados normativos no ordenamento jurídico brasileiro que disciplinavam o uso de algemas e que não eram respeitados como deveriam. É que se vê, na prática, que uma súmula é reputada de obrigatoriedade superior à dos enunciados legislativos e constitucionais. Em outras palavras, para se cumprir o direito posto no Brasil, não seria necessária a edição de súmula vinculante, se fosse bem compreendido o seu contexto jurídico.

A segunda observação é a de não serem atendidos os requisitos para a edição da própria súmula vinculante, isto é, para que se justificasse a emissão da súmula vinculante sobre o uso de algemas, seria preciso que existissem reiteradas decisões sobre matéria constitucional, versando sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais houvesse controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarretasse grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, nos termos do art. 103-A, § 1º, da Constituição do Brasil.

Sem embargo, da análise do enunciado, que já tem recebido duras críticas em sua curta existência, afinal a sessão foi realizada em 13/08/2008, parte-se da premissa que o uso de algemas é exceção, que deve estar devidamente justificada, e por escrito, revelando-se o porquê da medida, que terá os seguintes fundamentos:

- a) Resistência, que nada mais é que a possibilidade do infrator opor-se “à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio”;
- b) Receio de fuga, justificada quando o agente, percebendo a atuação policial, empreende esforço para se evadir, ou quando é capturado após perseguição;
- c) Perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, já que o uso de algemas pode se materializar em expediente para conferir ao procedimento segurança, evitando-se o mal maior que é o emprego de força física para conter o preso ou seus comparsas, amigos, familiares, inclusive com a utilização de armas, letais ou não.

A necessidade de justificação passa a ser da essência do ato, cabendo ao próprio magistrado, quando já identificada a perigosidade do indivíduo, fazer constar no mandado de prisão a necessidade do uso de algemas. Nada impede que delegue à autoridade policial executora da medida tal análise. Na ausência de manifestação judicial, ou nas hipóteses de flagrante ou de mero

deslocamento de presos nos atos de rotina, como ida ao fórum, condução ao IML para realização do exame de corpo de delito, dentre outros, caberá ao condutor justificar o emprego das algemas. Não se deve interpretar a disposição sumular como obstáculo à efetividade do ato, nem como pedra de toque para uma interminável discussão acerca da presença ou não dos fundamentos da medida. Se é certo que existem circunstâncias extremamente tênues para caracterizar algum risco, outras são evidentes, seja quanto a necessidade das algemas, seja quanto a sua dispensa. Se há convicção de que as algemas são necessárias, juízo de valor que já era feito antes da súmula, basta justificar a medida para legitimar o ato. A prestação de contas, materializada pela fundamentação, é o preço a se pagar para minimizar os excessos.

Por sua vez, a súmula traz as consequências do descumprimento das formalidades da medida, caracterizada tanto pela ausência de justificação como pela fundamentação inconsistente, contemplando a responsabilidade disciplinar civil e criminal, que é de todo pertinente, seja por caracterizar abuso de autoridade (Lei n.º 4.898/65), como pela necessidade de indenizar em face dos danos materiais e morais eventualmente ocasionados, principalmente com a execração pública na exposição do algemado à imprensa ou expediente degradante similar, sem prejuízo do respectivo procedimento administrativo perante a corregedoria da instituição. Não se deve desconsiderar a responsabilidade do Estado pelo ato do servidor incauto, sendo, neste caso, de natureza objetiva.

Ademais, o ato processual praticado com o uso arbitrário das algemas será reputado nulo, além da ilegalidade da prisão efetivada. Deve-se ter todo cuidado na interpretação de uma previsão de tal natureza. Entendemos que a sanção de nulidade, no que tange aos atos processuais, terá cabimento quando haja prejuízo ao imputado, como na realização de audiências, no júri ou não, com o uso desnecessário das algemas, em que a má impressão ocasionada potencializa o prejuízo não só em relação aos jurados, como também ao próprio magistrado, testemunhas, vítima, perito, que acabam, de algum modo, tirando suas impressões da cena, o que fica marcado no inconsciente de todos. Existem outros atos, entretanto, em que não há prejuízo, e portanto a nulidade estará descartada, como a condução para realização de exame de corpo de delito, para o incidente de insanidade mental, para tratamento médico, dentre outros. Restará a sanção do responsável pelo arbítrio.

De outro lado, na realização da prisão cautelar, a ilegalidade do procedimento na utilização do uso das algemas, implicando no relaxamento prisional, não impedirá, havendo elementos que justifiquem a medida, que nova prisão cautelar seja decretada, desde que motivadamente.

Já quanto ao uso de grilhões, ou seja, peças metálicas para prender os tornozelos, estes se revelam nitidamente desproporcionais, sendo sua utilização injustificada.

2.7. Regime disciplinar diferenciado (RDD)

O RDD foi inserido pela Lei n.º 10.792/2003, dando tratamento carcerário mais áspero a determinados indivíduos estereotipados com o rótulo de perigosos, tendo caráter eminentemente neutralizador. O instituto foi inserido na subseção “faltas disciplinares” da LEP (Lei n.º 7.210/84), sendo verdadeira sanção disciplinar, tendo cabimento, tanto aos presos provisórios como definitivos, nas seguintes hipóteses:

- Prática de crime doloso constituindo falta grave e ocasionando a subversão da ordem ou da disciplina interna do estabelecimento;
- Presos que apresentem alto risco para a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;
- Recaindo fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A colocação no RDD pressupõe requerimento circunstanciado (fundamentado) elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa (Secretário de Segurança Pública, autoridade policial, MP), deliberação judicial no prazo máximo de quinze dias, com prévia manifestação do MP e da defesa (art. 54, §§ 1º e 2º da LEP). Não tem cabimento *ex officio*. A colocação no RDD implica nas seguintes consequências (art. 52 da LEP):

- recolhimento em cela individual;
- visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
- saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

O RDD perdurará pelo período de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção em havendo nova falta grave da mesma espécie, respeitado o limite de um sexto da pena aplicada. Admite-se ainda que a autoridade administrativa decrete o isolamento preventivo do preso faltoso pelo prazo de até 10 dias, sendo que a inclusão do preso no RDD, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente (art. 60 da LEP). É o que impropriamente se tem chamado de **RDD cautelar**, ou seja, o isolamento prévio, por deliberação do administrador prisional, aguardando-se a definição do juiz competente quanto à inserção ou não no RDD.

As críticas ao RDD são as mais variadas, não só em razão das hipóteses de cabimento, mas acima de tudo quanto à utilidade da sanção, sem falar que o instituto não resiste a uma breve leitura constitucional.

Permitir que a inserção em RDD se dê pela prática de crime doloso, materializando falta grave, sem o julgamento definitivo da infração, fere de morte a presunção de inocência. Imagine-se que o agente seja colocado no RDD, e depois absolvido da imputação pelo crime doloso que autorizou a sanção. Estaríamos diante de verdadeira antecipação de sanção, sem prévio julgamento.

Por sua vez, permitir o RDD em razão de o detento representar alto risco para a segurança do estabelecimento ou da sociedade é imputar o ônus da falência do sistema prisional exclusivamente ao preso. E o que seria este alto risco? A sanção seria motivada por aquilo que o preso representa, e não pelo que realmente ele fez, em verdadeiro direito penal do autor, e não do fato.

Já a inserção no RDD pelas fundadas suspeitas de participação em organização criminosa, quadrilha ou bando também merece reparos. Afinal, a caracterização de novas infrações, simbolizando falta grave, seja ou não com envolvimento em organização criminosa, quadrilha ou bando, já foi tratada acima. Se eventualmente o envolvimento nestas organizações era pretérito, deve estar caracterizado na sentença condenatória, e não mais teríamos fundadas suspeitas, e sim certeza deste envolvimento.

Já quanto às consequências da submissão ao RDD, percebemos que o ideal ressocializador, ressaltado pelo art. 1º da LEP, foi esquecido. O RDD peca por imprimir ao infrator uma sanção estática, onde nada é permitido, leitura, esportes, trabalho, jogos etc. Trava-se uma luta psicológica para não enlouquecer, pois o tempo é paralisado como forma de matizar o criminoso.

A Carta Magna elenca como um de seus vetores a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). No art. 5º, inciso XLIX, por sua vez, assevera que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e **moral**”(grifo nosso). Já no inciso III do mesmo dispositivo, informa que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, ao passo que o inciso XLVII, em sua alínea “e”, veda as penas cruéis.

Por tudo isso, pensamos que assiste razão a Rômulo Moreira, quando reflete:

Será que manter um homem solitariamente em uma cela durante 360 ou 720 dias, ou mesmo por até um sexto da pena (não esqueçamos que temos crimes com pena máxima de até 30 anos), coaduna-se com aqueles dispositivos constitucionais? Ora, se o nosso atual sistema carcerário, absolutamente degradante tal como hoje concebido, já não permite a ressocialização do condenado,

imagine-se o submetendo a estas condições. É a consagração, por lei, do regime da total e inexorável desesperança⁹.

3. PRISÃO EM FLAGRANTE

3.1. Conceito

Flagrante é o delito que ainda “queima”, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização. Os atos de documentação a serem realizados subsequentemente ao cerceio da liberdade do agente ocorrerão normalmente na Delegacia de Polícia.

A doutrina não é uniforme no que toca à natureza jurídica da prisão em flagrante. São basicamente três correntes:

- (1) uma que sustenta que a natureza jurídica da prisão em flagrante é a de ato administrativo, tal como o faz Walter Nunes da Silva Júnior, entendendo que “não se mostra coerente dizer que a prisão em flagrante é, ao mesmo tempo, um ato administrativo e mediada processual acautelatória”;
- (2) outra, capitaneada por Afrânio Silva Jardim, reputa que “a prisão em flagrante, ao lado da preventiva, é uma das espécies de medidas de natureza acautelatória”, que reclama pronunciamento judicial acerca de sua manutenção;
- (3) a última, na esteira de Tourinho Filho – posição a qual nos filiamos –, que a considera um ato complexo, com “duas fases bem distintas: a primeira, que diz respeito à prisão-captura, de ordem administrativa, e a segunda, que se estabelece no momento em que se faz a comunicação ao juiz, de natureza processual, quando a homologação ou manutenção ou transformação da prisão somente deve ocorrer se presente um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva” (seria assim, ato administrativo na origem, sendo judicializado ao final)¹⁰. Aury Lopes

9. MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este monstro chamado RDD. *Artigo doutrinário*, p.2, 2004.

10. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.879-881.

Jr., em análise similar, chega à conclusão de que num primeiro momento o flagrante é medida **pré-cautelar**, “de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, onde caberá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (...)”¹¹”.

É de se observar, entretanto, que o legislador, ao idealizar o cabimento da prisão em flagrante, não se restringiu à acepção restrita da palavra. Neste prisma, conseguiu elastecer aquilo que se entende por flagrante delito, distorcendo a própria essência do instituto, de sorte que teremos uma série de hipóteses, disciplinadas em lei, que refogem ao conceito aqui esboçado, distribuídas logo a seguir entre as espécies de flagrante delito.

3.2. Espécies de flagrante

Vejamos agora as modalidades de flagrante delito disciplinadas no Código de Processo, na legislação especial e aquelas idealizadas pela doutrina e pela jurisprudência, destacando o âmbito de incidência e o aspecto da legalidade. São elas:

3.2.1. *Flagrante próprio (propriamente dito, real ou verdadeiro)*

Dá-se o flagrante próprio quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. É a modalidade que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão.

Temos duas situações contempladas nesta modalidade: a) daquele que é preso quando da realização do crime, leia-se, ainda na execução da conduta delituosa; b) de quem é preso quando acaba de cometer a infração, ou seja, sequer se desvencilhou do local do delito ou dos elementos que o vinculem ao fato quando vem a ser preso. A prisão deve ocorrer de imediato, sem o decurso de qualquer intervalo de tempo. São as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 302 do CPP.

3.2.2. *Flagrante impróprio (irreal ou quase flagrante)*

Nesta modalidade de flagrante, o agente é perseguido, **logo após** a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato. É a hipótese do art. 302, inciso

11. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. II. p. 64.

III, do CPP. A expressão “logo após” abarca todo o espaço de tempo que flui para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição do autor.

A crença popular de que é de 24 horas o prazo entre a prática do crime e a prisão em flagrante não tem o menor sentido, eis que, não existe um limite temporal para o encerramento da perseguição. Não havendo solução de continuidade, isto é, se a perseguição não for interrompida, mesmo que dure dias ou até mesmo semanas, havendo êxito na captura do perseguido, estaremos diante de flagrante delito.

O § 1º do art. 290 do CPP exprime o conceito legal de perseguição, entendendo-a quando a autoridade:

- a) tendo avistado o infrator, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista. Portanto, o contato visual não é elemento essencial para a caracterização da perseguição;
- b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o infrator tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procura, for no seu encalço.

3.2.3. Flagrante presumido (ficto ou assimilado)

No flagrante presumido, o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que presumam ser ele o autor do delito (art. 302, IV, CPP). Esta espécie não exige perseguição. Basta que a pessoa, em situação suspeita, seja encontrada **logo depois** da prática do ilícito, sendo que, o móvel que a vincula ao fato é a posse de objetos que façam crer ser a autora do crime. O lapso temporal consegue ainda ter maior elasticidade, pois a prisão decorre do encontro do agente com os objetos que façam a conexão com a prática do crime.

3.2.4. Flagrante compulsório ou obrigatório

Alcança a atuação das forças de segurança, englobando as polícias civil, militar, rodoviária, ferroviária e o corpo de bombeiros militar (art. 144 da CF). Estas têm o dever de efetuar a prisão em flagrante, sempre que a hipótese se apresente (art. 301, *in fine*, CPP). Entendemos que esta obrigatoriedade perdura enquanto os integrantes estiverem em serviço. Durante as férias, licenças, folgas, os policiais atuam como qualquer cidadão, e a obrigatoriedade cede espaço à mera faculdade.

Já os integrantes da guarda civil metropolitana não estão obrigados à realização da prisão em flagrante, sendo mera faculdade.

3.2.5. *Flagrante facultativo*

É a faculdade legal que autoriza qualquer do povo a efetuar ou não a prisão em flagrante. Abrange também, como já visto, os policiais que não estejam em serviço (art. 301, CPP).

3.2.6. *Flagrante esperado*

No flagrante esperado temos o tratamento da atividade pretérita da autoridade policial que antecede o início da execução delitiva, em que a polícia antecipa-se ao criminoso, e, tendo ciência de que a infração ocorrerá, sai na frente, fazendo campana (tocaia), e realizando a prisão quando os atos executórios são deflagrados. Ex: sabendo o agente policial, pelas investigações, que o delito vai ocorrer, aguarda no local adequado, e, na hora “H”, realiza a prisão em flagrante.

É o que se deseja da atividade policial, com forte desenvolvimento investigativo, e tendo conhecimento de que a infração ainda irá ocorrer, toma as medidas adequadas para capturar o infrator assim que ele comece a atuar. O flagrante esperado não está disciplinado na legislação, sendo uma idealização doutrinária para justificar a atividade de aguardo da polícia. Desta maneira, uma vez iniciada a atividade criminosa, e realizada a prisão, estaremos diante, em regra, de verdadeiro flagrante próprio, pois o indivíduo será preso cometendo a infração, enquadrando-se na hipótese do art. 302, inciso I, do CPP.

Nada impede que o flagrante esperado seja realizado por particular, que poderá, validamente, sabendo que a infração irá ocorrer, aguardar o início dos atos executórios para prender em flagrante. É recomendado, contudo, que havendo tempo hábil e por uma questão de segurança, que se entre em contato com a polícia. Não o fazendo, ainda assim a prisão estará revestida de legalidade.

3.2.7. *Flagrante preparado ou provocado*

No flagrante preparado, o agente é induzido ou instigado a cometer o delito, e, neste momento, acaba sendo preso em flagrante. É um artifício onde verdadeira armadilha é maquinada no intuito de prender em flagrante aquele que cede à tentação e acaba praticando a infração.

Ex: policial disfarçado encomenda a um falsário certidão de nascimento de pessoa fictícia, e, no momento da celebração da avença, com a entrega do dinheiro e o recebimento do documento falsificado, realiza a prisão em flagrante.

Seria uma eficiente ferramenta para prender pessoas que sabidamente são criminosas, pois ao serem estimuladas e iniciando a conduta delitiva, seriam surpreendidas em flagrante.

É temerário, contudo, que se admita que o Estado, através dos seus órgãos de investigação, ou até mesmo os particulares, estimulem a prática do delito com o fim de realização da prisão em flagrante. Esta vontade de deflagrar o inquérito policial com o suspeito já preso e com vasta documentação da atividade delitiva já conseguida, não pode endossar condutas não ortodoxas onde os fins justifiquem os meios. Neste sentido, o STF editou a súmula n.º 145: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Para o Supremo, havendo a preparação do flagrante, e a consequente realização da prisão, existiria crime só na aparência, pois, como não poderá haver consumação, já que esta é obstada pela realização da prisão, estaríamos diante de verdadeiro **crime impossível**, de sorte que não só a prisão é ilegal, mas também não há de se falar em responsabilidade penal pela conduta daquele que foi instigado a atuar como verdadeiro objeto de manobra do agente provocador. Por consequência, eventual inquérito ou processo iniciados devem ser trancados via *habeas corpus*, afinal, não houve infração.

Segundo Damásio de Jesus, “ocorre crime putativo por obra do agente provocador quando alguém provoca o agente à prática do crime, ao tempo que cuida para que o mesmo não se consuma”¹².

Encontramos forte posição contrária à adoção das consequências do flagrante preparado, sob o fundamento de que não existiria diferença de fundo entre o flagrante esperado e o provocado, já que em ambos, a atuação da polícia se daria para evitar a consumação do delito. Neste sentido, Eugênio Pacelli, quando ao fazer um paralelo entre as duas modalidades de flagrante (preparado e esperado), conclui “que ambas as situações podem estar tratando de uma única e mesma realidade: a ação policial suficiente a impedir a consumação do crime (ou o seu exaurimento), tudo dependendo de cada caso concreto. Não nos parece possível, com efeito, fixar qualquer diferença entre a *preparação* e a *espera* do flagrante, no que se refere à impossibilidade de consumação do crime, fundada na idéia da eficiente atuação policial. Em ambos os casos, como visto, seria possível, em tese, tornar impossível, na mesma medida, a ação delituosa em curso. Por que então a validade de um (esperado) e invalidade de outro (o preparado)?¹³” Sem embargo, tem prevalecido o entendimento sumular do STF.

Na realidade, a falta de compreensão do problema reside na precária justificativa da súmula n.º 145. Não é parâmetro para a aferição da ilegalidade da prisão

12. JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1. p.176.

13. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.508.

a “impossibilidade de consumação”. Diferentemente, o que distinguirá a prisão válida da inválida é o móvel do delito tentado pelo agente, isto é, se a motivação do cometimento do fato típico for externa (provocado pela polícia), inexistirá crime punível, ao passo que se a polícia simplesmente espera a prática de um crime planejado pelo(s) sujeito(s) ativo(s), restará verificada conduta punível.

Questão delicada é a existência do flagrante provocado na hipótese de crime permanente. Se o delito já vinha se consumando quando incidentalmente ocorreu a provocação, esta não será decisiva para caracterização da infração, sendo apenas fator de constatação do crime que preexistia, de sorte que não só a prisão será válida, como também a responsabilidade penal pela conduta é de todo cabível. O clássico exemplo é o do traficante de drogas abordado por policial disfarçado de usuário. Se o traficante já tinha a droga consigo, ou em estoque, o crime de tráfico já estava se consumando, independente da abordagem da polícia, que em nada contribuiu para que o delito começasse a ser praticado, de sorte que não estará caracterizado o flagrante provocado. Por sua vez, se a pessoa abordada serviu de ferramenta para a obtenção do entorpecente, posto que não tinha a droga, tendo que empreender esforços para consegui-la pela solicitação do suposto usuário, amolda-se à aplicação da súmula n.º 145 do STF.

3.2.8. Flagrante prorrogado (retardado, postergado, diferido, estratégico ou ação controlada)

É um flagrante de feição estratégica, pois a autoridade policial tem a faculdade de aguardar, do ponto de vista da investigação criminal, o momento mais adequado para realizar a prisão, ainda que sua atitude implique na postergação da intervenção. Mesmo diante da ocorrência da infração, pode-se deixar de atuar, no intuito da captura do maior número de infratores, ou da captação de um maior manancial probatório.

Esta hipótese não se confunde com o flagrante esperado, pois neste a polícia aguarda o início dos atos executórios, e, uma vez iniciados, estará obrigada à realização da prisão. Já no flagrante diferido, a polícia deixa de efetivar a prisão, mesmo presenciando o crime, pois do ponto de vista estratégico, esta é a melhor opção. É o que autoriza o art. 2º, inciso II da Lei n.º 9.034/1995, de combate e repressão às organizações criminosas, tratando da “ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”. Não é necessária autorização judicial nem prévia oitiva do MP, cabendo à autoridade policial administrar a conveniência ou não da

postergação. Deve-se respeitar, contudo, a proporcionalidade da medida. Se a vida de alguém está em risco, não é razoável que a autoridade se omita, no intuito de preservar a eficiência da medida. Saliente-se ainda que a medida tem cabimento quando estiver em desenvolvimento a atuação de uma organização criminosa, não cabendo interpretação extensiva para abarcar a atividade das quadrilhas ou bandos, pela leitura do inciso II do art. 2º.

O flagrante postergado foi contemplado também na Lei n.º 11.343/2006, de combate e repressão ao tráfico de drogas, prevendo, no art. 53, inciso II, “a não-autuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no **território brasileiro**, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível” (grifo nosso). A idéia é a mesma, contudo os requisitos são diversos, já que na lei de tóxicos, exige-se autorização judicial, prévia oitiva do MP, além do conhecimento do provável itinerário da droga e dos eventuais agentes do delito ou colaboradores (art. 53, *caput* e parágrafo único). Ademais, o juiz que delibera quanto à prorrogação já é o competente para o futuro processo (prevenção).

Acreditamos que o flagrante diferido nada mais é do que uma flexibilização da obrigatoriedade da atuação imediata da polícia, assim que identifica a atividade criminosa em desenvolvimento. Tanto é verdade, que afora as hipóteses de crime permanente, onde a autoridade policial acompanha todo o desenvolvimento da conduta delituosa para no momento mais adequado realizar a prisão, a própria terminologia **flagrante postergado** é inapropriada, afinal, o que ocorre é a não autuação por uma infração, na expectativa de prender por outro crime. É uma mitigação da obrigatoriedade de realizar a prisão em flagrante, inerente à atividade policial. Tomemos como exemplo a hipótese de policiais que acompanham a subtração de veículo que será utilizado para transportar carregamento de armas, deixando de prender em flagrante pelo crime meio (furto), para autuá-los pelo crime fim (tráfico de armas). A toda evidência, o que ocorre, na espécie, é a escolha mais oportuna da infração que vai motivar o flagrante. Caso eventualmente o carregamento de armas não chegue ao seu destino, frustrando a atividade da polícia, restará a instauração de inquérito pelo crime de furto, pois o flagrante, para esta infração, já passou.

3.2.9. *Flagrante forjado*

É aquele armado, fabricado, realizado para incriminar pessoa inocente. É a lídima expressão do arbítrio, onde a situação de flagrância é maquinada para ocasionar a prisão daquele que não tem conhecimento do ardil. Ex.: empregador

que insere objetos entre os pertences do empregado, acionando a polícia para prendê-lo em flagrante pelo furto, para com isso demiti-lo por justa causa.

É uma modalidade ilícita de flagrante, onde o único infrator é o agente forjador, que pratica o crime de denúncia caluniosa (art. 339, CP), e sendo agente público, também abuso de autoridade (Lei n.º 4.898/65).

3.2.10. *Flagrante por apresentação*

E se o suposto autor do fato se apresenta voluntariamente à autoridade policial, poderá ser preso em flagrante? Quem se entrega à polícia não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais autorizadoras do flagrante. Assim, não será autuado. Não obstante, se estiverem presentes os requisitos legais (art. 312, CPP), poderá a autoridade policial representar ao judiciário pela decretação da prisão preventiva.

Embora não disponha mais o Código sobre a apresentação espontânea, como antes fazia expressamente em seu art. 317, CPP (redação alterada pela Lei n.º 12.403/2011), permanece ínsita ao nosso ordenamento jurídico a possibilidade de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial para o fim de ser decretada a prisão preventiva, se presentes as condições do art. 312, CPP. Em outras palavras, como a apresentação espontânea é incompatível com a prisão em flagrante, andou bem o legislador em não mais tratar do que naturalmente é óbvio: a livre apresentação do agente obsta o flagrante, mas não impede a decretação da preventiva de acordo com o caso concreto.

A razão de ser da disciplina legal da apresentação espontânea era a de que ela trazia benefícios ao agente, como a inexistência de **efeito suspensivo** quando houvesse recurso da acusação contra a sentença absolutória (pelo que previa o antigo texto do art. 318 do CPP, alterado pela Lei n.º 12.403/011).

O dispositivo já havia perdido sua aplicabilidade, já que segundo a sistemática processual vigente, independente de ter havido apresentação espontânea ou não, o recurso da acusação contra sentença absolutória não impede que o réu seja posto imediatamente em liberdade (art. 596, CPP).

4. FLAGRANTE NAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CRIME

Em regra, todas as infrações penais admitem a realização da prisão em flagrante, havendo a necessidade de destacarmos as peculiaridades em razão de algumas delas:

4.1. Crime permanente

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, permanente “é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá

cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro)”¹⁴. Enquanto não cessar a permanência, a prisão em flagrante poderá ser realizada a qualquer tempo (art. 303, CPP), mesmo que para tanto seja necessário o ingresso domiciliar. Como a Carta Magna, no art. 5º, inciso XI, admite a violação domiciliar para a realização do flagrante, a qualquer hora do dia ou da noite, em havendo o desenvolvimento de crime permanente no interior do domicílio, atendido está o requisito constitucional. Se o traficante tem substância entorpecente estocada em casa, o crime de tráfico estará caracterizado em situação de permanência, admitindo-se o ingresso para a realização da prisão. Restaria a seguinte indagação: e se os policiais adentrarem na casa e não encontrarem a substância entorpecente, quais as consequências desta diligência frustrada? Em havendo **dolo**, resta a caracterização do crime de abuso de autoridade (art. 3º, “b”, da Lei n.º 4.898/1965).

4.2. Crime habitual

O crime habitual é aquele que materializa o modo de vida do infrator, exigindo, para a consumação, a reiteração de condutas, que por sua repetição, caracterizam a ocorrência da infração. Ex: exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (art. 282 do CP). Pela dificuldade no caso concreto de aferir a reiteração de atos, somos partidários do entendimento de que não cabe flagrante nas infrações habituais, afinal, colocando-se como expectador, objetivamente o delegado não teria como precisar, no momento em que surpreende o infrator, se existe ou não a habitualidade. Lembremos que o crime habitual só existe pela reiteração de condutas, e a prática isolada de um ato é, em regra, fato atípico. A prisão em flagrante retrataria o ato isolado, que em si não representa infração penal.

No mesmo sentido, Tourinho Filho: “não concebemos o flagrante no crime habitual. Este ocorre quando a conduta típica se integra com a prática de várias ações que, insuladamente, são indiferentes legais. Ora, quando a polícia efetua a prisão em flagrante, na hipótese de crime habitual, está surpreendendo o agente na prática de um só ato. O auto de prisão vai apenas e tão-somente retratar aquele ato insulado. Não os demais. Aquele ato insulado constitui um indiferente legal”¹⁵.

Em posição contrária à aqui defendida, Mirabete adverte que “não é incabível a prisão em flagrante em ilícitos habituais se for possível, no ato, comprovar-se a habitualidade. Não se negaria a situação de flagrância no caso da

14. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1. p.194.

15. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.3. p.457.

prisão de responsável por bordel onde se encontram inúmeros casais para fim libidinoso, de pessoa que exerce ilegalmente a medicina quando se encontra atendendo vários pacientes etc”¹⁶. Entendemos, com a devida vênia, que não lhe assiste razão, afinal, permitir tal presunção de habitualidade, é temerariamente admitir a efetivação do flagrante sem a constatação da real consumação da infração, e como já frisado, o crime habitual só estará consumado em face da reiteração de condutas.

4.3. Crime de ação penal privada e pública condicionada

Nada impede a realização da prisão em flagrante nos crimes de ação privada ou pública condicionada, mas para a lavratura do auto, deverá haver a manifestação de vontade do respectivo legitimado. Ora, se nessas infrações toda a persecução penal está a depender de autorização do interessado, seja a vítima, seu representante legal, ou o próprio Ministro da Justiça nos crimes de ação pública delas dependente, para que o auto seja lavrado, é condição essencial esta aquiescência. Por sua vez, se a vítima não puder imediatamente ir à delegacia para se manifestar, por ter sido conduzida ao hospital ou por qualquer motivo relevante, poderá fazê-lo no prazo de entrega da nota de culpa.

Naturalmente, se o agente é surpreendido em flagrante, será conduzido coercitivamente à delegacia, pois a agressão deve cessar. Lá, caso a vítima não emita autorização, aí sim está obstaculizada a lavratura do auto, devendo a autoridade policial liberar o ofensor, sem nenhuma formalidade, documentando o ocorrido em boletim de ocorrência, para efeitos de praxe, pois não haverá prisão nem instauração de inquérito policial.

4.4. Crime continuado

No crime continuado, “o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro...” (art. 71 do CP). Na hipótese de continuidade delitiva, temos, indubitavelmente, várias condutas, simbolizando várias infrações; contudo, por uma ficção jurídica, irá haver, na sentença, a aplicação da pena de um só crime (teoria da ficção jurídica do crime continuado ou teoria da unidade fictícia limitada, albergada pela legislação brasileira para fins exclusivos de imposição da sanção penal)¹⁷, exasperada de um sexto a dois terços (parte

16. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.378.

17. FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.59-63.

final do art. 71). Como existem várias ações independentes, irá incidir, isoladamente, a possibilidade de se efetuar a prisão em flagrante por cada uma delas. É o que se chama de **flagrante fracionado**.

4.5. Infração de menor potencial ofensivo

Nas infrações de menor potencial ofensivo, que são os crimes com pena máxima de até dois anos, cumulados ou não com multa, e as contravenções penais (art. 61, Lei n.º 9.099/1995), ao invés da lavratura do auto de flagrante, teremos a realização do termo circunstanciado, desde que o infrator seja imediatamente encaminhado aos juizados especiais criminais ou assuma o compromisso de comparecer, quando devidamente notificado. Caso contrário, o auto será lavrado, recolhendo-se o agente ao cárcere, salvo se for admitido a prestar fiança. Era possível também que o capturado se livrasse solto, se a infração fosse apenas tão somente com multa, ou com pena privativa de liberdade de até três meses, em verdadeira liberdade incondicionada (art. 321, CPP). Tal prerrogativa foi afastada com o advento da Lei n.º 12.403/011, padronizando-se o tratamento das infrações de menor potencial ofensivo.

A Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Tóxicos) assevera que na posse para uso de substância entorpecente e condutas assemelhadas (art. 28), não se lavrará o auto de prisão em flagrante, realizando-se o termo circunstanciado, providenciando-se ainda as requisições dos exames necessários. O usuário de drogas será então conduzido à presença da **autoridade judicial**, para que seja realizada a lavratura do TCO (art. 48, § 2º). Só na ausência do juiz, é que as providências serão tomadas diretamente pelo delegado, no local em que se encontrar, **vedando-se a detenção do agente** (§ 3º). Como adverte Luiz Flávio Gomes, a “nova Lei de Drogas priorizou o ‘juízo competente’, em detrimento da autoridade policial. Ou seja: do usuário de droga não deve se ocupar a polícia (em regra). Esse assunto configura uma questão de saúde pública, logo, não é um fato do qual deve cuidar a autoridade policial”¹⁸. A nova lei coloca a autoridade policial em função subsidiária ao papel desempenhado pelo magistrado.

Percebe-se que mesmo que o agente se negue a assumir o compromisso de comparecer aos juizados, ainda assim não será detido, obstando a lei, peremptoriamente, a prisão do usuário de substância entorpecente. É verdadeira hipótese de liberdade provisória incondicionada.

Já a Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), tratando das hipóteses de violência doméstica, informa, no art. 41, que aos crimes praticados com violência

18. GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova lei de drogas comentada*. São Paulo: RT, 2006. p.216.

doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099/1995. Assim, diante de uma infração de menor potencial ofensivo, ao invés do termo circunstanciado, pelo texto da lei, deve a autoridade policial lavrar o auto de prisão em flagrante, recolhendo o agressor ao cárcere, com comunicação ao juiz competente. Homologado o auto, restará ao juiz a conversão do flagrante em medida cautelar não detentiva (art. 319, CPP), já que, de regra, os delitos com pena privativa de liberdade de até quatro anos não comportam a conversão do flagrante em preventiva (art. 313, I, CPP).

Acreditamos que o art. 41, da referida Lei n.º 11.340/2006 atenta contra o art. 98, inciso I da Constituição Federal, afinal, o tratamento das infrações de menor potencial ofensivo emana diretamente da Carta Magna, não podendo a lei ordinária, de forma casuística, excepcionar o mandamento constitucional.

5. SUJEITOS DO FLAGRANTE

Passaremos a enfrentar as pessoas envolvidas no procedimento para a efetivação da prisão e também para a lavratura do auto.

5.1. Sujeito ativo

É aquele que efetua a prisão. Como já vimos, pode ser qualquer pessoa, integrante ou não da força policial (art. 301, CPP). Já o **condutor** é a pessoa que apresenta o preso à autoridade que presidirá a lavratura do auto, nem sempre correspondendo àquele que efetuou a prisão. Imaginemos a possibilidade de populares realizarem a prisão, e entregarem o preso ao destacamento da polícia militar, para encaminhá-lo à delegacia. Neste caso, os policiais figurarão como condutores, em que pese a prisão ter sido realizada por terceiros.

5.2. Sujeito passivo

É aquele detido em situação de flagrância. Em regra, pode ser qualquer pessoa. Contudo, temos exceções à realização da prisão em flagrante de determinados indivíduos. Vejamos as principais:

- a) Presidente da República: não poderá ser preso cautelarmente (art. 86, § 3º, CF). Só cabe prisão com o advento de sentença condenatória transitada em julgado;
- b) Diplomatas estrangeiros: podem desfrutar da possibilidade de não ser presos em flagrante, a depender dos tratados e convenções internacionais (art. 1º, I, CPP);
- c) Membros do Congresso Nacional (art. 53, § 2º, CF): só podem ser presos em flagrante por crime inafiançável. Nestas hipóteses, “os autos serão

remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”. A autoridade policial deve proceder à lavratura do auto, e remetê-lo dentro das exíguas 24 horas para a respectiva Casa Legislativa. Por oportuno, destacamos, com arrimo no art. 56 da CF, que o Deputado ou Senador não perderá o mandato se investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do DF, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporário. Da mesma forma, se licenciado pela respectiva casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, sendo que nesta última hipótese, o afastamento não pode ultrapassar 120 dias por sessão legislativa. Com muita razão, se não há a perda do mandato, o parlamentar continuará fazendo *jus* à imunidade, mesmo que desempenhando as funções relatadas, ou licenciado pelas hipóteses constitucionais. Não obstante, é importante frisar que o STF, trilhando entendimento diverso, deixou prejudicada a súmula n.º 4, que rezava que o congressista, nomeado Ministro de Estado, não perdia a imunidade. Com isso, a Corte Suprema encampou o entendimento distinto do aqui defendido, manifestando-se favoravelmente à perda da imunidade, o que ficou destacado no Informativo n.º 135:

Imunidade Parlamentar: Inaplicabilidade

O deputado afastado de suas funções para exercer cargo no Poder Executivo não tem imunidade parlamentar. Com esse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus em que se pretendia o trancamento da ação penal instaurada contra deputado estadual que, à época dos fatos narrados na denúncia, encontrava-se investido no cargo de secretário de estado. Precedente citado: Inquérito 104-RS (RTJ 99/477). HC 78.093-AM, rel. Min. Octavio Gallotti, 11.12.98.

Quanto aos deputados estaduais, e por força do art. 27, § 1º c/c art. 53, § 1º da CF, têm a mesma prerrogativa dos membros do Congresso, só cabendo a prisão em flagrante por crime inafiançável.

Já os vereadores, podem normalmente ser presos em flagrante, não desfrutando da referida imunidade.

- d) Magistrados (art. 33, II, LOMAN): só poderão ser presos em flagrante por crime inafiançável, devendo a autoridade fazer a imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do respectivo Tribunal.
- e) Membros do MP (art. 40, III, LONMP): também só serão presos em flagrante por crime inafiançável, devendo a autoridade fazer em 24 horas a comunicação e apresentação do membro do MP ao respectivo Procurador-Geral.

- f) Advogados: como assegura o § 3º do art. 7º do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/1994), “o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo”. O referido inciso IV, por sua vez, estabelece a necessidade da presença de representante da OAB, nas hipóteses de flagrante em razão do exercício profissional, para a lavratura do auto, sob pena de nulidade.
- g) Menores de 18 anos: reza o art. 106 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990): “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. Esta apreensão será comunicada imediatamente à autoridade judiciária, à família do apreendido, ou à pessoa de sua confiança (art. 107).
- h) Motoristas: como dispõe o art. 301 do Código de Trânsito, quem presta pronto e integral socorro à vítima de acidente de trânsito não será preso em flagrante, nem lhe será exigida fiança. O objetivo é evitar que o motorista envolvido se veja estimulado a fugir, por medo da prisão.

5.3. Autoridade competente

A autoridade policial da circunscrição onde foi **efetuada a prisão** é, via de regra, a que possui atribuição para presidir a lavratura do auto (art. 290, CPP). Se no local onde foi realizada a captura não houver autoridade policial, o capturado deve ser apresentado à do lugar mais próximo (art. 308, CPP).

Destaque-se ainda que autoridade policial não detém exclusivamente a atribuição de presidência da lavratura do auto. Outras autoridades, em determinadas situações e no exercício de suas atribuições, também podem conduzir à elaboração do auto de prisão em flagrante (art. 4º, parágrafo único, CPP). A súmula n.º 397 do STF corrobora este entendimento, ressaltando: “O poder de polícia da câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante e a realização do inquérito”.

É possível ainda que o crime seja praticado na presença da autoridade, ou contra esta, quando do exercício de suas funções. Nestes casos, deve constar do auto, “a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto” (art. 307, CPP). Percebe-se claramente que não haverá a figura do condutor,

afinal o fato ocorreu na presença da autoridade. Em sendo o próprio magistrado, a exemplo da ocorrência de desacato, ele estará impedido de figurar como juiz da causa, por ter comprometida a imparcialidade (art. 252, CPP). Adverte Mirabete que tal permissão “só se refere às pessoas que podem presidir inquéritos ou ações penais, e não a qualquer uma, ainda que seja autoridade (poder de requisitar, de determinar etc.). Nesta hipótese, o funcionário deverá encaminhar o preso à autoridade competente para o inquérito”¹⁹. Portanto, entendemos que os membros do MP, ao presidirem inquérito, como o inquérito civil, e se deparando com situação de flagrância, poderiam encampar a lavratura do auto, atendidos os requisitos objetivos, quais sejam, crime praticado na presença da respectiva autoridade ou contra esta, durante o exercício funcional. Todavia, a matéria está longe de ser pacífica, havendo quem, como Heráclito Mossin, afaste veementemente a atribuição dos membros do Ministério Público, restringindo a prerrogativa às autoridades policial e judiciária, na dicção do art. 307 do CPP²⁰.

A autoridade vai se valer do escrivão para a lavratura do auto, e na falta ou impedimento deste, qualquer pessoa poderá ser designada, prestando o devido compromisso legal (art. 305, CPP).

6. PROCEDIMENTOS E FORMALIDADES

Como pontua Luiz Flávio Gomes, “a prisão em flagrante conta com quatro momentos distintos: (a) captura do agente (no momento da infração ou logo após a sua realização); (b) sua condução coercitiva até à presença da autoridade policial (ou judicial); (c) lavratura do auto de prisão em flagrante e (d) recolhimento ao cárcere”²¹.

A procedimentalização do flagrante encontra então a sua evolução desde a captura do infrator, quando este é dominado, levado à autoridade para autuação, com a realização das formalidades necessárias, e se encerra com o recolhimento ao xadrez, nas hipóteses em que não se admite a liberação imediata do indivíduo, como na prestação de fiança perante a autoridade policial.

Neste contexto, especial atenção é prestada ao aspecto formal, com a documentação da prisão efetuada em razão da captura, sendo o auto de prisão em flagrante justamente a peça que materializa tal autuação. Vejamos agora o passo a passo que desaguará na lavratura do auto:

19. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 772.

20. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao código de processo penal*. São Paulo: Manole, 2005. p. 608.

21. GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova lei de drogas comentada*. São Paulo: RT, 2006. p.214-215.

- a) A autoridade, antes de lavrar o auto, deve comunicar à família do preso ou pessoa por ele indicada a ocorrência da prisão (art. 5º, LXIII, 2ª parte, CF). A providência é imperativa e sua falta implica nulidade absoluta do auto de prisão em flagrante, só sendo afastada essa sanção quando o preso se omite em indicar familiar ou pessoa de sua confiança quando instado a tanto²². Além da comunicação incontinenti à família ou à pessoa indicada pelo preso, a prisão deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente e ao Ministério Público (art. 306, *caput*, CPP).
- b) Oitiva do condutor: aquele que levou o preso até a presença da autoridade será ouvido, sendo suas declarações reduzidas a termo, colhida a assinatura, e a ele será entregue cópia do termo e recibo de entrega do preso. Este recibo tem feição nitidamente acautelatória, assegurando a fácil comprovação de que o preso foi entregue a autoridade, eximindo o condutor, a partir dali, de qualquer responsabilidade.
- c) Oitiva das testemunhas: na sequência, serão ouvidas as testemunhas que tenham algum conhecimento do ocorrido, e que acompanham o condutor. Suas declarações serão reduzidas a termo, e colhidas as respectivas assinaturas. Como a lei fala no plural, é pacífico o entendimento que precisam ser ao menos duas as testemunhas, chamadas de numerárias. Não há proibição de que policiais sirvam como testemunhas para a lavratura do auto de flagrante. Advirta-se também que nesta fase não há contradita.

Se eventualmente só existir uma testemunha do ocorrido, nada impede que o condutor funcione como a segunda, caso tenha conhecimento das circunstâncias do fato. Já se não existirem testemunhas, ainda assim não haverá impedimento para realização do auto de prisão em flagrante. Neste caso, serão utilizadas duas pessoas que tenham testemunhado a apresentação do preso à autoridade. Estas testemunhas, chamadas de instrumentais ou indiretas, nada conhecem do delito, sendo utilizadas como uma maneira de integralizar a formalidade do ato, pela ausência de testemunhas do fato.

- d) Oitiva da vítima, quando possível: em que pese a lei ser omissa quanto à oitiva da vítima nesta fase, é de bom tom que seja ouvida, prestando sua contribuição para o esclarecimento do fato e para a caracterização do flagrante. Lembremos que nos crimes de ação penal privada e pública condicionada a representação, sem a autorização da vítima, não haverá a possibilidade da lavratura do auto de flagrante, sendo sua contribuição essencial.

22. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. p.273.

- e) Oitiva do conduzido: a lei (art. 304, CPP) fala em interrogatório do acusado, o que é uma evidente impropriedade, afinal ainda não existe imputação nem processo. O preso será ouvido, assegurando-se o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF). Admite-se a presença do advogado, contudo, não é imprescindível à lavratura do auto. Nada impede que o delegado autorize a realização de reperguntas. Se não o fizer, não há ilegalidade, afinal nesta fase impera a inquisitorialidade, não havendo contraditório ou ampla defesa. As declarações do conduzido serão reduzidas a termo, colhendo-se a respectiva assinatura. É possível que o interrogatório não seja realizado por circunstância de força maior, como a hospitalização do suspeito, o que não viciará o flagrante.
- f) Ao final, convencida a autoridade que a infração ocorreu, que o conduzido concorreu para o fato e que se trata de hipótese legal de flagrante delito, determinará ao escrivão que lavre e encerre o auto de flagrante. A toda evidência, não assiste razão para a autoridade determinar a lavratura do auto se não houver lastro legal para tanto, devendo até mesmo apurar a responsabilidade do condutor, se houver algum excesso. Assim, é factível que a autoridade policial relaxe a prisão, liberando o conduzido e deixando de proceder à lavratura do auto. Entendemos que o § 1º do art. 304 deve ser interpretado à luz do *caput*, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.113/2005. A lavratura do auto é o termo final, ocorrida após a oitiva dos envolvidos. Não estando convencida a autoridade de que o fato apresentado autorizaria o flagrante, deixará de atuar o conduzido, isto é, não lavrará o auto, **relaxando a prisão**, que já existe desde a captura, e por isso, não mandará recolher o indivíduo ao xadrez (§ 1º), pois a liberdade é de rigor.

Também não permanecerá preso o conduzido quando não houver impedimento ou vedação à concessão de fiança pela autoridade policial (que poderá arbitrariamente nos crimes cuja pena máxima abstrata não exceda quatro anos). Quando a autoridade policial não tiver atribuição para concessão da fiança, ou quando recusá-la ou retardá-la, remeterá os autos ao órgão competente (art. 304, § 1º, CPP). Se requerida a fiança ao juiz, este decidirá em quarenta e oito horas, dispensando-se prévia oitiva do MP. Como se trata de providência que favorece o imputado, entendemos possível a sua concessão de ofício pelo magistrado, mesmo na fase investigativa.

Os termos de declaração do condutor e das testemunhas serão anexados ao auto, e este último será assinado pela autoridade e pelo preso. Se o capturado não souber assinar, não quiser ou não puder, esta omissão será suprida pela assinatura

de duas testemunhas, que tenham ouvido a leitura do auto na presença do preso (art. 304, § 3º, CPP).

6.1. Nota de culpa

Em cumprimento ao mandamento constitucional do art. 5º, inciso LXIV, a nota de culpa se presta a informar ao preso os responsáveis por sua prisão, além dos seus motivos, contendo o nome do condutor e das testemunhas, sendo assinada pela autoridade (art. 306, § 2º, CPP).

Será entregue em 24 horas da **realização da prisão**, mediante recibo. Caso o preso se negue a assiná-lo, a antiga redação do parágrafo único do art. 306 previa a utilização de duas testemunhas, que com suas assinaturas, supririam a omissão. Com a nova redação do art. 306, antes dada pela Lei n.º 11.449/2007 e, agora, pela Lei n.º 12.403/2011, a norma não mais contempla a saída a ser dada em havendo a recusa ou a impossibilidade da assinatura da nota de culpa pelo preso. Entendemos que por analogia ao § 3º do art. 304, a utilização de duas testemunhas continua sendo a solução.

A entrega da nota de culpa é de vital importância para a validade da prisão. Com a nota de culpa, a garantia de informação é assegurada, tendo o preso a cientificação formal dos motivos da prisão, com a indicação dos seus responsáveis e o nome das testemunhas. Neste contexto, a não entrega da nota de culpa, ou a sua entrega a destempo, sem justificativa razoável, pode implicar na ilegalidade da prisão, desaguando em relaxamento (art. 5º, inciso LXV da CF).

6.2. Remessa à autoridade

Além de comunicada imediatamente a prisão ao juiz, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa por ele indicada (art. 306, *caput*, CPP), o Código estatui ainda que, em 24 horas após a **realização da prisão**, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante. O objetivo é que se estabeleça o controle judicial da prisão (art. 5º, LXII, CF), cabendo ao magistrado, em sendo o caso, relaxá-la, ou conceder liberdade provisória, sem prejuízo da evolução do competente inquérito policial. Segundo o STF, não é necessário que o magistrado fundamente a manutenção do flagrante, caso entenda que não é caso de relaxamento ou de liberdade provisória, salvo se o defensor do preso tiver peticionado neste sentido, quando então a denegação do pleito deverá ser fundamentada.

Essa jurisprudência da Suprema Corte, contudo, foi suplantada pela nova redação do art. 310, do Código de Processo Penal, atribuída pela Lei n.º 12.403/2011, que estabeleceu providências cogentes a serem adotadas pelo juiz

que receber o auto de prisão em flagrante. Desse modo, recebendo o auto de prisão, apresentam-se ao magistrado as seguintes hipóteses:

(1) deve relaxar a prisão, se eivada de ilegalidade;

(2) se presentes os requisitos do art. 312, CPP, deve converter a prisão em flagrante, fundamentadamente (art. 315, CPP), em prisão preventiva, se insuficiente ou inadequada outra medida cautelar menos gravosa ao agente (art. 319, CPP);

(3) deve conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, atendidos os respectivos requisitos legais. Nada impede a concessão de liberdade provisória sem qualquer vinculação, quando desnecessária a aplicação de medida cautelar cumulativa (art. 319, CPP).

Ressalte-se que a segunda hipótese (conversão em prisão preventiva) dependerá de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, já que a Lei n.º 12.403/2011 vedou a decretação *ex officio* da prisão preventiva na fase de investigação (item 7.5).

A lei não fala em vistas do auto de flagrante ao Ministério Público (que deve ser comunicado da prisão imediatamente, nos termos do *caput*, do art. 306, CPP), em que pese resoluções dos Tribunais de Justiça fazerem previsão neste sentido. Na Lei de Tóxicos, contudo, cópia do auto de flagrante será remetida ao magistrado imediatamente, que dará vista ao MP em 24 horas (art. 50).

A depender do que disponha a norma estadual, a distribuição do auto de flagrante previne o juízo.

Prevê ainda o art. 306, em seu § 1º (com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011), que cópia integral do auto de flagrante será encaminhada à Defensoria Pública toda vez que o autuado não informar o nome de seu advogado. Esta previsão, inserida inicialmente pela Lei n.º 11.449/2007, é por demais salutar, afinal os defensores, em regra, só tomavam conhecimento da prisão quando o processo já estava em curso, no momento em que eram nomeados a atuar no caso. Isso se deve em muito ao desconhecimento do papel da Defensoria Pública, onde a família dos presos, notadamente aqueles mais humildes, acaba não sabendo a quem recorrer. Com a remessa dos autos ao defensor, este imediatamente poderá tomar as medidas adequadas ao caso, seja requerendo o relaxamento da prisão, se ilegal, ou pleiteando a liberdade provisória.

Somos partidários que esta medida deve ser estendida, por analogia, a todas as modalidades de prisão cautelar cabíveis na fase do inquérito policial, sempre que o preso não tenha advogado. Assim, decretada a prisão temporária ou a preventiva na fase pré-processual, pois na fase processual já existe obrigatoriamente advogado, e declarando o preso que não está assistido, deve o magistrado

encaminhar ao defensor público cópia do mandado de prisão, para que este tome as medidas que entender cabíveis.

Percebe-se que a lei não fala em preso pobre, e sim naquele que não tem advogado. Desta forma, atuando a Defensoria Pública e apurando-se posteriormente que o preso tem condição financeira, deve o juiz arbitrar honorários, a serem depositados em fundo em favor da Instituição.

7. PRISÃO PREVENTIVA

7.1. Conceito

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

Admite-se a decretação da preventiva até mesmo sem a instauração do inquérito policial, desde que o atendimento aos requisitos legais seja demonstrado por outros elementos indiciários, como os extraídos de procedimento investigatório extrapolicial.

A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF), afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator.

7.2. Pressupostos

Para a decretação da preventiva é fundamental a demonstração de prova da existência do crime, revelando a veemência da materialidade, e indícios suficientes de autoria ou de participação na infração (art. 312, *caput, in fine*, CPP).

Temos a necessidade de comprovação incontestada da ocorrência do delito, seja por exame pericial, testemunhas, documentos, interceptação telefônica autorizada judicialmente ou quaisquer outros elementos idôneos, impedindo-se a segregação cautelar quando houver dúvida quanto à existência do crime.

Quanto à autoria, são necessários apenas indícios aptos a vincular o indivíduo à prática da infração. Não se exige a concepção de certeza, necessária para

uma condenação. A lei se conforma com o lastro superficial mínimo vinculando o agente ao delito.

Os pressupostos da preventiva materializam o *fumus commissi delicti* para decretação da medida, dando um mínimo de segurança na decretação da cautelar, com a constatação probatória da infração e do infrator (justa causa). Assim, insistimos:

- a) **prova da existência do crime:** a materialidade delitiva deve estar devidamente comprovada para que o cerceamento cautelar seja autorizado;
- b) **indícios suficientes da autoria:** basta que existam indícios fazendo crer que o agente é o autor da infração penal. Não é necessário haver prova robusta, somente indícios.

7.3. As hipóteses de decretação

Não basta, para a decretação da preventiva, a comprovação da materialidade e os indícios de autoria. Além da justa causa, simbolizada pela presença obrigatória destes dois elementos, é necessário que se apresente o fator de risco a justificar a efetividade da medida. As hipóteses de decretação da preventiva dão as razões para a deflagração da constrição à liberdade. Se a prisão, quanto ao seu fundamento, deve estar pautada na extrema necessidade, a legislação preocupou-se em preestabelecer quais os fatores que representam o perigo da liberdade do agente (*periculum libertatis*), justificando a possibilidade do encarceramento.

Não mais existe hipótese de segregação preventiva obrigatória, onde o criminoso, por imposição legal, desmerecendo-se a aferição da necessidade, responderia a persecução penal preso, em razão da gravidade do delito, quando a pena de reclusão cominada fosse igual ou superior a dez anos (era a antiga previsão do art. 312, CPP). Daí que se, de um lado, a gravidade do crime é vetor interpretativo para se verificar a proporcionalidade da medida cautelar imposta e para se constatar sua adequação, em compasso com o art. 282, II, do CPP (com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011), não é, de outro, por si só suficiente para fundamentar a prisão preventiva. Vejamos assim quais os fundamentos legais para a preventiva (art. 312, *caput*, CPP), que se consubstanciam no *periculum libertatis*, integralizando o binômio da medida cautelar:

- a) **garantia da ordem pública:** não se tem um conceito exato do significado da expressão **ordem pública**, o que tem levado a oscilações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu real significado. Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da

persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove este risco. As expressões usuais, porém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento. A mera existência de antecedentes criminais também não seria, por si só, um fator de segurança, afinal, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, o simples fato de já ter sido indiciado ou processado, implica no reconhecimento de maus antecedentes. Obriga-se assim ao magistrado contextualizar a prisão e seu fundamento. Se os maus antecedentes, ou outros elementos probatórios, como testemunhas e documentos, revelam que o indivíduo pauta o seu comportamento na vertente criminosa, permitindo-se concluir que o crime apurado é mais um, dentro da carreira delitiva, é sinal de que o requisito encontra-se atendido.

Tourinho Filho, fazendo crítica de todo pertinente, ressalta: “Perigosidade do réu’, ‘os espalhafatos da mídia’, ‘reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão’, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica ‘ordem pública’. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar”²³.

“Quando se decreta a prisão preventiva como ‘garantia da ordem pública’, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada”²⁴. Para o ilustre autor a preventiva fundamentada pela conveniência da ordem pública é incompatível com a CF, ferindo a presunção de inocência, sendo verdadeira cláusula aberta, em lídima antecipação de pena.

Nucci, emprestando interpretação diversa, assevera que a “garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*”²⁵. Assim, a gravidade da infração, a

23. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.III. p. 509.

24. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.III. p. 510.

25. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 547.

repercussão que esta possa atingir, com a indignação social e a comoção pública, colocando em cheque a própria credibilidade do Judiciário, e a periculosidade do infrator, daquele que por si só é um risco, o que se pode aferir da ficha de antecedentes, ou da frieza com que atua, poderiam, em **conjunto ou separadamente**, autorizar a segregação cautelar.

Filiamo-nos, como já destacado, à corrente intermediária, conferindo uma interpretação constitucional à acepção da ordem pública, acreditando que ela está em perigo quando o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade. Destarte, a gravidade da infração ou a repercussão do crime não seriam fundamentos idôneos à decretação prisional. Cabe ao técnico a frieza necessária no enfrentamento dos fatos, e se a infração impressiona por sua gravidade, é fundamental recorrer-se ao equilíbrio, para que a condução do processo possa desaguar na punição adequada, o que só então permitirá a segregação. Caso contrário, estaríamos antecipando a pena, em verdadeira execução provisória, ferindo de morte a presunção de inocência.

Nem se diga que a liberdade do infrator durante a persecução poderia afetar a imagem da Justiça. Ora, o sentimento popular não pode pautar a atuação judicial com repercussão tão gravosa na vida do agente. A política de “boa vizinhança” com a opinião pública ou com a imprensa não pode levar ao descalabro de colocarmos em tábula rasa as garantias constitucionais, em prol da falaciosa sensação de segurança que o encarceramento imprimiria. A imagem do Judiciário deve ser preservada, com a condução justa do processo, não cabendo ao réu suportar este ônus com a sua liberdade.

Advirta-se, por fim, que a preventiva não poderá ser decretada para preservação da integridade do próprio suspeito, por medo de que seja linchado ou assassinado por familiares da vítima. A toda evidência, a prisão não pode significar fator de preservação da integridade física do criminoso, cabendo ao Estado promover as condições necessárias para assegurar-lá.

- b) **conveniência da instrução criminal:** tutela-se a livre produção probatória, impedindo que o agente destrua provas, ameace testemunhas, ou comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. Deve-se com isso imprimir esforço no atendimento ao devido processo legal, que é expressão de garantia, na faceta da justa e livre produção do manancial de provas.
- c) **garantia de aplicação da lei penal:** evita-se aqui a fuga do agente, impedindo o sumiço do autor do fato, que deseja eximir-se de eventual cumprimento da sanção penal. Deve haver demonstração fundada quanto à possibilidade de fuga. A mera conjectura, ou a possibilidade

em razão da condição econômica do réu, não são, isoladamente, fatores suficientes para arremeter a prisão. A mera ausência do réu ao interrogatório, por si só, mesmo que não justificada, não autoriza a decretação da preventiva. Para trazer o réu que não deseja comparecer, tem a autoridade à sua disposição a condução coercitiva (art. 260, CPP).

- d) garantia da ordem econômica:** hipótese acrescentada ao CPP pela Lei n.º 8.884/1994 (Lei Antitruste), visando coibir os abusos à ordem econômica, ou seja, evitar que o indivíduo, se solto estiver, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica. Poderíamos citar como exemplo condutas tipificadas na própria Lei Antitruste, onde no art. 20, prevê: I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; II- dominar mercado relevante de bens ou serviços.

Existindo ameaça demonstrada de que o agente, solto, continuaria delinquindo e abalando a ordem econômica, a medida poderia se afigurar necessária.

Perceba-se a absoluta ociosidade do dispositivo, afinal, havendo temor da prática de novas infrações, afetando ou não a ordem econômica, já haveria o enquadramento na expressão maior, que é a garantia da ordem pública. A ordem econômica estaria enquadrada num contexto macro, que é o da preservação da ordem pública, não havendo a necessidade de disposição expressa neste sentido.

É de se ressaltar ainda que a Lei n.º 7.492/1986, tratando dos crimes contra o **sistema financeiro nacional**, prevê, em seu art. 30, que nos crimes nela previstos, a preventiva poderá ser decretada, afora as hipóteses do art. 312 do CPP, em razão da **magnitude da lesão causada** pela infração. Ao que parece, coadunando o entendimento majoritário, que o fundamento não se sustenta, afinal, a necessidade do cárcere não pode estar pautada na magnitude da lesão, que é consequência do crime e não justificativa prisional²⁶. Todavia, nos tribunais, esta hipótese prisional ainda subsiste²⁷.

- e) descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º, CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011):** trata-se de caso acrescentado ao CPP, em face do caráter subsidiário da prisão preventiva (medida cautelar extrema). O legislador reformador previu várias medidas cautelares, menos gravosas ao direito de liberdade do acusado (art. 319, CPP), que devem preferir à prisão preventiva (medida residual, subsidiária) e que são impostas se atendidos os pressupostos gerais do art. 282 do Código.

26. MOREIRA, Rômulo. *Curso temático de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 364.

27. HC 2005.04.01.015120-3/PR.

Uma vez descumprida, percebe-se que a medida cautelar em tela pode não se revelar adequada ou suficiente ao caso, admitindo-se a sua substituição ou cumulação com outra, ou em último caso, a decretação da preventiva, desde que o delito praticado comporte a medida, já que, de regra, a preventiva só é admitida para os crimes dolosos com pena superior a quatro anos (art. 313, I, CPP).

Deve-se assegurar ao imputado o contraditório e a ampla defesa prévios, atendendo-se assim ao devido processo legal. Ressalve-se apenas os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, quando o contraditório será diferido.

7.4. Infrações que comportam a medida

Resta ainda a necessidade de identificar quais as infrações que comportam a decretação da prisão preventiva (art. 313, CPP). Sendo o encarceramento cautelar medida de exceção, o legislador restringiu o cabimento da preventiva a uma gama restrita de delitos, senão vejamos:

A preventiva só tem cabimento na persecução penal para apuração de **crime doloso**, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos (art. 313, I, CPP, com redação determinada pela Lei n.º 12.403/2011). Os crimes culposos e as contravenções penais, neste parâmetro inicial, não admitem a prisão preventiva. A lei é intransigente, restringindo aos crimes dolosos (com pena de reclusão ou detenção superior a quatro anos), o âmbito de incidência desta medida prisional. Daí se conclui que nem todos os crimes dolosos admitem a preventiva, senão vejamos.

A preventiva se reserva a abarcar os crimes dolosos mais graves (pena superior a quatro anos), independentemente de ser apenado com reclusão ou detenção. Esta é a regra. Excepcionalmente, contudo, a preventiva terá cabimento aos crimes dolosos menos expressivos, com pena menor que quatro anos, nas seguintes hipóteses:

- quando o réu já foi condenado por crime doloso, em sentença transitada em julgado, sendo aplicável o período depurador da reincidência (art. 64, I, CP): tratando-se de infrator reincidente, ou seja, já condenado em sentença transitada em julgado por crime doloso, vindo a praticar um novo crime doloso, antes de passados cinco anos do cumprimento ou extinção da pena aplicada na primeira infração, mesmo que o novo crime tenha pena **igual ou inferior a quatro anos**, caberá a preventiva, com esteio no inciso II, do art. 313, do CPP.

- quando exista dúvida sobre a identidade civil da pessoa, e o agente não fornece elementos suficientes para esclarecê-la: ora, a ausência de identificação civil idônea, e a insistência na omissão de elementos que possam esclarecê-la, autoriza, com amparo no art. 3º da Lei n.º 12.037/09 (que revogou a Lei n.º 10.054/2000), a sua identificação criminal, incluindo o processo datiloscópico e fotográfico, não sendo caso, a nosso sentir, de prisão.

Esta hipótese de decretação, da forma como colocada, só incidirá em situação excepcional, tal como se pode imaginar pela recusa do indiciado em se submeter, inclusive, à identificação criminal, gerando risco à garantia da aplicação da lei penal ou a própria instrução. Todavia, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação (civil ou criminal, acrescentamos), salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (parágrafo único, do art. 313, com redação determinada pela Lei n.º 12.403/2011).

Por outro lado, o parágrafo único do art. 313 do CPP não fez qualquer referência ao tipo de delito praticado pela pessoa não identificada civilmente, é dizer, não especificou se é doloso ou culposo, nem delimitou o quantitativo de pena. A nosso sentir, e mais uma vez invocando a proporcionalidade, não é razoável adotar-se a medida extrema (segregação preventiva), em delitos de natureza culposa, devendo-se ter por referência os próprios incisos do art. 313 do CPP.

- se o crime envolver violência doméstica e familiar, no objetivo de garantir a execução das medidas protetivas de urgência: esta hipótese foi inserida pelo art. 42 da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), no intuito de dar maior efetividade às medidas protetivas, disciplinadas nos artigos 22, 23 e 24 do referido diploma normativo. Estas são medidas administrativas visando a proteção da mulher, de cunho nitidamente cautelar, com caráter obrigacional, imprimindo uma série de imposições ao agressor, como o afastamento do lar, proibição de aproximação da ofendida, implemento de alimentos provisórios ou provisionais, etc. Seguindo essa tendência, e ampliando a proteção aos hipossuficientes no seio familiar de forma não restrita à mulher, a Lei n.º 12.403/2011 deu nova redação ao inciso III, do art. 313, do Código, para assentar o cabimento da segregação preventiva quando a violência doméstica e familiar envolver não só a mulher, como também a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo e as pessoas com deficiência, assegurando-se mais uma vez o nítido objetivo da implementação das medidas protetivas urgentes.

Ressalta Rômulo Moreira que se revela “mais um absurdo e uma inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha. Permite-se que qualquer que seja o crime (doloso), ainda que apenado com detenção (uma ameaça, por exemplo), seja decretada a prisão preventiva, bastando que estejam presentes o *fumus commissi delicti* (indícios da autoria e prova da existência do crime – art. 312, CPP) e que a prisão seja necessária para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. A lei criou, portanto, este novo requisito a ensejar a prisão preventiva. Não seria mais necessária a demonstração daqueles outros requisitos (garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, além da magnitude da lesão causada – art. 30 da Lei n.º 7.492/1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional)”²⁸. Conclui assim o autor que a preventiva não teria cabimento por esse fundamento.

Rechaçamos a hipótese da preventiva figurar como verdadeira prisão de cunho obrigacional, para imprimir efeito coativo à realização das medidas protetivas. E dizemos isso pela própria previsão do § 3º do art. 22, Lei n.º 11.340/2006, autorizando ao magistrado valer-se da força policial, a qualquer tempo, para dar efetividade às medidas protetivas, sem para isso ter que decretar prisão cautelar. Da mesma forma, o § 4º do referido dispositivo invoca a aplicação dos §§ 5º e 6º do art. 461 do CPC, que tratam das ferramentas de coação para dar efetividade às obrigações de fazer ou de não fazer, como imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, etc.

Entendemos que durante a persecução penal por crime de violência doméstica (essencialmente dolosos), para que tenha cabimento a preventiva, os pressupostos desta medida devem estar presentes, leia-se, indícios de autoria e prova da materialidade (*fumus commissi delicti*), além de uma das hipóteses de decretação, quais sejam, garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução ou ainda para evitar fuga. Estas são as hipóteses legais autorizadoras. O descumprimento de uma medida protetiva pelo infrator durante a persecução, pode revelar que ele, se solto permanecer, continuará a delinquir, ofendendo a ordem pública, o que caracterizaria o atendimento ao requisito legal autorizador de decretação da segregação cautelar. O desatendimento de uma medida protetiva, por via transversa, pode desaguar na necessidade da prisão, se enquadrável em uma das hipóteses de decretação do art. 312 do CPP. Se não for assim, o dispositivo é insustentável.

28. MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. *Artigo doutrinário*, 2007.

Por força do art. 21 da Lei n.º 11.340/2006, a ofendida deve ser informada do ingresso e saída do agressor do cárcere, justamente para não ser tomada de surpresa, podendo novamente ser vitimada.

Antes do advento da Lei 12.403/2011, existia a hipótese de decretação da preventiva para o caso de criminoso reputado **vadio**: pelo texto do art. 59 do Decreto-lei n.º 3.688/41, vadio é aquele que vem a entregar-se “habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover própria subsistência mediante ocupação lícita”. Pelo texto anterior do Código, caso o vadio praticasse crime apenado meramente com detenção (antes a preventiva era passível de ser decretada, em regra, para crimes punidos com reclusão), e presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, admitia-se a decretação da preventiva. A ideia que norteava a admissibilidade da preventiva nessa hipótese era consagrar tratamento mais áspero não por aquilo que o indivíduo cometeu, mas sim pelo seu modo de vida, revelando um direito penal voltado ao autor, e não ao fato delituoso por ele praticado, numa seleção comezinha para o cabimento de medida tão agressiva quanto à preventiva, o que não resistia ao filtro constitucional. Com a modificação do art. 313 e com a revogação expressa do inciso IV, do art. 323, do CPP, pelo art. 4º, da Lei n.º 12.403/2011, ficou clara a supressão da vadiagem como critério para a aplicação de medidas cautelares, quaisquer que sejam elas.

7.5. Decretação e sistema recursal

A prisão preventiva é medida cuja decretação é de competência do juiz, sempre por decisão fundamentada (art. 315, CPP), que terá lugar:

- (1) em qualquer fase da investigação (inquérito policial ou procedimento de apuração preliminar equivalente), sempre por provocação de um dos legitimados, é dizer, MP ou autoridade policial. Não é mais possível a decretação *ex officio* na fase investigativa, respeitando-se o sistema acusatório e afastando definitivamente a figura do juiz inquisidor. Por outro lado, como o querelante e o assistente de acusação não são figurantes na fase investigativa, sua atuação deve estar reservada à etapa processual;
- (2) em qualquer fase do processo penal, de ofício ou por provocação do legítimo interessado (Ministério Público, assistente, querelante ou por representação da autoridade policial). Nada impede que durante o processo a autoridade policial perceba a prática de atos que simbolizem risco à persecução penal, como a reiteração de delitos que afrontem a ordem pública, representando ao juiz pela decretação da preventiva.

Por outro lado, insere-se agora a figura do assistente de acusação como legitimado, ganhando papel de destaque na persecução penal, atuando ao lado do MP na persecução pública, e nos interesses desta, podendo pleitear a preventiva.

A preventiva terá cabimento durante toda a persecução, tanto nos crimes de ação pública, quanto nos de ação penal privada, desde que atendidos os requisitos legais (arts. 312 e 313, CPP). Nos Tribunais, a medida poderá ser tomada pelo relator, nos crimes de competência originária, seja nos Tribunais Superiores (art. 2º, parágrafo único da Lei n.º 8.038/1990 c/c art. 311, CPP), nos TJ's ou nos TRF's (Lei n.º 8.658/1993).

Nada impede que uma vez relaxada a prisão em flagrante, pelo não enquadramento da situação fática em uma das hipóteses legais, ou pelo desatendimento das formalidades essenciais na lavratura do auto, que seja decretada, na sequência, a preventiva, se atendidas todas as exigências legais e se não for mais adequado uma das medidas cautelares não privativas de liberdade (art. 319, CPP).

Quando a prisão em flagrante era relaxada por excesso prazal, não era razoável decretar-se, na sequência, a preventiva, afinal, o tempo de encarceramento cautelar é que passava a ser decisivo para a ilegalidade, não cabendo trocar uma medida por outra. Essa advertência perdeu a razão de ser, afinal, uma vez homologado o auto de flagrante, para que o cárcere persista, o flagrante deverá ser convertido em preventiva, o que ocorre nas 24 horas após a captura. Dessa forma, a preventiva é que justificará a manutenção do agente recluso.

A preventiva é absolutamente incompatível com o instituto da liberdade provisória, seja ela com ou sem fiança. Sendo cabível a liberdade provisória, é porque não estão presentes os requisitos da medida cautelar. E se estiverem presentes os requisitos da preventiva, incompatibilizada está a liberdade provisória.

A medida não poderá ser executada em até cinco dias antes e quarenta e oito horas depois das eleições (art. 236 do Código Eleitoral).

Quanto ao sistema recursal, as decisões interlocutórias sobre o tema **prisão e liberdade** curiosamente são recorríveis quando desfavoráveis ao pleito carcerário. Se favorecerem o cárcere, em regra, não caberá recurso, devendo a defesa valer-se da ação de *habeas corpus*. Senão vejamos: se o juiz de primeiro grau indeferir requerimento de prisão preventiva, ou revogar a medida, colocando o agente em liberdade, as duas decisões, favorecendo o *status libertatis*, podem ser combatidas através do recurso em sentido estrito (art. 581, V, CPP), que apreciado pelo tribunal competente, poderá desaguar na decretação da medida.

E se a preventiva já existente for substituída por medida cautelar não privativa de liberdade? Em que pese a ausência de disciplina expressa, havendo irrevogação da acusação, entendemos cabível recurso em sentido estrito, por analogia ao que ocorre quando o juiz revoga a preventiva (inc. V, art., 581, CPP).

Já se o juiz negar o pedido de revogação da preventiva, ou decretá-la, estas decisões, por ausência de previsão legal, não comportam recurso, cabendo a defesa invocar a ação de *habeas corpus*.

Se a deliberação é do relator, nas hipóteses de competência originária dos Tribunais, caberá o recurso de agravo, no prazo de cinco dias, como averba o art. 39 da Lei n.º 8.038/1990.

7.6. Fundamentação

O art. 315 do CPP exige fundamentação da decisão (interlocutória) que decreta, substitui por outra medida cautelar ou denega a prisão preventiva. Tal exigência decorre também do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). O magistrado está obrigado a indicar no mandado os fatos que se subsumem à hipótese autorizadora da decretação da medida. Decisões vazias, com a simples reprodução do texto da lei, ou que impliquem meras conjecturas, sem destacar a real necessidade da medida pelo perigo da liberdade, não atendem à exigência constitucional, levando ao reconhecimento da ilegalidade da prisão.

No entanto, não é necessário que a decisão seja extensa, advirta-se. Basta que de forma objetiva o magistrado demonstre o preenchimento dos requisitos legais, extraídos dos autos do inquérito ou do processo, que contribuam para a formação do seu convencimento. Tem-se admitido, contudo, que o juiz arri-me a decisão com os fundamentos trazidos na representação da autoridade policial ou na representação do Ministério Público. Entendemos que esta é uma discussão estéril, pois se o pedido dos órgãos da persecução pela decretação da medida está amparado por elementos extraídos dos autos, basta que o magistrado se valha daquilo que já foi compilado pelo promotor ou pelo delegado, indicando a fonte. Se não houver tal amparo, estando o requerimento baseado em especulações, a toda evidência, não poderá o magistrado valer-se de tais elementos, e se o fizer, a prisão será ilegal.

Faltando fundamentação e uma vez impetrado *habeas corpus*, não haverá a convalidação da preventiva e supressão da omissão pelas informações prestadas pela autoridade ao Tribunal. A fundamentação deve existir no momento em que a preventiva foi decretada. Não havendo, o prejuízo é presumido, não

podendo o Tribunal manter a medida, no curso da apreciação do HC, por se conformar com as informações prestadas pela autoridade coatora.

Em arremate, interessa frisar a necessidade de fundamentação das decisões judiciais como garantia fundamental constitucional, como forma de assegurar o caráter democrático do processo, viabilizando o controle dos julgados, bem como de maximizar a compreensão dos fatos narrados nos autos. Com essa visão, Ovídio Araújo Baptista da Silva sublinha ainda uma outra base da motivação das decisões judiciais, não menos importante que aquela: “é a que decorre da necessidade de que nossa formação jurídica dogmática seja superada, através do reconhecimento de que o direito não pode submeter-se aos princípios epistemológicos das ciências naturais e menos ainda das matemáticas”²⁹.

7.7. Revogação

A prisão preventiva, como medida cautelar, irá flutuar ao sabor da presença ou ausência dos elementos que autorizariam a decretação. É movida pela cláusula *rebus sic stantibus*, assim, se a situação das coisas se alterar, revelando que a medida não é mais necessária, a revogação é obrigatória. Deve o magistrado revogar a medida, de ofício, ou por provocação, sendo historicamente desnecessária a prévia oitiva do Ministério Público, que era apenas intimado da decisão judicial, para se desejasse, apresentar o recurso cabível à espécie. Agora, entretanto, o contraditório prévio deve ser respeitado, ressalvada a urgência, normalmente ínsita a situação prisional (art. 282, § 3º, CPP). Uma vez presentes novamente os permissivos legais, nada obsta a que o juiz a decrete novamente, quantas vezes se fizerem necessárias (art. 316, c/c o § 5º, do art. 282, CPP).

A título de exemplo, se o réu foi preso preventivamente porque estava contaminando a instrução criminal em face de ter ameaçado testemunhas, demonstrando a defesa que este risco não mais existe porque todas as provas já foram colhidas, a preventiva deverá ser revogada. Nada impede que seja novamente decretada se a acusação demonstrar que existe um risco iminente de fuga, e neste caso, a medida estaria embasada na garantia da aplicação da lei penal.

A seu turno, se a prisão preventiva é temporalmente excessiva, ofendendo a razoável duração da prisão cautelar, ela se transforma em medida tipicamente ilegal, impondo-se o relaxamento. O expediente judicial de relaxar a prisão (temporalmente excessiva) e renovar o decreto alterando os fundamentos do cárcere preventivo não deve ser tolerado.

29. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.137.

É uma via indireta que fragiliza a garantia constitucional, afinal, o excesso de tempo deve ser interpretado pelo cômputo geral de permanência no cárcere cautelar, e não pela individualização dos fundamentos da preventiva, como se fossem considerados de maneira estanque. Assim, se o réu está detido para preservação da instrução criminal, e a prisão é relaxada por excesso de tempo, não cabe ao juiz, na sequência, renovar o decreto prisional para garantir a ordem pública. Seria desconsiderar o critério objetivo suscitado para reconhecer a legalidade, qual seja, a razoável duração do cárcere, que foi desatendida, independente do embasamento que justificou a manutenção da segregação. Em sentido contrário ao aqui esposado, o STF já admitiu a substituição dos fundamentos para manutenção do cárcere cautelar, mesmo com anterior relaxamento por excesso de tempo, pautando-se na necessidade de preservação da ordem pública, notadamente após a decretação da sentença condenatória, negando assim ao réu o direito de recorrer em liberdade³⁰.

7.8. Apresentação espontânea

Como já ressaltado anteriormente (item 3.2.10), a apresentação espontânea do agente à autoridade ilide a prisão em flagrante, por ausência de previsão legal autorizando o flagrante nestas situações. Nada impede, uma vez presentes os requisitos legais, que se represente pela decretação da prisão preventiva (malgrado não mais disponha nesse sentido o art. 317, CPP, essa possibilidade decorre da lógica do sistema), ou até mesmo pela temporária (Lei n.º 7.960/89).

A antiga redação do art. 318 do CPP, suplantada pela Lei n.º 12.403/2011, previa ainda, como benefício da apresentação espontânea, que a apelação de eventual sentença absolutória feita pela acusação não teria efeito suspensivo, permitindo que aquele que se apresentou espontaneamente permanecesse em liberdade na fase recursal. Este dispositivo já tinha perdido a razão de existir em face da redação do art. 596, do CPP, dada pela Lei n.º 5.941/1973, eis que, ocorrendo sentença absolutória, o réu será imediatamente colocado em liberdade, independentemente de sua apresentação espontânea ou não, o que é corroborado com a redação do inc. II, parágrafo único, do art. 386, dada pela Lei n.º 11.690/08, asseverando que com a sentença absolutória, o magistrado “ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas”.

O registro aqui consignado a respeito da redação do art. 318 do CPP, na redação originária disposta no CPP de 1941, é histórico. Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, o Código de Processo Penal não disciplina mais a apresentação

30. *HC 103881, rel. Min. Dias Toffoli, 31.8.2010. 1ª T. (Info 598).*

espontânea e seus efeitos, por ser regramento desnecessário, levando em conta o sistema processual penal vigente baseado no “estado de inocência”. No lugar da apresentação espontânea, os artigos 317 e 318 do CPP passaram a cuidar da prisão domiciliar, estudada mais adiante.

7.9. Preventiva X excludentes de ilicitude

Se pela análise dos autos percebe-se que o agente atuou sob o manto de uma excludente de ilicitude (art. 23, CP), a preventiva não será decretada (art. 314, CPP). Trata-se de causa impeditiva à decretação da medida prisional. A preventiva deve ser encarada como medida excepcional, e em havendo elementos que façam crer estar a conduta justificada pela lei, como ocorre na legítima defesa, ela não terá cabimento. Não só as excludentes de ilicitude previstas na parte geral do Código Penal estariam elencadas, mas também, por analogia (art. 3º, CPP) as previstas na parte especial e na legislação extravagante.

De *lege ferenda*, e nos valendo mais uma vez da analogia, entendemos que as causas que afastam a culpabilidade também obstaríam a segregação cautelar preventiva, afinal, se é provável a absolvição, em razão da presença das justificantes ou das dirimentes, não há razão para o cárcere. É nesse sentido que milita Heráclito Mossin³¹.

Não é necessário um juízo de certeza quanto à presença das excludentes. Bastariam apenas indícios (*fumus boni juris*) que convencessem o julgador.

8. PRISÃO TEMPORÁRIA

8.1. Conceito

A temporária é a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial – ou de investigação preliminar equivalente, consoante art. 283, CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011 –, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletivamente indicadas na legislação. A Lei n.º 7.960/1989 só indica o cabimento de prisão temporária durante a tramitação de inquérito policial, porém o CPP ampliou o âmbito de incidência da medida cautelar ao disciplinar o seu cabimento durante as investigações, sem restringir-se ao inquérito policial (art. 282, § 2º, CPP).

A temporária está disciplinada na Lei n.º 7.960/1989, que substituiu a Medida Provisória n.º 111/1989. Aí está a primeira mácula do instituto. A temporária ingressou no ordenamento por iniciativa do executivo, dissociada não só do fator

31. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao código de processo penal*. São Paulo: Manole, 2005. p.634.

relevância e urgência, essencial às medidas provisórias, e o pior, instituiu-se restrição a um direito fundamental – liberdade ambulatorial –, sem lei no sentido estrito, como ato inerente ao Poder Legislativo. Em que pese a conversão posterior da medida provisória na lei infante, é de se ressaltar que a mácula não se convalida, e a inconstitucionalidade perpetua até os dias atuais, apesar de os nossos tribunais não a reconhecerem, tendo o STF na ADIN 162/DF rejeitado a liminar que poderia sepultar o instituto.

8.2. Decretação

Como não poderia deixar de ser, a temporária está adstrita à cláusula de reserva jurisdicional, e, em face do disposto no art. 2º da Lei n.º 7.960/1989, somente pode ser decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Ressalte-se de logo, que a temporária **não pode ser decretada de ofício pelo juiz**, pressupondo provocação, afinal, trata-se de medida cautelar inerente a fase investigativa. O mesmo se diga em relação à preventiva, que só poderá ser decretada *ex officio* na fase processual.

A lei não contemplou a vítima como legitimada a requerer a temporária. Na fase do inquérito por crime de iniciativa privada, caberá ao delegado representar pela medida. A lei também não tratou do assistente de acusação, haja vista que, de acordo com suas atribuições, ele não poderia requerer decretação de nenhuma modalidade prisional, como também pelo fato da figura do assistente só existir na fase processual, sendo a temporária ínsita à fase do inquérito.

Com a reforma promovida pela Lei n.º 12.403/2011, o assistente do Ministério poderá requerer medida prisional, porém só a **preventiva** (e na fase processual, quando sua atuação se inicia).

8.3. Cabimento (manter redação original)

Sendo a cautelaridade da prisão temporária sua tônica, é essencial a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para que a medida seja decretada, pois estes elementos é que podem denotar a necessidade da prisão. Para a decretação da medida temporária, devem ser atendidos os requisitos específicos, a par dos pressupostos gerais regrados no art. 282, do CPP, com redação determinada pela Lei 12.403/2011, que impõe, para a imposição de toda medida cautelar, que seja observado juízo de proporcionalidade a partir:

- (1) da **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; e

- (2) da **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O cabimento da prisão temporária é excepcionalíssimo, pelo que, além desses pressupostos, devem ser preenchidos os requisitos específicos para a sua decretação que, com supedâneo no art. 1º da Lei n.º 7.960/1989, é admitida nas seguintes hipóteses:

8.3.1. Imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial (inciso I)

O dispositivo em exame revela a estrita necessidade para que a temporária seja decretada. Não é a mera conveniência, e sim a essencialidade da medida para que as investigações possam lograr êxito, já que o indiciado, se em liberdade, será um obstáculo ao desvendamento integral do crime, pois a sua liberdade é um risco ao sucesso das diligências. É essencial que este fundamento esteja devidamente demonstrado para que a medida possa ser decretada. Mirabete ressalta que a referida hipótese “permite a prisão não só do indiciado, como também de qualquer pessoa (uma testemunha, por exemplo), já que, ao contrário dos demais incisos do art. 1º, não se refere ele especificamente ao ‘indiciado’”³². Entendemos que o inciso I deve ser lido em consonância com os demais incisos do art. 1º, e como revelaremos mais adiante, os mesmos obrigatoriamente precisam ser conjugados, o que restringe em absoluto a temporária à figura do indiciado, e a ninguém mais.

Já Marcellus Polastri Lima, manifesta-se no sentido de que a temporária poderia ser decretada não apenas no curso do inquérito policial, mas também dentro de outros procedimentos preliminares de investigação, ressaltando que “como é intuitivo, existem outros procedimentos administrativos de apuração de crimes, e não só o inquérito policial. Aplica-se, neste caso, interpretação extensiva do *caput* do art. 1º da Lei, adequando-a, assim, ao sistema processual”³³. Queremos aqui discordar do ilustre membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, não só por entender que a interpretação extensiva em sede de restrição da liberdade não seria cabível, mesmo quanto à indicação do procedimento em que a medida teria cabimento, mas também porque haveria alteração na própria legitimidade para requerer a prisão, afinal, pela referida posição, teríamos que reconhecer que a representação caberia ao presidente da investigação extra-policial, o que de todo não foi contemplado pela Lei n.º 7.960/1989.

32. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.398.

33. LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.243.

No entanto, com o advento da Lei n.º 12.403/2011, o Código passou a fazer menção ao instituto da prisão temporária quando tratou das espécies de prisão possíveis no sistema pátrio, dispondo, em seu art. 283, que “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” (grifo nosso).

De tal maneira, a restrição da decretação da prisão temporária à existência de inquérito policial em sentido estrito cede diante do novo texto legal do CPP, bastando haver investigação criminal instaurada, tal como pode ocorrer no âmbito do Ministério Público, pelo que se infere a possibilidade de sua decretação a requerimento da autoridade que estiver conduzindo a respectiva investigação. É o que se depreende não só do novo texto do art. 283, CPP, mas também do art. 282, CPP, que cuida dos pressupostos gerais para a decretação de toda e qualquer medida cautelar, estudados anteriormente (item 7.2.1).

8.3.2. Indiciado não tem residência fixa ou não fornece elementos para sua identificação (inciso II)

Supostamente, por estes fundamentos, haveria um risco da investigação não se concretizar, em face do provável desaparecimento do infrator, já que este não possui residência nem está identificado civilmente. Qualquer prisão cautelar só tem cabimento em razão de sua estrita necessidade, sendo o simples fato de o indivíduo não ter residência fixa insuficiente para decretar a medida. Queremos crer que a justificação da prisão temporária neste caso só é possível se houver um risco efetivo do agente fugir. O simples fato de não ter comprovação de residência certa, como no caso de ciganos ou sem terra, que levam uma vida itinerante, não poderia justificar medida tão odiosa quanto a prisão temporária, em face de uma suposta presunção de fuga.

Quanto à ausência de elementos para a identificação civil, o que é comum no interior do país, com famílias inteiras sem nenhum documento de identificação, a saída, dada pela própria Lei n.º 12.037/09 (que revogou a Lei n.º 10.054/2000), é a realização da identificação criminal, e não a prisão. Ora, se a suposta necessidade da prisão seria a ausência de identificação, realizada esta, desaparecido está o motivo do cárcere. Não cremos viável, ante a ordem constitucional, a prisão temporária pela simples ausência de identificação, devendo a autoridade, em casos deste jaez, proceder a identificação criminal, permanecendo o indiciado em liberdade.

8.3.3. *Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes relacionados (inciso III)*

O que a legislação procurou fazer foi indicar, de forma taxativa, as infrações que admitem a prisão temporária. Por estratégia legislativa, cabe ao texto legal definir os delitos que a comportam, sem prejuízo que outras leis extravagantes tragam no seu texto a admissibilidade do instituto. Assim temos:

- a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);

Com base no princípio da continuidade normativa típica, o legislador manteve o fato como criminoso, mas alterou sua roupagem (art. 213 alterado pela Lei n.º 12.015/2009).

- h) raptio violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput*, combinado com o art. 285. Esta figura penal foi extinta pela Lei n.º 11.106/2005);
- i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1.10.1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (correspondendo atualmente aos artigos 33, *caput* e § 1º, além dos artigos 34 a 37 da Lei n.º 11.343/2006);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986);
- p) é necessário ressaltar ainda que os crimes hediondos e assemelhados, quais sejam, tráfico, tortura e terrorismo, mesmo os não contemplados no rol do art. 1º da Lei n.º 7.960/1989, por força do § 4º do art. 2º da Lei n.º 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), são suscetíveis de prisão temporária.

A grande discussão sobre o cabimento da temporária diz respeito ao preenchimento dos elementos que justifiquem a decretação da medida. Será que os incisos do art. 1º acima elencados trabalhariam cada um de forma isolada, sendo bastantes individualmente para decretação da temporária, ou necessário se faz uma conjugação de dispositivos, como antecipado inicialmente? A resposta deve ser extraída das principais posições sobre o tema, abaixo indicadas:

1ª posição: francamente majoritária, admite a temporária com base no inciso III obrigatoriamente, pois ele materializaria a fumaça do bom direito para a decretação da medida (*fumus commissi delicti*), por exigir os indícios da concorrência nas infrações acima aludidas, e além dele, uma das hipóteses dos incisos I ou II: ou é imprescindível para as investigações, ou o indiciado não possui residência fixa, ou não fornece elementos para a sua identificação. Assim, em um esforço esquemático:

$$\boxed{\text{PRISÃO TEMPORÁRIA}} = \left[\boxed{\text{Inciso III}} + \left(\boxed{\text{Inciso I ou inciso II}} \right) \right]$$

Neste sentido, posicionam-se Guilherme Nucci³⁴ e Antônio Scarance Fernandes³⁵.

2ª posição: defendida por Marcellus Polastri Lima³⁶ e Luiz Flávio Gomes³⁷, ao fundamento de que os incisos I e III sempre deveriam estar presentes, sendo a temporária decretada se for imprescindível para as investigações, e além disso, existirem indícios da prática de um dos delitos listados legalmente. O inciso II, na visão dos autores, seria meramente complementar, subsidiário, pois a presença dos dois anteriores é sempre obrigatória.

3ª posição: como o texto legal não fez restrições, há entendimento no sentido de que os incisos isoladamente autorizariam a medida. Independente de qual crime praticado, por exemplo, poderia ser decretada a temporária ao argumento de que é imprescindível para as investigações. Neste sentido, o magistério de Mirabete³⁸.

$$\boxed{\text{PRISÃO TEMPORÁRIA}} = \boxed{\text{Inciso I}} \text{ ou } \boxed{\text{Inciso II}} \text{ ou } \boxed{\text{Inciso III}}$$

34. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p.529.

35. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p.296-297.

36. LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v.2. p.286.

37. GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005. p.248.

38. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.398-399.

4ª posição: encontramos ainda o entendimento de que para a decretação da temporária os três dispositivos deveriam ser conjugados conjuntamente, o que fatalmente restringiria muito o cabimento do instituto, ao se exigir que no mesmo caso o indiciado se enquadrasse nos três incisos cumulativamente. Esta, inicialmente, a posição de Antonio Scarance Fernandes, de sorte a restringir a admissibilidade da medida. Contudo, o autor, em nova reflexão, mudou de posição, admitindo atualmente a temporária com base no inc. III, conjugado ao inc. I ou ao II³⁹.

$$\boxed{\text{PRISÃO TEMPORÁRIA}} = \boxed{\text{Inciso I}} + \boxed{\text{Inciso II}} + \boxed{\text{Inciso III}}$$

5ª posição: já Vicente Greco entende que a temporária só poderia ser decretada em situações que autorizariam a decretação da preventiva. Seria uma simbiose entre as duas ferramentas cautelares, com equiparação dos seus requisitos.

6ª posição: Elmir Duclerc por sua vez, descortinando o instituto, alia o fundamento da inconstitucionalidade formal, em razão da origem repousar em repugnante medida provisória, ao aspecto da inconstitucionalidade material, já que a temporária “nada tem de cautelar, mas constitui apenas uma odiosa antecipação dos efeitos da sentença condenatória, inconstitucional, portanto”⁴⁰.

A nosso sentir, a discussão a ser colocada é a real utilidade da temporária. Os incisos I e II do art. 1º, que simbolizam o perigo da demora para a decretação da medida, podem perfeitamente ser inseridos nas hipóteses que comportariam a decretação da preventiva. Ademais, os crimes que comportam a temporária (inciso III), todos apenados com reclusão, também admitem, em tese, a segregação preventiva. O cardápio de prisões cautelares tem de ser reduzido a sua absoluta necessidade, com fundamentos um mínimo consistentes para justificar a necessidade prisional. A zona da temporária é por demais fluida, o que pode ser facilmente demonstrado pela diversidade de posições quanto a sua admissibilidade. Aliado a isso, temos um defeito de forma insuperável, que é o nascedouro do instituto através de medida provisória. Neste contexto, na fase do inquérito policial, para o encarceramento, afora o flagrante, temos que a única medida cabível é a preventiva, se presentes os seus fundamentos, não tendo a temporária guarida constitucional. Com razão o Professor Elmir, em que pese, frise-se, a primeira posição ser prevalente.

39. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 297.

40. DUCLERC, Elmir. *Curso básico de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v.II. p.178.

8.4. Prazos

A prisão “temporária” é assim adjetivada por ter prazo predefinido em lei quanto à sua duração. É importante atentar que a prisão em flagrante e a preventiva não encontram restrição desta ordem, perdurando, supostamente, enquanto se fizerem necessárias. Já na temporária, o indiciado ao menos saberá o dia em que será liberado, salvo se, ao final do lapso temporal, for decretada a prisão preventiva, o que é plenamente possível, se presentes os requisitos desta medida. A questão prazal está assim distribuída:

8.4.1. Regra geral (art. 2º da Lei n.º 7.960/1989)

Cinco dias, prorrogáveis por mais cinco dias em caso de comprovada e extrema necessidade. A prorrogação pressupõe requerimento fundamentado, cabendo ao magistrado deliberar quanto à sua admissibilidade. Não cabe prorrogação de ofício. Na prorrogação, deve o juiz ouvir o MP quando o pedido for realizado pela autoridade policial.

8.4.2. Crimes hediondos e assemelhados, quais sejam, tráfico de drogas, terrorismo e tortura (parágrafo 4º, art. 2º, Lei n.º 8.072/1990)

O prazo da prisão temporária é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias, em caso de comprovada e extrema necessidade, atendidas as mesmas formalidades acima destacadas.

Acrescente-se que o prazo da temporária será somado ao prazo que a autoridade policial desfruta para concluir o inquérito policial, dentro da perspectiva de tratamento do indiciado preso. A título de exemplo, se o indiciado está solto numa investigação por crime hediondo, e a autoridade policial, após 20 dias de investigação, representa pela temporária, em sendo a mesma decretada, o delegado ganha mais 30 dias para concluir o inquérito, que estará encerrado no tempo máximo de 50 dias. Se houver prorrogação, somando-se mais 30 dias, vamos a 80 dias. Pergunta-se: e se a autoridade policial concluir o inquérito antes de esgotado o prazo da temporária, enviando os autos ao juízo, a medida perdura pelo prazo restante ou estará automaticamente encerrada? A nosso sentir, como a temporária é ínsita à fase inquisitorial, finalizado o inquérito antes do prazo de encerramento da prisão, a liberdade é de rigor, afinal, os próprios fundamentos da temporária estão ligados ao êxito das investigações. Se o inquérito chegou ao fim, a necessidade da temporária desaparece, e a liberdade é obrigatória, só havendo a manutenção no cárcere, como já ressaltado, se o magistrado decretar a preventiva.

8.5. Procedimento

O procedimento para a decretação da medida é bastante escurto, imprimindo celeridade na sua tramitação da medida, senão vejamos.

- a) Como não se admite a decretação da temporária de ofício, contamos com a provocação da autoridade policial, mediante representação, ou requerimento do Ministério Público.
- b) O juiz, apreciando o pleito, tem **24 horas** para, em despacho fundamentado, decidir sobre a prisão, ouvindo para tanto o MP, nos pedidos originários da polícia. Em razão da exiguidade do prazo, prevê o art. 5º da Lei n.º 7.960/1989 que em “todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de 24 (vinte e quatro) horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de temporária”.
- c) Decretada a prisão, o mandado será expedido em duas vias e uma delas, que será entregue ao preso, serve como nota de culpa, justamente para atender ao mandamento constitucional de informar a ele os motivos da prisão e quem são os seus responsáveis.
- d) Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos assegurados na CF, entre eles o de permanecer em silêncio, além de assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII, CF);
- e) Durante o prazo da temporária, pode o juiz, de ofício, a requerimento do MP ou defensor, “determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito” (art. 2º, § 3º, Lei n.º 7.960/1989). Por demais salutar a preocupação legal com a fiscalização judicial no transcorrer da prisão, aferindo assim eventual coação do preso temporário, inclusive coibindo a tortura;
- f) Decorrido o prazo legal (cinco ou trinta dias, conforme o caso) o preso deve ser posto imediatamente em liberdade, salvo, como já visto, se for decretada a preventiva. A liberdade é imediata, por força da lei, não necessitando o delegado de alvará de soltura para liberar o indiciado. Aliás, deve estar atenta a autoridade policial quanto ao prazo, afinal, por força do art. 4º, alínea “i”, da Lei n.º 4.898/1965, caso não libere o preso, poderá incorrer em abuso de autoridade.

Por exigência legal, o preso temporário deve permanecer obrigatoriamente separado dos demais detentos, justamente para evitar as mazelas no contato com os presos definitivos (art. 3º). Todavia, na prática, o que se tem aplicado é o art. 300 do CPP (norma geral), condicionando a separação à existência de estrutura carcerária.

9. PRISÃO DECORRENTE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA

A decisão de pronúncia encerra a primeira fase do julgamento no procedimento escalonado do júri, remetendo o réu ao *judicium causae*, que conta com a participação dos jurados. Figurando a primeira fase do júri como um filtro quanto à admissibilidade da acusação, esta interlocutória mista consagra a presença da justa causa (existência do crime e indícios de autoria) para a continuidade do julgamento, que passará a contar com a participação popular, no âmbito da atuação dos jurados. Sendo eles juízes leigos, a força simbólica de uma prisão pode ser decisiva para o julgamento, e é justamente na pronúncia que o magistrado deve deliberar se o réu permanecerá, durante a segunda fase, em liberdade ou no cárcere.

Nesta ordem de idéias, tínhamos o seguinte tratamento legal, na antiga redação do art. 408 do CPP:

- a) Primário e portador de bons antecedentes: poderia o magistrado deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontrasse preso (§ 2º, art. 408). Nesta linha, os bons antecedentes e a não reincidência autorizariam que o indivíduo enfrentasse a segunda fase em liberdade, gozando de **liberdade provisória sem fiança**.
- b) Crimes afiançáveis: se o crime objeto do julgamento era afiançável, como no caso do auto-aborto (art. 124, CP), seria então arbitrado o valor da fiança, que constaria do mandado de prisão (§ 3º, art. 408, CPP), desde que o réu atendesse aos requisitos legais para desfrutar da medida. Adimplindo, responderia à segunda fase em liberdade.

A conjuntura legal era de fácil assimilação, afinal, havendo pronúncia, se o réu tivesse bons antecedentes e não fosse reincidente, gozaria da liberdade provisória sem fiança. Caso contrário, seria admitido a prestar fiança, nos crimes que a comportassem e desde que o agente atendesse aos requisitos legais.

A crítica endereçada ao instituto era de que qualquer prisão cautelar deve estar pautada na estrita necessidade da medida, afinal, a liberdade é a regra. Os maus antecedentes ou a reincidência, por esta razão, não simbolizavam fundamento válido para o encarceramento do réu, pois distanciados da idéia de *periculum libertatis*. Neste contexto, já éramos partidários do entendimento que na pronúncia, só caberia o encarceramento daquele que se encontrava em liberdade, se estivessem presentes os requisitos que autorizariam a decretação da prisão preventiva. Caso contrário, a liberdade é de rigor. Nem se diga, na atual ordem constitucional, que a prisão é efeito jurídico-processual da pronúncia. Este

argumento é inaceitável, simbolizando verdadeira antecipação de pena, o que viola a presunção de inocência⁴¹.

E o réu que chegou na fase da pronúncia encarcerado? Bem, aí a questão é quanto à manutenção da prisão preexistente, seja a preventiva que já tinha sido decretada ou o flagrante. Em situações deste jaez a indagação é se a continuidade da prisão se faz necessária, seja porque os seus elementos fundantes não mais estão presentes, seja em razão do excessivo tempo de prisão cautelar, o que levaria a que a medida fosse declarada ilegal, apesar do STJ, na súmula n.º 21, informar que “pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”.

Com o advento da Lei n.º 11.689/08, os maus antecedentes e a reincidência como fundamento do cárcere cautelar foram expressamente revogados. Cabe ao juiz, pronunciando o réu, sendo o crime afiançável, arbitrar o valor da fiança para concessão ou manutenção da liberdade provisória, sem prejuízo da admissibilidade da liberdade provisória sem fiança e/ou cumulação com outra medida cautelar cabível (art. 319 do CPP). Neste último caso (liberdade provisória sem fiança), terá que ouvir o MP (§ 2º, art. 413, CPP), oportunizando assim sempre o contraditório às partes afetadas quando tiver de impor medida cautelar prisional (ou não), salvo urgência ou risco de ineficácia da providência (§ 3º, do art. 282 do CPP).

Por outro lado, o juiz decidirá, “motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de qualquer das medidas previstas no Título IX deste Código” (§ 3º, art. 413, CPP). Exige-se do magistrado a fundamentação da gestão do cárcere ou da liberdade provisória, e a pronúncia é o momento para reafirmar os motivos já existentes, ou detectar as razões que apareceram para decretação prisional, que nesta hipótese, não mais se justifica pelos maus antecedentes ou pela reincidência, que ficam absolutamente superados, substituídos pela presença ou não dos fundamentos da prisão preventiva. Logo, prisão decorrente de pronúncia, propriamente dita, acabou. O que prepondera é que no momento da pronúncia deve o juiz analisar, assim como em qualquer outra etapa

41. Contra o entendimento esboçado, o magistério de Mirabete: “A prisão decorrente de pronúncia constitui, portanto, segundo a lei, efeito natural e necessário desse ato judicial, não a obstando o princípio da presunção de inocência consagrado no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna não veda a decretação de qualquer espécie de prisão provisória decretada pelo juiz, entre elas a decorrente de pronúncia, e não autoriza indiscriminadamente a liberdade do acusado durante a ação” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.1101).

da persecução, se a prisão é ou não necessária, e em caso positivo, centraliza-se a base na prisão preventiva.

Deve o juiz, ao decretar a prisão, obrigatoriamente fundamentar a medida, informando quais os motivos que o convenceram da necessidade do cárcere. Ainda que venha a ratificar a prisão previamente existente, deverá fundamentar o porquê da sua manutenção⁴². A fundamentação é da essência do ato, e sua ausência ou deficiência, em evidente ilegalidade, enseja relaxamento. Anulada a pronúncia, desaparece o título prisional, devendo a prisão ser prontamente relaxada, ressalvada a hipótese de decretação da preventiva em nova deliberação.

10. PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

Mais uma vez temos uma fase processual onde será discutido o encarceramento cautelar, que será vital para a definição se o réu irá ou não enfrentar a fase recursal em liberdade. Como somos presumivelmente inocentes até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, o simples fato do advento da sentença, que ainda poderá ser submetida a recurso e por consequência reformada no seio do tribunal, não é, por si só, fator impositivo da prisão, consoante entendimento do STF⁴³. Esta precisa estar arrimada na mais estrita necessidade, como veementemente insistimos, e os contornos para que o magistrado vede o apelo em liberdade, e por consequência decrete a prisão, no que se chamava de prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, vinham estampados no art. 594 do CPP, na mesma linha do que já ficou dito para a prisão decorrente de pronúncia, senão vejamos:

- a) Sendo o sentenciado primário e portador de bons antecedentes, poderia apelar em liberdade da sentença condenatória, gozando de liberdade provisória sem fiança. A crítica aqui já era a mesma construída acima, afinal, antecedentes e reincidência não podem balizar, sozinhos, a necessidade ou não do encarceramento cautelar.

Nesta ordem, já defendíamos ser possível a vedação do recurso em liberdade apenas se estivessem presentes os requisitos da preventiva.

- b) Sendo a infração afiançável, seria o réu admitido a prestar fiança, em se enquadrando nos requisitos legais para tanto (artigos 323 e 324, CPP).

42. Neste sentido, STF: “Quer mantenha ou revogue a prisão anteriormente decretada, quer, estando o réu solto, venha a decretá-la ou dispense de fazê-lo, a sentença de pronúncia deve motivar tal ou qual decisão, tendo em vista os termos do art. 408, §§ 1º e 2º do CPP, sob pena de ilegalidade” (1ª T. – HC 68530/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 12/4/1991. p.4159).

43. STF: HC 84.078, em 05/02/2009.

- c) Poderia ainda o réu permanecer em liberdade caso viesse a se livrar solto, ou seja, caso tendo sido condenado por infração que não tenha pena privativa de liberdade cominada abstratamente, ou ainda, caso a infração praticada tenha pena privativa de liberdade não superior a três meses. Estas infrações são de tão pouca gravidade, que a lei permitia, na sistemática original do CPP de 1941, que o réu permanecesse na fase recursal em liberdade. Contudo, para tanto, não poderia ser vadio e também não poderia ter sido anteriormente condenado por crime doloso em sentença transitada em julgado, conforme redação anterior do art. 321, CPP. A possibilidade de “livrar-se solto” foi abolida pela Lei n.º 12.403/2011, conforme destacamos no item 4.5, afinal, a pouca gravidade de tais delitos já os enquadra no contexto das infrações de menor potencial ofensivo, de forma que a manutenção do *status libertatis* já é regra, desde a elaboração do termo circunstanciado de ocorrência (art. 69 da Lei n.º 9.099/95).

Com o advento da Lei n.º 11.719/08, o art. 594 do CPP que tratava da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível foi revogado expressamente, de sorte que a matéria passa a ser disciplinada pelo parágrafo único do art. 387, CPP, asseverando que na sentença condenatória o juiz “decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”. O direito do acusado de recorrer em liberdade foi reafirmado com a edição da Lei n.º 12.403/2011, que expressamente revogou o art. 595, do CPP (já desprovido de eficácia, conforme jurisprudência do STF), que dispunha que a apelação seria julgada deserta na hipótese de fuga do condenado após a interposição da apelação.

Deve o magistrado expressamente revelar a justificativa da prisão, para que esta não se transmude em ilegal, desafiando relaxamento. Cabendo liberdade provisória, deverá concedê-la, com ou sem fiança, ou ainda aplicar medida cautelar cabível, tomando por base o rol do art. 319 do CPP, com esteio na estrita necessidade. Se o réu está preso, terá a obrigação de justificar a pertinência da manutenção do cárcere, ratificando na decisão os motivos da medida. Se o réu responde ao processo em liberdade, a justificação da prisão também é de rigor, e o móvel passa a ser basicamente a presença ou não dos fundamentos da preventiva, já que os maus antecedentes e a reincidência como base para prisão foram revogados. De qualquer sorte, o recolhimento do réu ao cárcere não é requisito objetivo para o conhecimento do recurso de apelação, e não há deserção pela fuga do apelante, o que já se extraía da súmula n.º 347 do STJ, e agora da norma em exame (parágrafo único, art. 387, CPP).

A legislação extravagante é pródiga em imprimir tratamento à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, por vezes entendendo que seria um efeito automático da sentença, por outras, repetindo a antiga regra geral do CPP, ou inovando nos argumentos, senão vejamos:

- a) Crimes hediondos: a Lei n.º 8.072/1990, em seu art. 2º, § 3º, informa que “o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Caberá ao magistrado, pouco importando se o réu tem maus antecedentes ou se é reincidente, definir quanto à possibilidade do apelo livre do cárcere. Cremos, como já dito, que só os requisitos da preventiva podem justificar a prisão, o que passa a ser endossado pelo parágrafo único do art. 387, CPP.
- b) Crime organizado: o art. 9º da Lei n.º 9.034/1995 informa que o “réu não poderá apelar em liberdade **nos crimes previstos nesta Lei**” (grifo nosso). De logo, a impropriedade é manifesta, afinal a Lei n.º 9.034/1997 não prevê nenhum tipo penal, tratando dos meios operacionais de combate e repressão às ações praticadas por organizações ou associações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Além disso, vedar por absoluto o apelo em liberdade é retirar do magistrado a possibilidade de aferir a real necessidade da medida, afora o rasgo manifesto ao princípio da presunção de inocência. Acreditamos que em condutas de tal natureza, só caberá a vedação do apelo em liberdade, insistimos mais uma vez, se estiverem presentes os requisitos da preventiva, devendo o juiz, a toda evidência, justificar o respectivo enquadramento para determinar o recolhimento ao cárcere para recorrer.

- c) Tráfico de drogas e condutas equiparadas: previstas no artigo 33, *caput* e § 1º, e artigos 34 a 37 da Lei n.º 11.343/2006, têm o recurso em liberdade condicionado à primariedade e aos bons antecedentes (art. 59). As mesmas críticas aqui são aplicáveis.
- d) Lavagem de dinheiro: o art. 3º da Lei n.º 9.613/1998 prevê que o juiz decidirá fundamentadamente sobre o direito do réu apelar em liberdade, cabendo ao magistrado indicar os motivos que impliquem na necessidade do cárcere.
- e) Crimes contra o sistema financeiro: a Lei n.º 7.492/1986 prevê no art. 31 que “o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de se recolher à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que **autoriza a prisão preventiva**” (grifo nosso). Até que enfim temos um exemplo na legislação especial onde o fator necessidade da prisão para recorrer e os seus fundamentos foram objetivamente definidos.

Entendemos que a previsão do art. 31 é a regra, e deve se irradiar para todas as outras leis extravagantes. Prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é exceção, e a excepcionalidade estará justificada pela presença dos requisitos da preventiva, com fundamentação obrigatória pelo magistrado. É inadmissível que leis bem mais recentes, como a lei de tóxicos (Lei n.º 11.343/2006), continuem condicionando o recurso em liberdade aos maus antecedentes e a reincidência. É um anacronismo manifesto, e as repercussões processuais ao réu devem se dar por aquilo que ele fez, e não pelo que ele é ou representa.

11. PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar é medida cautelar cerceadora de liberdade prevista expressamente nos artigos 317 e 318 do Código, e tem lugar toda vez que a execução da prisão preventiva não seja recomendada em cadeia pública (para os presos provisórios) ou em prisão especial (para os acusados que detêm essa prerrogativa por força de lei), em razão de condições especiais, mormente as relacionadas à idade e à saúde do agente.

A prisão domiciliar é decretada em substituição da preventiva, sempre por ordem judicial. Consiste no recolhimento do indiciado ou do acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar por ordem do juiz. Para seu deferimento é exigida prova idônea evidenciando a situação específica que a autorize.

Nos termos do art. 318, do CPP, o juiz poderá substituir a preventiva pela prisão domiciliar quando o agente: (1) contar com mais de oitenta anos; (2) estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave; (3) for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; e (4) for gestante a partir do sétimo mês de gestação ou se sua gravidez for de alto risco.

Pensamos que o rol de hipóteses para a decretação da substituição da preventiva pela prisão domiciliar é meramente exemplificativo, visando o legislador, com este elenco, evidenciar que o cumprimento da prisão preventiva em domicílio é permitido para casos excepcionais, mediante ordem judicial. O juiz poderá assim determinar a prisão domiciliar em outras situações análogas toda vez que se revelar mais adequada (art. 282, CPP), a partir dos casos do art. 318, que servirão como vetores interpretativos, sempre por decisão fundamentada (art. 93, IX, CF).

Esse entendimento pode ser depreendido a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o cabimento da prisão domiciliar em situação que o novo texto do art. 318 do CPP não menciona, ao reafirmar que ela deve ser deferida aos advogados onde não exista na localidade sala com as características

daquela prevista no art. 7º, V, do Estatuto da OAB (Lei n.º 8.906/1994) – sala de Estado-Maior –, enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado⁴⁴.

12. PRISÃO ADMINISTRATIVA

A prisão administrativa não encontra mais sede no Direito Processual Penal brasileiro. Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, os artigos 319 e 320, do CPP, não cuidam mais desse instituto, mas da possibilidade de imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão. Se havia dúvida a respeito da sobrevivência da prisão administrativa depois da Constituição do Brasil de 1988, com a reforma processual penal foi ela banida do sistema.

Todavia, resta no CPP uma menção à prisão administrativa no § 2º, do seu art. 650, avivando o não cabimento de “*habeas corpus* contra a prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal”.

O dispositivo em tela, embora formalmente vigente (plano da expressão), está desprovido de eficácia em face de não mais existir previsão legal que autorize a decretação de prisão administrativa, sendo caso autêntico de revogação tácita (plano normativo).

Pelos mesmos motivos, o art. 201, da Lei de Execução Penal, que reza que “na falta de estabelecimento adequado, o cumprimento da prisão civil e da prisão administrativa se efetivará em seção especial da Cadeia Pública”, está sem eficácia no que se refere ao cerceamento administrativo, ocorrendo aqui derrogação tácita (plano normativo).

O registro da prisão administrativa tem aqui, portanto, tão somente importância histórica.

De forma inapropriada, o CPP previa o tratamento da prisão de natureza administrativa, ligada desta maneira a uma autoridade administrativa e com fins da mesma natureza. Como leciona Mirabete, em “seu sentido mais estrito, portanto, é administrativa a prisão quanto ao **órgão** que a decreta, quanto à **razão** que a dita, e quanto ao *fim* que visa”⁴⁵.

44. STF – Pleno – Rcl 5212 – Rel. Min. Carmen Lúcia – j. 27/3/2008.

45. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p.402-403.

A definição da prisão administrativa era construída a partir de tríplice aferição, qual seja, órgão decretante, motivo e finalidade. A antiga redação do art. 319 do CPP, que tratava da matéria, para ser aproveitada, deveria ser lida à luz do art. 5º, inciso LXI da CF, que realça que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da **autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (grifo nosso). Desta forma, quanto à legitimidade para a decretação da medida, afora as exceções constitucionais, o encarceramento não mais estava a cargo das autoridades administrativas, sendo da alçada do judiciário.

Nesse passo, restava ainda saber se os motivos e a finalidade da prisão administrativa continuavam em vigor. O texto anterior do art. 319 fazia a seguinte previsão, contemplando a prisão administrativa:

I – contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam;

O **omisso** é aquele que deixa de efetivar o recolhimento aos cofres públicos de valores que tenha recebido em razão da função, ao passo que o **remisso** é o que retarda tal entrega. Omissos ou remissos, o agente era tratado como depositário infiel, matéria esta disciplinada pela Lei nº 8.866/1994, e por força do art. 4º, § 2º: “Não recolhida nem depositada a importância, nos termos deste artigo, o juiz, nos quinze dias seguintes à citação, decretará a prisão do depositário infiel, por período não superior a noventa dias”. Todavia, de acordo com o atual entendimento do STF, inclusive com a súmula vinculante n.º 25, não é mais tolerável a prisão do depositário infiel. Portanto, o fundamento prisional neste caso já tinha perdido a razão de existir.

II – contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional;

A prisão tinha cabimento para obrigá-lo a retornar a bordo, e o requerimento era feito pelo cônsul do país a que pertencesse o navio ao juiz federal competente.

III – nos demais casos previstos em lei.

Tínhamos aqui uma previsão genérica, que sufragava o entendimento que outras situações, disciplinadas legislativamente, podiam autorizar a prisão administrativa, como ocorria na prisão do estrangeiro ou brasileiro naturalizado, nos casos de deportação, expulsão ou extradição (artigos 61, 69 e 81 da Lei nº 6.815/1980). De todo modo, a análise competia ao judiciário.

Nessa ótica, percebemos que a legitimidade para a decretação havia migrado, ressalvadas as hipóteses constitucionais como a transgressão militar, para a

apreciação do judiciário. Já os motivos e os fins continuavam administrativos, mas a legitimidade da medida não mais. Nesta linha, Guilherme Nucci⁴⁶ e Mirabete⁴⁷. Em sentido contrário, Tourinho Filho, que entendia que a medida (prisão administrativa) já se encontrava expungida do ordenamento brasileiro⁴⁸, o que de fato ocorreu com a vigência da Lei n.º 12.403/2011.

13. PRISÃO CIVIL

Não mais prevê o Código de Processo Penal que a prisão decretada na esfera cível, ao que ocorre com o inadimplente voluntário e inescusável de alimentos e com o depositário infiel (art. 5º, LXVII, CF), seja “executada pela autoridade policial a quem forem remetidos os respectivos mandados” (antiga redação do art. 320, CPP, modificado pela Lei n.º 12.403/2011).

Contudo, o art. 201 da Lei de Execução Penal, ainda indica que “na falta de estabelecimento adequado, o cumprimento da prisão civil e da prisão administrativa se efetivará em seção especial da Cadeia Pública”.

A não previsão pelo CPP da execução da prisão civil pela autoridade policial não impede que assim determine o juiz cível, com base em seu poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, cuja execução da medida deve ocorrer em cela especial de Cadeia Pública (art. 201, LEP).

De todo modo, a execução da medida, no aspecto procedimental, aproxima-se do tratamento na esfera criminal, por se tratar de cerceamento legal de liberdade. Advirta-se, quanto ao depositário infiel, que o STF cotejou a admissibilidade da prisão civil nessa hipótese com o art. 7º, parágrafo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que não contempla a medida, admitindo-a apenas quanto ao devedor de alimentos. O mesmo se diga com relação ao art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, patrocinado pela ONU, com adesão brasileira em 1990. A liberdade é direito fundamental, não cabendo a banalização em sua restrição. Ao que parece, a garantia da dívida pelo corpo, como na prisão do infiel depositário, não se enquadra no atual Estado Democrático de Direito⁴⁹[1]. Este entendimento acabou consolidado no enunciado n.º 25 da súmula vinculante do STF, *verbis*: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. É também a posição do STJ,

46. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p.575.

47. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p.403.

48. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1. p.570.

49. STF: RE 466.343-SP.

afirmada no enunciado n.º 419 da sua súmula: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

14. PRISÃO PARA AVERIGUAÇÕES

Instrumento utilizado como forma manifesta de constrangimento, implicava no arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação, que eram literalmente presas, para aferir a vinculação destas a alguma infração, ou para investigar a sua vida pregressa, pesquisando-se, por exemplo, se existe algum mandado de prisão pendente, ou se trata de foragido. Sendo a Constituição enfática de que só cabe prisão, afora o flagrante e as transgressões militares, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, CF), a prisão para averiguação é de todo ilegal, caracterizando abuso de autoridade (art. 4º, alínea “a”, Lei n.º 4.898/1967).

15. QUADRO SINÓTICO

CAPÍTULO IX – PRISÕES	
Conceito	A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena ou, ainda, ocorrer no curso da persecução penal, dando ensejo à prisão sem pena , também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual.
Formalidades e execução	<p>– Mandado de prisão: em regra, é o título a viabilizar a realização da prisão. Deve atender aos seguintes requisitos: ser lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade competente; designar a pessoa que tiver de ser presa pelo nome, alcunha ou sinais característicos; indicar o valor da fiança; ser dirigido ao responsável pela execução da prisão.</p> <p>Será passado em duas vias, sendo uma entregue ao preso (informando dia, hora e o local da diligência), ficando a outra com a autoridade (devidamente assinada pelo preso). Considera-se realizada a prisão em virtude de mandado quando o executor, identificando-se, apresenta o mandado e intima a pessoa a acompanhá-lo. 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 (art. 299, CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011), sendo o preso imediatamente apresentado à autoridade que tenha expedido a ordem. Visando conferir ainda maior efetividade à ordem de prisão, o juiz deverá providenciar o registro do respectivo mandado no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça a ser criado com essa finalidade, conforme preconiza o art. 289-A, do CPP (acrescido pela Lei 12.403/2011). O registro do mandado no banco de dados do CNJ facilitará o cumprimento da prisão por qualquer agente policial, mesmo fora da jurisdição do juiz processante, eis que confere, de um lado, ampla publicidade ao mandado e, de outro, segurança à fonte de informação sobre a decisão judicial prisional (autenticidade presumida).</p>

<p>Formalidades e execução</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Restrição de horário e inviolabilidade domiciliar: a prisão poderá ser realizada durante o dia ou noite, respeitando-se as restrições relativas à inviolabilidade domiciliar. Havendo a necessidade de realização da prisão com ingresso domiciliar, seja a casa de terceiro ou da própria pessoa a ser presa, o morador será intimado a entregar o preso ou a entregar-se, à vista da ordem de prisão. – Prisão em perseguição: é possível que o capturando empreenda fuga para ilidir a diligência, ou para evitar a realização do flagrante, dando ensejo ao início da perseguição. Nesses casos (art. 290, § 1º, CPP), permite-se que a prisão seja realizada em outro Município ou Estado. Em caso de flagrante, a autoridade do lugar da prisão procederá à lavratura do auto, remetendo o mesmo ao juiz local, para aferição de sua legalidade. Só após, os autos e o preso serão remetidos à comarca originária. – Prisão em território diverso da atuação judicial: se o infrator estiver fora do país, a realização da prisão deve atender às leis ou tratados que dizem respeito à extradição. Já se o mesmo se encontra no território nacional, em local diverso da jurisdição da autoridade judicial que expediu o mandado, poderá ser deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado. Havendo urgência, pode-se dispensar a expedição de precatória, nos termos do § 1º, do art. 289, CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011, podendo o juiz requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada. – Prisão especial: algumas pessoas, em razão da função desempenhada, terão direito a recolhimento em quartéis ou a prisão especial, enquanto estiverem na condição de presos provisórios. O jurado que tenha exercido a função de forma efetiva não tem mais a prerrogativa de prisão especial, em face do advento da Lei n.º 12.403/2011. – Emprego de força e uso de algemas: a autoridade policial deve garantir o cumprimento do mandado de prisão, ou a efetivação da prisão em flagrante. O uso da força, bem como de algemas, deve ser evitado, salvo quando indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso. (Ver súmula vinculante n.11 do STF).
<p>Formalidades e execução</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Regime disciplinar diferenciado: inserido pela Lei nº 10.792/2003, tem cabimento, tanto aos presos provisórios como definitivos. <ol style="list-style-type: none"> a) Cabimento: crime doloso constituindo falta grave e ocasionando a subversão da ordem ou da disciplina interna do estabelecimento; presos que apresentem alto risco para a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. b) Consequências: recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; saída da cela por duas horas diárias para banho de sol. c) Duração: 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção em caso de falta grave da mesma espécie, respeitado o limite de 1/6 da pena aplicada. Admite-se o isolamento preventivo do preso faltoso pelo prazo de até 10 dias. É o que impropriamente se tem chamado de RDD cautelar.

<p>Formalidades e execução</p>	<p>d) Algumas críticas: a inserção em RDD, sem julgamento definitivo quanto à prática de crime doloso, fere a presunção de inocência; a inclusão no RDD em razão de o detento representar alto risco para a segurança do estabelecimento ou da sociedade é imputar o ônus da falência do sistema prisional exclusivamente ao preso, caracterizando o direito penal do autor, vedado em nosso ordenamento jurídico; o ideal ressocializador, ressaltado pelo art. 1º da LEP, foi esquecido, pois o RDD imprime ao infrator uma sanção estática, onde nada é permitido, leitura, esportes, trabalho, jogos etc.</p>
<p>PRISÃO EM FLAGRANTE</p>	
<p>Conceito</p>	<p>A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino.</p>
<p>Espécies de flagrante</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Flagrante próprio (art. 302, I e II, CPP): o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. A prisão deve ocorrer de imediato, sem o decurso de qualquer intervalo de tempo. – Flagrante impróprio (art. 302, III, CPP): o agente é perseguido, logo após a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato. Não existe um limite temporal para o encerramento da perseguição. – Flagrante presumido (art. 302, IV, CPP): o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que presumam ser ele o autor da infração. Note que esta espécie não exige perseguição. – Flagrante compulsório ou obrigatório (art. 301, <i>in fine</i>, CPP): as polícias civil, militar, rodoviária, ferroviária e o corpo de bombeiros militar, desde que em serviço, têm o dever de efetuar a prisão em flagrante, sempre que a hipótese se apresente. – Flagrante facultativo (art. 301 CPP): é a faculdade legal que autoriza qualquer do povo a efetuar ou não a prisão em flagrante. – Flagrante esperado: a atividade da autoridade policial antecede o início da execução delitiva. A polícia antecipa-se ao criminoso, e, tendo ciência de que a infração ocorrerá, sai na frente, fazendo campana (tocaia), e realizando a prisão quando os atos executórios são deflagrados. Nada impede que o flagrante esperado seja realizado por particular. – Flagrante preparado ou provocado: o agente é induzido ou instigado a cometer o delito, e, neste momento, acaba sendo preso em flagrante. Ressalte-se, no entanto a súmula nº 145 do STF: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. – Flagrante prorrogado: a autoridade policial tem a faculdade de aguardar, do ponto de vista da investigação criminal, o momento mais adequado para realizar a prisão, ainda que sua atitude implique na postergação da intervenção. – Flagrante forjado: é aquele armado, fabricado, realizado para incriminar pessoa inocente. É uma modalidade ilícita de flagrante, onde o único infrator é o agente forjador, que pratica o crime de denunciação caluniosa, e sendo agente público, também abuso de autoridade. – Flagrante por apresentação: quem se entrega à polícia não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais autorizadas do flagrante. Assim, não será autuado.

FLAGRANTE NAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CRIME	
Crime permanente	Para Cezar Roberto Bitencourt, permanente é o crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser. Enquanto não cessar a permanência, a prisão em flagrante poderá ser realizada a qualquer tempo, mesmo que para tanto seja necessário o ingresso domiciliar.
Crime habitual	O crime habitual é aquele que materializa o modo de vida do infrator, exigindo, para a consumação, a reiteração de condutas, que por sua repetição, caracterizam a ocorrência da infração. Pela dificuldade no caso concreto de aferir a reiteração de atos, somos partidários do entendimento de que não cabe flagrante nas infrações habituais.
Crime de ação penal privada e pública condicionada	Nesses casos, para a lavratura do auto de prisão em flagrante, deverá haver a manifestação de vontade do respectivo legitimado. Se a vítima não puder imediatamente ir à delegacia para se manifestar, por ter sido conduzida ao hospital ou por qualquer motivo relevante, poderá fazê-lo no prazo de entrega da nota de culpa. Caso a vítima não emita autorização, deve a autoridade policial liberar o ofensor, sem nenhuma formalidade, documentando o ocorrido em boletim de ocorrência, para efeitos de praxe.
Crime continuado	Na hipótese de continuidade delitiva (art. 71, CP), temos, indubitavelmente, várias condutas, simbolizando várias infrações; contudo, por uma fixação jurídica, irá haver, na sentença, a aplicação da pena de um só crime, exasperada de um sexto a dois terços. Como existem várias ações independentes, irá incidir, isoladamente, a possibilidade de se efetuar a prisão em flagrante por cada uma delas. É o que se chama de flagrante fracionado .
Infração de menor potencial ofensivo	Nas infrações de menor potencial ofensivo, ao invés da lavratura do auto de flagrante, teremos a realização do termo circunstanciado, desde que o infrator seja imediatamente encaminhado aos juizados especiais criminais ou assuma o compromisso de comparecer, quando devidamente notificado. Caso contrário, o auto será lavrado, recolhendo-se o mesmo ao cárcere, salvo se for admitido a prestar fiança, nas infrações que a comportem, ou se for adequada aplicação de medida cautelar diversa da prisão, nos termos dos artigos 282 e 319, do CPP, com redação dada pela Lei n.º12.403/2011.
SUJEITOS DO FLAGRANTE	
Sujeito ativo	É aquele que efetua a prisão; pode ser qualquer pessoa, integrante ou não da força policial. Já o condutor é a pessoa que apresenta o preso à autoridade que presidirá a lavratura do auto, nem sempre correspondendo àquele que efetuou a prisão.
Sujeito passivo	É aquele detido em situação de flagrância. Em regra, pode ser qualquer pessoa. Exceções: a) o Presidente da República somente poderá ser preso com o advento de sentença condenatória transitada em julgado; b) os diplomatas estrangeiros podem desfrutar da possibilidade de não ser presos em flagrante, a depender dos tratados e convenções internacionais; c) os membros do Congresso Nacional só podem ser presos em flagrante por crime inafiançável.

<p>Sujeito passivo</p>	<p>Atenção para a interpretação dada pelo STF no informativo n.135 que entende que há perda da imunidade parlamentar para congressista que se afasta para exercer cargo no Poder Executivo; d) os magistrados só poderão ser presos em flagrante por crime inafiançável, devendo a autoridade fazer a imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do respectivo Tribunal; e) os membros do MP só poderão ser presos em flagrante por crime inafiançável, devendo a autoridade fazer em 24 horas a comunicação e apresentação do membro do MP ao respectivo Procurador-Geral; f) os advogados somente poderão ser presos em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, sendo necessária a presença de representante da OAB, nas hipóteses de flagrante em razão do exercício profissional, para a lavratura do auto, sob pena de nulidade; g) “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (art. 106, Lei n.º 8.069/1990); h) o motorista que presta pronto e integral socorro à vítima de acidente de trânsito não será preso em flagrante, nem lhe será exigida fiança (art. 301, CTB).</p>
<p>Autoridade competente</p>	<p>Em regra, a autoridade policial da circunscrição onde foi efetuada a prisão é a que possui atribuição para presidir a lavratura do auto.</p>
<p>PROCEDIMENTOS E FORMALIDADES</p>	
<p>a) A autoridade, antes de lavrar o auto, deve comunicar à família do preso ou pessoa por ele indicada a ocorrência da prisão. Também devem ser comunicados imediatamente o juiz competente e o Ministério Público (art. 306, caput, CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011).</p> <p>b) Aquele que levou o preso até a presença da autoridade será ouvido, sendo suas declarações reduzidas a termo, colhida a sua assinatura, e sendo-lhe entregue cópia do termo e recibo de entrega do preso.</p> <p>c) Na sequência, serão ouvidas as testemunhas que tenham algum conhecimento do ocorrido, e que acompanham o condutor.</p> <p>d) Em que pese a lei ser omissa quanto a oitiva da vítima nesta fase, é de bom tom que a mesma seja ouvida, prestando sua contribuição para o esclarecimento do fato e para a caracterização do flagrante.</p> <p>e) A lei fala em interrogatório do acusado (quando deveria falar conduzido), o que é uma evidente impropriedade, afinal ainda não existe imputação nem processo. O preso será ouvido, assegurando-se o direito ao silêncio. Admite-se a presença do advogado, embora não seja imprescindível à lavratura do auto.</p> <p>f) Ao final, convencida a autoridade que a infração ocorreu, que o conduzido concorreu para a mesma e que se trata de hipótese legal de flagrante delito, determinará ao escrivão que lave e encerre o auto de flagrante. Não estando convencida a autoridade de que o fato apresentado autorizaria o flagrante, deixará de autuar o mesmo, relaxando a prisão que já existe desde a captura. Também não permanecerá preso o conduzido se for admitido a prestar fiança, a ser concedida pela autoridade policial. Os termos de declaração do condutor e das testemunhas serão anexados ao auto, e este último será assinado pela autoridade e pelo preso.</p>	

<p>Nota de culpa</p>	<p>A nota de culpa se presta a informar ao preso os responsáveis por sua prisão, além dos motivos da mesma, contendo o nome do condutor e das testemunhas, sendo assinada pela autoridade. Será entregue em 24 horas da realização da prisão, mediante recibo. A entrega da nota de culpa é de vital importância para a validade da prisão. A nulidade que daí decorre, contudo, é relativa, dependendo de demonstração de prejuízo (ineficácia do direito à ampla defesa e ao contraditório, em face de não estar ciente o conduzido dos motivos e das demais formalidades para a validade da prisão).</p>
<p>Remessa à autoridade</p>	<p>O auto de prisão em flagrante, acompanhado de todas as oitivas colhidas, será encaminhado à autoridade judicial competente em 24 horas da realização da prisão e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral à Defensoria Pública, no mesmo prazo.</p>
<p>PRISÃO PREVENTIVA</p>	
<p>Conceito</p>	<p>É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante o inquérito policial e na fase processual. A preventiva só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento. A decretação da preventiva deve ser fundamentada na ideia de medida extrema, subsidiária, residual, que só terá lugar quando não suficiente e adequada outra medida cautelar diversa da prisão (art. 319, CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011), e presentes os pressupostos gerais de decretação de medida cautelar dispostos no art. 282, do CPP (com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011).</p>
<p>Pressupostos específicos</p>	<p>a) prova da existência do crime; b) indícios suficientes da autoria.</p>
<p>As hipóteses de decretação</p>	<p>Além dos pressupostos indicados, é necessário que se apresente o fator de risco a justificar a efetividade da medida. Vejamos assim quais os fundamentos legais para a preventiva:</p> <p>a) garantia da ordem pública: filiamo-nos à corrente intermediária, conferindo uma interpretação constitucional à acepção da ordem pública, acreditando que a mesma está em perigo quando o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade.</p> <p>b) conveniência da instrução criminal: tutela-se a livre produção probatória, impedindo que o agente comprometa de qualquer maneira a busca da verdade.</p> <p>c) garantia de aplicação da lei penal: evita-se a fuga do agente, que deseja eximir-se de eventual cumprimento da sanção penal.</p> <p>d) garantia da ordem econômica: visa a evitar que o indivíduo, se solto estiver, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica.</p>

As hipóteses de decretação	e) descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º, CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011): trata-se de caso acrescentado ao CPP, em face do caráter subsidiário da prisão preventiva (medida cautelar extrema). O legislador reformador previu várias medidas cautelares, menos gravosas ao direito de liberdade do acusado (art. 319, CPP), que devem preferir à prisão preventiva (medida residual, subsidiária) e que são impostas se atendidos os pressupostos gerais do art. 282 do Código. Uma vez descumprida, percebe-se que a medida cautelar em tela pode não se revelar adequada ou suficiente ao caso, admitindo-se a sua substituição ou cumulação com outra, ou em último caso, a decretação da preventiva, desde que o delito praticado comporte a medida, já que, de regra, a preventiva só é admitida para os crimes dolosos com pena superior a quatro anos (art. 313, I, CPP).
Infrações que comportam a medida	Em regra, a preventiva tem cabimento na persecução penal para apuração dos crimes dolosos: (1) punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (2) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o período depurador da reincidência; e (3) 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. É admitida a decretação da preventiva se existe dúvida sobre a identidade e o agente não oferece elementos para esclarecê-la, bem como se for descumprida medida cautelar substitutiva, presentes as condições legais (art. 312, CPP) Não distingue mais o CPP os crimes apenados com reclusão ou detenção, nem tem mais importância a circunstância relativa a ser o réu vadio.
Decretação e sistema recursal	O juiz pode decretar a prisão preventiva de ofício (se existente ação penal); atendendo a requerimento do MP, do querelante ou do assistente; ou provocado por representação da autoridade policial. A preventiva terá cabimento durante toda a persecução, tanto nos crimes de ação pública, quanto nos de ação penal privada, desde que atendidos os requisitos legais. Nos Tribunais, a medida poderá ser tomada pelo relator, nos crimes de competência originária. A medida não poderá ser executada em até cinco dias antes e quarenta e oito horas depois das eleições.
Decretação e sistema recursal	Nada impede que uma vez relaxada a prisão em flagrante, seja decretada, na sequência, a preventiva, se atendidas as exigências para a decretação da medida. Todavia, a preventiva é absolutamente incompatível com o instituto da liberdade provisória, seja ela com ou sem fiança, bem como com a aplicação das medidas cautelares do art. 319, CPP, diante da sua residualidade. As decisões interlocutórias que versem sobre prisão e liberdade são recorríveis quando desfavoráveis ao pleito carcerário. Negando a liberdade, normalmente são irrecurríveis, hipótese em que a defesa deverá valer-se do <i>habeas corpus</i> . Se o juiz de primeiro grau indeferir requerimento de prisão preventiva, ou revogar a medida, colocando o agente em liberdade, as duas decisões podem ser combatidas através do recurso em sentido estrito. Já se o juiz nega o pedido de revogação da preventiva, ou decreta a mesma, estas decisões, por ausência de previsão legal, não comportam recurso, cabendo a defesa invocar a ação de <i>habeas corpus</i> . Se a deliberação é do relator, nas hipóteses de competência originária dos Tribunais, caberá o recurso de agravo, no prazo de cinco dias, ao teor do art. 39 da Lei nº 8.038/1990.

<p>Fundamen- tação</p>	<p>O magistrado está obrigado a indicar no mandado os fatos que se subsumem à hipótese autorizadora da decretação da medida, sob pena de, não atendendo à exigência constitucional, reconhecimento da ilegalidade da prisão. Tem-se admitido, contudo, que o juiz arrime a decisão com os fundamentos trazidos na representação da autoridade policial ou na representação do Ministério Público. Faltando fundamentação e uma vez impetrado <i>habeas corpus</i>, não haverá a convalidação da preventiva e supressão da omissão pelas informações prestadas pela autoridade ao Tribunal, pois a fundamentação deve existir no momento em que a preventiva foi decretada.</p>
<p>Revogação</p>	<p>A prisão preventiva é movida pela cláusula <i>rebus sic stantibus</i>, assim, se a situação das coisas se alterar, revelando que a medida não é mais necessária, a revogação é obrigatória, podendo, se adequado e necessário, aplicar medida cautelar em substituição, de acordo com o autorizativo do § 5º, do art. 282, CPP (redação da Lei n.º 12.403/2011). Deve o magistrado revogar a medida, de ofício, ou por provocação, sem a necessidade de oitiva prévia do Ministério Público. O promotor será apenas intimado da decisão judicial, para se desejar, apresentar o recurso cabível à espécie. Todavia, uma vez presentes novamente os permissivos legais, nada obsta a que o juiz a decrete novamente, quantas vezes se fizerem necessárias.</p>
<p>Apresentação espontânea</p>	<p>A apresentação espontânea do agente à autoridade ilide a prisão em flagrante, por ausência de previsão legal autorizando o flagrante nestas situações. Nada impede, uma vez presentes os requisitos legais, que se represente pela decretação da prisão preventiva, ou até mesmo pela temporária.</p>
<p>Preventiva X excludentes de ilicitude</p>	<p>Se pela análise dos autos percebe-se que o agente atuou sob o manto de uma excludente de ilicitude, a preventiva não será decretada, podendo ser concedida pelo juiz liberdade provisória, sem fiança, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo sob pena de revogação (parágrafo único, do art. 310, CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011).</p>
<p>PRISÃO TEMPORÁRIA</p>	
<p>Conceito</p>	<p>A temporária é a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial ou procedimento investigativo equivalente, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação.</p>
<p>Decretação</p>	<p>A prisão temporária está adstrita à cláusula de reserva jurisdicional, e, em face do disposto no art. 2º da Lei nº 7.960/1989, somente pode ser decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. A temporária não pode ser decretada de ofício pelo juiz, pressupondo provocação.</p>
<p>Cabimento</p>	<p>É essencial a presença do <i>fumus commissi delicti</i> e do <i>periculum libertatis</i> para que a medida seja decretada, aplicando-se o critério de proporcionalidade estampado nos incisos I e II, do art. 282, do CPP (redação da Lei n.º 12.403/2011). O art. 1º da Lei nº 7.960/1989 trata da matéria, admitindo a temporária nas seguintes hipóteses:</p>

<p>Cabimento</p>	<ul style="list-style-type: none"> – (inc. I) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; – (inc. II) quando o Indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos ao esclarecimento de sua identidade; – (inc. 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; b) sequestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado de morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; l) quadrilha ou bando; m) genocídio, em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro; p) os crimes hediondos e assemelhados, quais sejam, tráfico, tortura e terrorismo, mesmo os não contemplados no rol do art. 1º da Lei n.º 7.960/1989, por força do § 4º do art. 2º da Lei n.º 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), são suscetíveis de prisão temporária. <p>A grande discussão sobre o cabimento da temporária diz respeito ao preenchimento dos elementos que justifiquem a decretação da medida. São diversas as correntes sobre o tema, prevalecendo a que admite a temporária com base no inciso III obrigatoriamente, pois ele materializaria a fumaça do bom direito para a decretação da medida (<i>fumus commissi delicti</i>), e, além dele, uma das hipóteses dos incisos I ou II: ou é imprescindível para as investigações, ou o indiciado não possui residência fixa, ou não fornece elementos para a sua identificação.</p>
<p>Prazos</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Regra geral: 5 dias, prorrogáveis por mais 5 dias em caso de comprovada e extrema necessidade; – Crimes hediondos e assemelhados, quais sejam, tráfico, terrorismo e tortura (parágrafo 4º, art. 2º, Lei nº 8.072/1990): o prazo da prisão temporária é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias, em caso de comprovada e extrema necessidade. <p>A prorrogação pressupõe requerimento fundamentado, cabendo ao magistrado deliberar quanto a sua admissibilidade. Não cabe prorrogação de ofício. Na prorrogação, deve o magistrado ouvir o MP quando o pedido for realizado pela autoridade policial.</p>
<p>Procedimento</p>	<ul style="list-style-type: none"> a) O juiz é provocado pela autoridade policial, mediante representação, ou por requerimento do Ministério Público; b) O juiz, apreciando o pleito, tem 24 horas para, em despacho fundamentado, decidir sobre a prisão, ouvindo para tanto o MP, nos pedidos originários da polícia; c) Decretada a prisão, o mandado será expedido em duas vias, sendo que uma delas, que será entregue ao preso, serve como nota de culpa; d) Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos assegurados na CF; e) Durante o prazo da temporária, pode o juiz, de ofício, a requerimento do MP ou defensor, “determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito” (§ 3º, art. 2º). f) Decorrido o prazo legal o preso deve ser posto imediatamente em liberdade, salvo se for decretada a preventiva.

<p>Prisão decorrente da decisão de pronúncia</p>	<p>Cabe ao juiz, pronunciando o réu, sendo o crime afiançável, arbitrar o valor da fiança para concessão ou manutenção da liberdade provisória, sem prejuízo da admissibilidade da liberdade provisória sem fiança e/ou com aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão (art. 319, do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011). Neste último caso, terá que ouvir o MP (§ 2º, art. 413, CPP) e/ou a parte afetada pela cautelar, oportunizando o contraditório prévio, salvo em situação de urgência ou quando houver risco de ineficácia da medida.</p> <p>O juiz decidirá, “motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de qualquer das medidas previstas no Título IX deste Código” (§ 3º, art. 413, CPP).</p> <p>Exige-se do magistrado a fundamentação da gestão do cárcere ou da liberdade provisória, e a pronúncia é o momento para reafirmar os motivos já existentes, ou detectar as razões que apareceram para decretação prisional, que nesta hipótese, não mais se justifica pelos maus antecedentes ou pela reincidência, que ficam absolutamente superados (Lei n. 11689/20008), substituídos pela presença ou não dos fundamentos da prisão preventiva. Logo, prisão decorrente de pronúncia, propriamente dita, acabou.</p>
<p>Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível</p>	<p>O parágrafo único do art. 387, CPP (em virtude da Lei n.º 11.719/08), dispõe que na sentença condenatória o juiz “decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.</p> <p>Cabendo liberdade provisória, deverá concedê-la, com ou sem fiança, podendo ainda aplicar medida cautelar diversa da prisão, inclusive de forma cumulada, na forma do art. 319, do CPP (com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011), cujo rol não é taxativo.</p> <p>Se o réu responde ao processo em liberdade, a justificação da prisão também é de rigor, e o móvel passa a ser basicamente a presença ou não dos fundamentos da preventiva, já que os maus antecedentes e a reincidência como base para prisão foram revogados.</p>
<p>Prisão domiciliar</p>	<p>A prisão domiciliar é decretada em substituição da preventiva, sempre por ordem judicial. Consiste no recolhimento do indiciado ou do acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar por ordem do juiz. Para seu deferimento se exige prova idônea evidenciando a situação específica que a autorize.</p> <p>Nos termos do art. 318, do CPP, o juiz poderá substituir a preventiva pela prisão domiciliar quando o agente: (1) contar com mais de oitenta anos; (2) estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave; (3) for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; e (4) for gestante a partir do sétimo mês de gestação ou se sua gravidez for de alto risco.</p>

PRISÃO ADMINISTRATIVA
A prisão administrativa não encontra mais sede no Direito Processual Penal brasileiro. Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, os artigos 319 e 320, do CPP, não cuidam mais desse instituto, mas da possibilidade de imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão. Se havia dúvida a respeito da sobrevivência da prisão administrativa depois da Constituição do Brasil de 1988, com a reforma processual penal foi ela banida do sistema.
PRISÃO CIVIL
A prisão decretada na esfera cível, ao que ocorre com o inadimplente voluntário e inescusável de alimentos e com o depositário infiel (art. 5º, LXVII, CF), deve ser cumprida em seção especial de Cadeia Pública, na forma do art. 201, da Lei de Execução Penal. O juiz cível determinará as providências necessárias ao seu cumprimento, requisitando, por mandado, à autoridade policial.
PRISÃO PARA AVERIGUAÇÕES
Instrumento utilizado como forma manifesta de constrangimento, implicava no arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação, que eram literalmente presas, para aferir a vinculação das mesmas a uma infração, ou para investigar a sua vida progressa. Esta prisão para averiguação é de todo ilegal, caracterizando abuso de autoridade.

16. SÚMULAS APLICÁVEIS

16.1. STJ

21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.
419. Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel

16.2. STF

4. Não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado Ministro de Estado (cancelada).
145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.
397. O poder de polícia da câmara dos deputados e do senado federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito.
717. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Sumúla Vinculante nº 11.

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Sumúla Vinculante nº 25.

É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

17. INFORMATIVOS RECENTES**17.1. STJ****HC. Prisão preventiva. Garantia. Ordem pública.**

A Turma conheceu parcialmente da ordem de “habeas corpus” e, nessa parte, denegou-a ao entendimento de que **o pedido de trancamento da ação penal fundado na irregularidade e ilicitude dos procedimentos realizados durante a investigação, além de ausência de justa causa para a instauração de “persecutio criminis”, não foi sequer suscitado no Tribunal de origem, ficando impedido este Superior Tribunal de examinar tal questão sob pena de supressão de instância.** No que se refere à alegada falta de fundamentação da prisão preventiva, o min. rel. destacou que, na hipótese, a prisão está satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública. A prisão preventiva justifica-se desde que demonstrada sua real necessidade com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP, não bastando a mera explicitação textual de tais requisitos. Não se exige, contudo, fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto construtivo, ainda que de forma sucinta, analise a presença, no caso, dos requisitos legais da prisão preventiva. Assim, o STF tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito, na periculosidade presumida do agente, no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa, ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social. Mas, na hipótese, **o paciente é acusado de pertencer à facção criminosa cuja atuação controla o tráfico de entorpecentes de dentro dos presídios e ordena a prática de outros crimes como roubos e homicídios, tudo de forma organizada. De fato, a periculosidade do agente para a coletividade, desde que comprovada concretamente, é apta a manutenção da restrição de sua liberdade.** *HC 134.340, Rel. Min. Felix Fischer, j. 9.3.10. 5ª T. (Info 426)*

Lei Maria da Penha. Ameaça. Lesão corporal.

“In casu”, o ora paciente foi preso em flagrante, sendo denunciado por, supostamente, ter ameaçado de morte, por duas vezes, e agredido fisicamente sua ex-companheira (arts. 129, § 9º, e 147 c/c 71, todos do CP). O juiz singular deferiu-lhe a liberdade provisória, entendendo ausentes os requisitos que autorizam a custódia preventiva, ressaltando mostrar-se suficiente a aplicação de medidas protetivas. O tribunal “a quo”, ao julgar o recurso em sentido estrito do MP, restabeleceu a prisão provisória do paciente, entendendo-a necessária em razão de sua periculosidade. Destacou que ele havia ameaçado a vítima anteriormente e vinha comportando-se de maneira inadequada, levando o filho de ambos à força, além de não comprovar trabalho lícito. Ressaltou a existência de registro anterior pelo cometimento de violência contra outra vítima. Nesta superior instância, contudo, entendeu-se que não se justifica a custódia cautelar do paciente, pois não se logrou demonstrar, de forma concreta, que sua liberdade ofereça risco à ordem pública. Salientou-se que, embora haja informação de que o paciente já havia proferido ameaças contra a ex-companheira, o próprio magistrado sentenciante entendeu desnecessária a prisão provisória, fixando medidas protetivas que se revelam suficientes para garantir a segurança da vítima. Destacou-se que o paciente já se encontra em liberdade há mais de um ano e não há notícia de que tenha descumprido tais determinações. **Destarte, inexistindo descumprimento de medidas protetivas, a hipótese em questão não se enquadra naquelas que admitem a decretação de prisão preventiva, notadamente porque os delitos imputados ao paciente são punidos com pena de detenção. Assim, tratando-se de crimes punidos com tal pena, não sendo o paciente vadio e inexistindo dúvida sobre sua identidade, condenação anterior ou descumprimento de medidas protetivas, torna-se injustificável sua custódia cautelar.** Diante disso, a Turma concedeu a ordem. *HC 151.174, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20.4.10. 6ª T. (Info 431)*

Preventiva. Adulteração. Alimento. Interdição. Empresa.

A Turma concedeu a ordem de “habeas corpus” para revogar a prisão preventiva de paciente denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 272 do CP (adulteração de produto alimentício destinado a consumo,

tornando-o nocivo à saúde). Segundo a min. rel., **não mais subsiste o fundamento relativo à necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista que a empresa de laticínios da qual o denunciado é proprietário já foi interdita pelas autoridades sanitárias.** *HC 177.036, rel. Min. Maria T. A. Moura, j. 7.10.10. 6ª T. (Info 450)*

Prisão preventiva. Condições favoráveis.

Para o min. rel., **as condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, garantir a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia.** Além disso, ao contrário do que afirma a impetração, no caso dos autos, a prisão preventiva está satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente, evidenciada não só na gravidade do crime, mas também em razão do “modus operandi” de sua conduta criminosa que, tal como praticada, extrapola o convencional. Ressalta que, segundo consta dos autos, o paciente vem cometendo crimes sexuais contra menores e, entre elas, sua própria filha. Daí ter sido denunciado como incurso nas sanções do art. 214 c/c o 224, a; 213 c/c 224, a, e 226, II, por várias vezes, na forma do art. 71, todos do CP (antiga redação). Ademais, consta também dos autos que o paciente vem promovendo diversas ameaças contra os familiares das vítimas, o que é fundamento suficiente para manutenção da segregação cautelar, uma vez que há concreta possibilidade de ameaça contra a vítima e testemunhas. Diante do exposto, a Turma denegou a ordem. *HC 155.702, Rel. Min. Felix Fischer, j. 20.4.10. 5ª T. (Info 431)*

Prisão preventiva. Destempo. Motivação idônea.

“In casu”, o TJ manteve prisão preventiva decretada em desfavor do recorrente, denunciado pela suposta prática de duas tentativas de homicídio qualificado e tráfico de drogas, em 12.2.2008. Sucede que a determinação da prisão preventiva somente ocorreu em 27.11.2009, por ocasião do recebimento de denúncia, tendo em vista que houve idas e vindas dos autos da ação penal, com as manifestações de juízes e um promotor sobre não se tratar de crime doloso contra vida. Para a min. rel., **é importante ter presente que os fundamentos para prisão preventiva necessitam de concretização e devem ser atuais ao tempo dos fatos, sob pena de degenerarem em arbítrio.** Observa que, no caso dos autos, entre o suposto delito e o advento da segregação, não houve ocorrências a indicar riscos para o processo ou para a ordem pública. Ademais, segundo a min. rel., **a medida acautelatória prisional teve como foco a gravidade dos fatos e a circunstância de o recorrente não residir no distrito da culpa, portanto, careceu de motivação idônea.** Destacou ainda, não ser possível o tribunal “a quo” acrescentar novos fundamentos àqueles já lançados pelo juiz por ocasião da decretação da prisão preventiva. Diante do exposto, a Turma concedeu a ordem. *HC 172.727, rel. Min. Maria T. A. Moura, j. 19.8.10. 6ª T. (Info 443)*

Prisão preventiva. Governador. Garantia. Ordem pública.

Trata-se de inquérito requerido pelo procurador-geral da República e por subprocuradora-geral da República com base no art. 312 do CPP no qual o min. rel. decretou a prisão preventiva do governador do Distrito Federal e de outras cinco pessoas, para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal. Investiga-se, entre outros, a suposta prática dos crimes de falsidade ideológica de documento privado (art. 299 do CP) e de corrupção de testemunha (art. 343 do mesmo código) em coautoria. Nessas situações, segundo o min. rel., **a lei penal autoriza a decretação de prisão preventiva, para que a aplicação da lei penal não fique comprometida.** O Min. Nilson Naves posicionou-se contrário à decretação da prisão preventiva e, em preliminar, sustentou que o STJ só poderia adotar a medida contra o governador se houvesse, antes, autorização da Câmara Legislativa do Distrito Federal (art. 60, XXIII, da Lei Orgânica do Distrito Federal). **Diante disso, a Corte Especial, por maioria, rejeitou a preliminar levantada pelo Min. Nilson Naves de impossibilidade de apreciação pelo STJ em face da ausência de autorização legislativa.** No mérito, por maioria, ficou referendada a decisão do min. rel. de decretação da prisão preventiva. *Inq 650, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 11.2.10. Corte Especial. (Info 422)*

Prisão preventiva. Influência. Testemunhas.

Trata-se de paciente pronunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, I e IV, art. 211, ambos do CP, e art. 14 da Lei 10.826/03. No momento da pronúncia, também foi decretada sua prisão preventiva por

conveniência da instrução criminal, visto que o paciente estaria influenciando as testemunhas. Para o min. rel., **em se tratando de processo de competência do Júri, essas testemunhas poderão vir a ser chamadas para depor em plenário. Ademais, explica que há provas nos autos que indicam a existência de influência do acusado no depoimento das testemunhas, o que é suficiente para motivar sua segregação provisória como garantia da regular instrução do feito.** Quanto aos argumentos da impetração sobre as condições pessoais favoráveis ao paciente, o min. rel. entende que elas não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos, como na hipótese dos autos. Diante do exposto, a Turma denegou a ordem. *HC 177.774, rel. Min. Gilson Dipp, j. 7.10.10. 5ª T. (Info 450)*

Prisão preventiva. Requisitos autorizadores.

Trata-se de “habeas corpus” contra decisão proferida pelo tribunal “a quo” que proveu o recurso do MP, revogando o relaxamento da prisão cautelar por entender que a ausência de advogado na lavratura do auto de prisão em flagrante não enseja nulidade do ato. Alegam os impetrantes não haver justificativa para a manutenção do paciente sob custódia, uma vez que, após efetuada a prisão, foi-lhe negado o direito de comunicar-se com seu advogado, o que geraria sim nulidade na lavratura do auto de prisão. Além disso, sustentam inexistirem os pressupostos autorizadores da prisão preventiva. A Turma, ao prosseguir o julgamento, concedeu parcialmente a ordem pelos fundamentos, entre outros, de que a jurisprudência do STF, bem como a do STJ, **é reiterada no sentido de que, sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar.** Ressaltou-se que a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, sendo, portanto, inadmissível que a finalidade da custódia provisória, independentemente de qual a sua modalidade, seja deturpada a ponto de configurar antecipação do cumprimento da pena. Com efeito, o princípio constitucional da presunção de inocência se, por um lado, não foi violado diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado. Dessa forma, a privação cautelar do direito de locomoção deve-se basear em fundamento concreto que justifique sua real necessidade. **Desse modo, não obstante o tribunal de origem ter agido com acerto ao declarar a legalidade da prisão em flagrante, assim não procedeu ao manter a custódia do paciente sem apresentar qualquer motivação sobre a presença dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, mormente quando suas condições pessoais o favorecem, pois é primário e possui ocupação lícita.** *HC 155.665, rel. Min. Laurita Vaz, j. 2.9.10. 5ª T. (Info 445)*

Tráfico. Associação. Prisão preventiva.

A impetração insurge-se, preliminarmente, contra a pendência de dois processos sobre os mesmos fatos, pois a prisão em flagrante do paciente foi homologada por juiz da capital do estado-membro, enquanto as prisões temporária e a preventiva, com base em outro processo, deram-se em comarca do interior. Também, debate a necessidade da prisão preventiva do paciente, acusado de ser integrante de quadrilha de tráfico. Noticiam os autos tratar-se de organização criminosa com sofisticado esquema de distribuição de drogas, tendo sido apreendido significativo volume de entorpecentes, além de dinheiro e veículos utilizados como pagamento da substância ilícita. Isso posto, esclarece a min. rel. que não pendem mais os processos perante juízos distintos, visto que o juiz da capital enviou os autos ao juízo prevento da comarca, de onde partiu ordem para interceptação telefônica. Mediante essa interceptação, identificou-se a atuação delitiva do grupo em municípios da mesma região. Daí, observa a min. rel. que se leva em conta, no caso dos autos, a proximidade entre as comarcas, para reconhecer que não houve violação do Juízo Natural. Ressalta ainda que, diante das circunstâncias de gravidade concreta, como na hipótese dos autos, a jurisprudência tem admitido a prisão provisória para garantia da ordem pública. Por fim, assevera que os bons antecedentes, residência fixa no distrito da culpa, nas situações em comento, não são aptas para garantir a desconstituição de prisão preventiva. Diante do exposto, a Turma denegou a ordem. *HC 150.187, rel. Min. Maria Thereza da Assis Moura, j. 19.8.10. 6ª T. (Info 443)*

17.2. STF

Prisão cautelar: excesso de prazo e nova decretação

O relaxamento de prisão preventiva, por excesso de prazo, não impede sua decretação por outros fundamentos explicitados na sentença. Com base nessa orientação, a Turma, por maioria, indeferiu “habeas

corpus” em que se pleiteava o direito de recorrer em liberdade. No caso, o paciente, preso em flagrante delito por transportar e trazer consigo substâncias entorpecentes, tivera sua constrição relaxada em virtude do excesso de prazo. Após a prolação da sentença condenatória (Lei 11.343/06, arts. 33 e 35), o juiz decretara nova segregação cautelar, invocando os fundamentos do art. 312 do CPP. A impetração sustentava a falta de motivação da custódia, bem como a ausência dos seus pressupostos autorizadores. Reputou-se que o réu, por ostentar a suposta condição de líder de grupo de tráfico, se solto, representaria fundado risco à ordem pública e que, por se tratar de crime hediondo, caberia ao magistrado, motivadamente, decidir sobre eventual direito de o sentenciado recorrer em liberdade. Vencido o Min. Marco Aurélio, que deferia a ordem por entender que essa nova prisão, com aparência de cautelar, configuraria execução precoce da pena imposta. Reputava não ser possível, num mesmo processo, considerado o mesmo quadro, ter-se novamente uma prisão, uma vez reconhecido o anterior excesso de prazo, o qual seria definitivo e não se interrompera com a liberdade do acusado. *HC 103881, rel. Min. Dias Toffoli, 31.8.2010. 1ª T. (Info 598)*

HC 98.006-SP. Rel. Min. Ayres Britto

“Habeas corpus”. Prisão preventiva. Increpações de formação de quadrilha e estelionato. Decreto de prisão que faz mera referência às expressões do art. 312 do CPP. Falta de fundamentação real da ordem de prisão. Excesso de prazo. Tese não enfrentada pelas instâncias precedentes. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida. 1. **Não cabe ao STF examinar a tese do excesso de prazo na custódia cautelar do paciente. Isso porque se trata de uma matéria que não foi apreciada pelo STJ. Pior: nem sequer passou pelo crivo do TJ/SP, instância julgante que se limitou a examinar os fundamentos da prisão processual do paciente. O que impede o julgamento do tema diretamente por esta nossa Corte, pena de indevida supressão de instância.** 2. Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais implica a assunção do dever da demonstração de que o aprisionamento satisfaz pelo menos um dos requisitos do art. 312 do CPP. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não culpabilidade prevalece até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 3. No caso, tenho por desatendido o dever jurisdicional de fundamentação real das decisões. É que a ordem constitutiva está assentada, tão somente, na reprodução de algumas das expressões do art. 312 do CPP. Pelo que não se esterga no decreto de prisão o conteúdo mínimo da garantia da fundamentação real das decisões judiciais. Garantia constitucional que se lê na segunda parte do inc. LXI do art. 5º e na parte inicial do inc. IX do art. 93 da Constituição e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Noutro falar: garantia processual que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 4. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido para cassar a ordem de prisão. *(Info 573)*

Gravidade em abstrato do delito e prisão preventiva

Ante o empate na votação, a Turma deferiu “habeas corpus” para que a paciente aguarde em liberdade o encerramento da ação penal, ressalvada a possibilidade de nova decretação de prisão de natureza cautelar, se necessária. Na espécie, a paciente e o corréu foram presos em flagrante pela suposta prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I, III e IV, e no art. 211, ambos do CP. Asseverou-se **que a prisão da paciente fora decretada tendo por único fundamento a gravidade em abstrato do delito. Consignou-se que tal justificativa somada à hipotética periculosidade do agente – não demonstradas nos autos – não autorizariam por si sós a custódia cautelar**, consoante reiterado pela jurisprudência da Corte. Vencidos os mins. Ellen Gracie e Ayres Britto que indeferiam a ordem, por considerarem que a decisão do magistrado estaria devidamente fundamentada. A Min. Ellen Gracie observava que o delito hediondo teria sido praticado com extrema crueldade e que o juiz circunstanciara, inclusive, as condições em que perpetrado. O Min. Ayres Britto entendia que fora consubstanciado um juízo de alta periculosidade da ré quanto ao modo de execução de crime, e que o magistrado fizera o vínculo entre a garantia da ordem pública e a necessidade de acautelamento do meio social no caso concreto. Ressaltava, ainda, o fato de o juízo de periculosidade – que teria relação com o acautelamento do meio social, portanto, com o pressuposto da ordem pública de que trata o art. 312 do CPP – ser exatamente aquele sobre a gravidade no modo de execução do delito. *HC 95460, rel. Min. Joaquim Barbosa, 31.8.2010. 2ª T. (Info 598)*

Prisão cautelar e fuga

A Turma indeferiu “habeas corpus” no qual se alegava falta de fundamentação da decisão que determinara a segregação cautelar do paciente. Esclareceu-se que os diversos registros atinentes à gravidade do delito, ao clamor público, à insegurança do meio social e à credibilidade das instituições afastar-se-iam da jurisprudência consolidada pela Corte, em tema de fundamento apto a embasar as denominadas prisões processuais. Todavia, asseverou-se que, da leitura dos demais argumentos, apontados pelo juízo, constatar-se-ia a existência de fatos concretos que justificariam a custódia, tanto para garantir a aplicação da lei penal, como para resguardar a ordem pública. **Não obstante destacando entendimento da Turma no sentido de que a simples fuga não justificaria, per se, a determinação da prisão provisória, consignou-se que, conforme os motivos do mencionado decreto, fora demonstrada inequívoca intenção de o paciente se furtar à aplicação da lei penal, pois estaria foragido antes mesmo da expedição do decreto prisional. Enfatizou-se que a fuga ocorrera antes mesmo de decretada, e não para impugnar decisão constrictiva tida por ilegal, sendo, por isso, causa idônea a ensejar a segregação cautelar.** Asseverou-se que o decreto de prisão preventiva também se baseara na necessidade de colocar a salvo a ordem pública, patente a configuração do “periculum libertatis”. Constatou-se, ademais, a indicação de fatos concretos que justificariam o alegado risco também para a tranquilidade e a paz do meio social. Assentou-se, portanto, que o paciente fora conduzido ao cárcere por questões instrumentais devidamente justificadas, razão de ser da prisão preventiva. *HC 101206, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.8.2010. 2ª T. (Info 596)*

Prisão cautelar e fundamentação

A Turma, por maioria, desproveu recurso ordinário em “habeas corpus” para manter a prisão cautelar do paciente. Na espécie, preso em flagrante e condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito de roubo duplamente qualificado, o paciente permanecera custodiado com o advento da sentença condenatória. Reputou-se que **o juízo sentenciante teria mantido a prisão em flagrante lastreado em motivação idônea, com o objetivo de resguardar a ordem pública e a aplicação da lei penal. Considerou-se o fato de o recorrente haver permanecido preso durante todo o processo como elemento a corroborar a manutenção do decreto.** Vencido o Min. Marco Aurélio, que provia o recurso por entender que o fundamento alusivo à necessidade de garantia da aplicação da lei penal não estaria satisfeito, pois baseado na presunção de culpa do recorrente, bem como que o simples fato de haver permanecido preso durante o processo não se prestaria como justificativa para a manutenção da cautelar. Em seguida, concedeu-se “habeas corpus” de ofício, ante o empate na votação, para determinar ao juízo das execuções que verifique a possibilidade de progressão de regime, tendo em vista que a prisão em flagrante teria ocorrido em 5.2.2009, portanto, passado mais de um sexto da pena não transitada em julgado. *RHC 103744, red. p/ac. Min. Dias Toffoli, 31.8.2010. 1ª T. (Info 598)*

Prisão cautelar: fundamentação e cota ministerial

A Turma, por maioria, indeferiu “habeas corpus” em que se questionava decreto de prisão preventiva expedido contra acusado pela suposta prática dos crimes de adulteração de combustíveis e falsidade ideológica. A impetração sustentava a inobservância dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, bem como argumentava que o decreto prisional teria adotado como razão de decidir apenas o pedido ministerial. Entendeu-se, primeiramente, que, **muito embora a sucinta ordem judicial tivesse adotado como fundamentação o requerimento do Ministério Público, sem, entretanto, transcrevê-lo, a constrição cautelar teria sido baseada em fatos concretos, portanto, em conformidade com o citado dispositivo legal.** Consignou-se estar evidenciado que o paciente e seu sócio na empresa seriam contumazes na comercialização clandestina de combustíveis adulterados. Enfatizou-se, ademais, a fuga do paciente em momento anterior ao decreto prisional. Salientou-se, por fim, que as condições subjetivas favoráveis ao paciente não obstarium a segregação cautelar. Vencido o Min. Marco Aurélio, que, ao aduzir a excepcionalidade da custódia preventiva, deferia o “writ” por considerar que o decreto atacado baseara-se em meras presunções, tanto em relação à culpa do acusado quanto em relação à sua possibilidade de fuga. *HC 102864, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 3.8.2010. 1ª T. (Info 594)*

Prisão preventiva e mudança de domicílio

A simples mudança, para o exterior, de domicílio ou residência de indiciado, com a devida comunicação à autoridade competente, não justifica, por si só, a prisão preventiva. Com base nesse entendimento, a 2ª

Turma, concedeu “habeas corpus” a acusada por suposto crime de estelionato na modalidade emissão de cheque sem fundo cuja segregação cautelar tivera como exclusivo fundamento o fato de ela haver se mudado para outro país por efeito de casamento. Considerou-se não se estar diante de nenhuma das hipóteses enquadradas no art. 312 do CPP. *HC 102460, rel. Min. Ayres Britto, 23.11.2010. 2ª T. (Info 610)*

HC 94.179-PE. Rel. Min. Gilmar Mendes

Habeas Corpus. 2. Prisão Preventiva. Decreto que, a título da ordem pública, baseia-se na gravidade do fato e na possibilidade de reiteração delitiva. Inadmissibilidade. 3. **A prisão preventiva, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em elementos concretos que justifiquem a sua necessidade, não bastando aludir-se a qualquer das hipóteses do art. 312 do CPP.** 4. Constrangimento ilegal configurado. 5. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar. *(Info 595)*

HC 95.653-BA. Rel. Min. Gilmar Mendes

Habeas Corpus. 2. Homicídio qualificado. 3. Prisão Preventiva. Decreto que, a título da ordem pública e da conveniência da instrução criminal, baseia-se no clamor público causado pela gravidade do fato. Inadmissibilidade. 4. **A prisão preventiva, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em elementos concretos que justifiquem a sua necessidade, não bastando aludir-se a qualquer das hipóteses do art. 312 do CPP.** 5. Constrangimento ilegal configurado. 6. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar. *(Info 595)*

HC 98.781-PA. Rel. Min. Ellen Gracie

Direito processual penal. “Habeas corpus”. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Circunstâncias pessoais favoráveis. Insuficiência. Excesso de prazo. Processo complexo. Imputação criminosa. Fatos e provas. Extensão de benefício concedido a corrêu. Competência. Denegação da ordem. 1. Conforme decisão proferida pelo magistrado de primeira instância, verifiquo que a constrição cautelar do paciente, ao que me parece, foi suficientemente fundamentada, já que, diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a decretação da prisão preventiva se justifica para a garantia da ordem pública e para conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do CPP. 2. A decretação da prisão cautelar, na realidade, se baseou em fatos concretos observados pelo Juiz de Direito na instrução processual, notadamente a periculosidade do paciente, não só em razão da gravidade do crime perpetrado, mas também pelo “modus operandi” da empreitada criminosa. 3. **A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP (HC 83148).** 4. Há elementos, nos autos, indicativos da complexidade do processo, que “envolve 8 (oito) acusados, que teve necessidade de expedição de carta precatória, além de renovação de diligências em razão de informação de mudanças de endereço; e que existem acusados que se encontram foragidos, tendo seus processos sido suspensos”, o que justifica a demora na formação da culpa. 5. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do “habeas corpus” quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89877), não podendo o remédio constitucional do “habeas corpus” servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao STF. 6. A decisão objeto do pedido de extensão foi proferida pelo TJ/PA. Nesse diapasão, a jurisprudência desta Corte Suprema já assentou que “competente para apreciar a extensão é o órgão jurisdicional que concedeu o benefício a outro corrêu” (HC 82582). 7. “Habeas corpus” denegado. *(Info 573)*

HC 99.210-MG. Rel. Min. Eros Grau

“Habeas corpus”. Processual penal. Prisão preventiva. Garantia da ordem econômica. Desnecessidade. Exigência de base concreta. Magnitude da lesão e referência hipotética à possibilidade de reiteração de infrações penais. Fundamentos inidôneos para a custódia cautelar. 1. **Prisão preventiva para garantia da ordem econômica. Ausência de base fática, visto que o paciente teve seus bens sequestrados, não possuindo disponibilidade imediata de seu patrimônio.** 2. A magnitude da lesão não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 3. **Referências meramente hipotéticas à possibilidade de reiteração de infrações**

penais, sem dados concretos a ampará-las, não servem de supedâneo à prisão preventiva. Precedentes. Ordem deferida, a fim de cassar o decreto de prisão cautelar. (*Info 588*)

HC 100.375-RJ. Red. p/ ac. : Min. Dias Toffoli

“Habeas corpus”. Processual penal. Prisão preventiva mantida na sentença condenatória. Fundamentação idônea. Cautelaridade demonstrada. 1. A análise da sentença condenatória autoriza o reconhecimento de que **existe fundamento suficiente para justificar a privação processual da liberdade dos pacientes, porque revestida da necessária cautelaridade**, não sendo suficientes os argumentos da impetração para justificar a revogação daquela prisão. 2. “Habeas corpus” denegado. (*Info 579*)

HC 100.395-SP. Rel. Min. Gilmar Mendes

“Habeas corpus”. 2. Prisão preventiva. Insubistência dos requisitos autorizadores da segregação cautelar. **A prisão preventiva, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em elementos concretos que justifiquem a sua necessidade, não bastando apenas aludir-se a qualquer das previsões do art. 312 do CPP.** 4. Constrangimento ilegal caracterizado. 5. Superação da Súmula 691/STF. 6. Ordem concedida. (*Info 595*)

HC 101.300-SP. Rel. Min. Ayres Britto

“Habeas corpus”. Roubo. Formação de quadrilha. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Prisão preventiva embasada na contextura factual dos autos. Risco concreto de reiteração na prática delitosa. Acautelamento do meio social. Paciente que permaneceu foragido por mais de dois anos. Alegação de falta de provas idôneas para a condenação. Ordem denegada. 1. **O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social.** 2. É certo que, **para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o “quantum” da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública).** 3. Na concreta situação dos autos, o fundamento da garantia da ordem pública, tal como lançado, basta para validamente sustentar a prisão processual do paciente. Não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se o caso em análise evidencia a necessidade de acautelamento do meio social quanto àquele risco da reiteração delitiva. Situação que atende à finalidade do art. 312 do CPP. 4. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Até porque, sempre que a maneira da perpetração do delito revelar de pronto a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto prisional a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o “modus operandi” do suposto crime e a garantia da ordem pública. 5. No caso, a prisão preventiva também se justifica na garantia de eventual aplicação da lei penal. Isso porque o paciente permaneceu foragido por mais de dois anos. 6. A via processualmente contida do “habeas corpus” não é o “locus” para a discussão do acerto ou desacerto na análise do conjunto factual probatório que embasa a sentença penal condenatória. 7. Ordem denegada. (*Info 609*)

HC 103.378-DF. Rel. Min. Cármen Lúcia

“Habeas corpus”. Processo penal e constitucional. Imputação dos crimes de roubo circunstanciado e corrupção de menores. 1. Periculosidade evidenciada pelo “modus operandi”. Fundamento suficiente e idôneo para a prisão do ora paciente. 2. Pedido de fixação de regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta. Perda de objeto. 1. **Garantia da ordem pública evidenciada pela periculosidade e pelo “modus operandi”. Fundamento suficiente e idôneo para a manutenção da prisão do ora paciente.** 2. Pedido de fixação de regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Perda superveniente de objeto. Pleito atendido no julgamento do recurso de apelação da defesa. 3. Ordem denegada. (*Info 610*)

HC 104.087-RO. Rel. Min. Ricardo Lewandowski

“Habeas corpus”. Penal. Processual penal. Homicídio qualificado e tentativa de homicídio qualificado. Fundamentos da prisão preventiva. Legitimidade. Prisão por garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Possibilidade. Condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar. Ordem denegada. I. Prisão cautelar que se mostra suficientemente motivada para a garantia da instrução criminal e preservação da ordem pública, ante a periculosidade do paciente, verificada pela gravidade em concreto dos crimes, e pelo “modus operandi” com que foram praticados os delitos. II. **As condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção,** como se verifica no caso presente. III. Denegada a ordem. (*Info 606*)

18. QUESTÕES DE CONCURSOS PÚBLICOS

- 01. (DPE/ES/2009) Quando há elementos suficientes a fundamentar a constrição da liberdade, tal como a gravidade em concreto da conduta delituosa, a prisão preventiva pode ser decretada mesmo que o réu seja primário, possua bons antecedentes e exerça profissão lícita.**
- 02. (MPF 24º concurso) A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime:**
 - (A) pode ser motivo para imposição de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso;
 - (B) justifica o incremento da pena base à luz das circunstâncias do art. 59 do Código Penal;
 - (C) é suficiente para fundamentar, em qualquer hipótese, a prisão cautelar;
 - (D) não é suficiente para caracterizar risco à ordem pública como pressuposto da prisão preventiva.
- 03. (DPE/ES/2009) A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.**
- 04. (DPE/ES/2009) Na hipótese de posse de drogas para consumo pessoal, não se impõe prisão em flagrante. Nessa situação, o autor do fato deve ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta desse, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e das perícias necessários.**
- 05. (DPE/ES/2009) Setores da doutrina entendem que, nas infrações permanentes, é incabível a prisão em flagrante, pois seria necessário, para tanto, prova de uma duração mínima do crime.**
- 06. (TJ/SC/Juiz/2009) (adaptada) Assinale a alternativa correta:**

- I. A prisão preventiva é medida de exceção que visa garantir o regular andamento do processo e somente pode ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.
 - II. Dentre as prisões cautelares, a prisão temporária pode ser deferida caso haja imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, quando houver elementos obtidos por prova lícita de que seja autor ou participe dos crimes previstos no art. 1º, inciso III, da Lei 7.960/89, por cinco dias, prorrogável uma vez, por igual período.
 - III. Quando se tratar de apuração de crime hediondo ou a ele equiparado, a prisão temporária pode ser decretada por no máximo 15 dias, prorrogável por mais 15 dias.
 - IV. O clamor popular está expresso na legislação vigente como um dos motivos autorizadores da prisão preventiva como garantia da ordem pública.
 - (A) Somente as proposições III e IV estão corretas
 - (B) Somente as proposições I e III estão corretas.
 - (C) Somente a proposição II está correta.
 - (D) Somente as proposições I, II e IV estão corretas.
 - (E) Somente as proposições II e III estão corretas.
- 07. (TJ/MG/Juiz/2009) Marque a opção CORRETA.**
 Não poderá ser autuado em flagrante, em qualquer hipótese:
- (A) Os magistrados.
 - (B) Os familiares de agentes diplomáticos.
 - (C) Os membros do congresso nacional.
 - (D) Os delegados de polícia no específico exercício da função.
- 08. (TJ/RS/Juiz/2009) (desmembrada) Para efeito de lavratura do auto de prisão em flagrante por um delito de tráfico de entorpecentes, a Lei Antidrogas exige um laudo de constatação da natureza e quantidade da droga. Para ter validade, o laudo deverá ser firmado por perito oficial ou por duas pessoas idôneas.**
- 09. (TJ/RS/Juiz/2009) (desmembrada) Na prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a prisão preventiva é medida reservada unicamente à fase posterior ao recebimento da denúncia.**
- 10. (TJ/RS/Juiz/2009) Nos casos dos delitos previstos no Código de Trânsito Brasileiro, ao condutor do veículo não se imporá prisão em flagrante se prestar pronto e integral socorro à vítima.**
- 11. (TJ/RS/Juiz/2009) A circunstância de o magistrado ter deixado de homologar o auto de prisão em flagrante, por ausência dos requisitos legais, veda a decretação da prisão preventiva.**
- 12. (DPE/MA/2009) A Constituição Federal estipula várias disposições pertinentes ao processo penal, com eficácia imediata. A natureza jurídica da necessidade do decreto de uma prisão cautelar, sob este viés, é o de:**
- (A) pena antecipada, sendo considerada, em caso de condenação, no seu tempo de cumprimento.
 - (B) medida excepcional.

- (C) instrumentalidade do processo penal justo.
- (D) medida necessária, ainda que não esteja previsto o requisito do *periculum in mora*.
- (E) medida necessária, ainda que não esteja previsto o requisito do *fumus boni juris*.
- 13. (MP/CE/2009) Em matéria de prisão processual, o Código de Processo Penal e leis extravagantes dispõem que:**
- (A) a prisão em flagrante pode ser relaxada pela autoridade policial em casos de infrações punidas com detenção ou prisão simples.
- (B) a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por clamor social, 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.
- (C) o prazo da prisão temporária, em qualquer caso, é de trinta dias, prorrogável por igual período, na hipótese de extrema e comprovada necessidade.
- (D) a prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público.
- (E) a prisão preventiva é obrigatória nos crimes hediondos e nos praticados por organização criminosa.
- 14. (MP/PR/2008) Assinale a alternativa INCORRETA:**
- Quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada:
- (A) Como garantia da ordem pública.
- (B) Por conveniência da instrução criminal.
- (C) Para assegurar a aplicação da lei penal.
- (D) Como garantia da ordem econômica.
- (E) Como garantia da ordem tributária.
- 15. (MP/PR/2008) (desmembrada) Considera-se em flagrante delito quem é encontrado, logo, depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.**
- 16. (TJ/PR/Juiz/2010) Sabemos que o instituto da prisão e da liberdade provisória tem sido objeto de muito debate e aprofundamento do tema no mundo jurídico. Diante dessa matéria, analise as questões e marque a alternativa CORRETA.**
- I. João Tergino roubou uma agência do Banco do Brasil no centro de Curitiba. Perseguido, passou para o município de Araucária, e, nesta cidade, fora preso em flagrante delito. Sendo apresentado imediatamente à autoridade local, não poderá ser autuado em flagrante em Araucária, pois o crime ocorreu em Curitiba, para onde deve ser encaminhado nos termos do Código de Processo Penal e pela teoria do resultado.
- II. Considera-se em flagrante presumido quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração.
- III. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão temporária decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.
- IV. A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza.

- (A) Apenas a assertiva IV está correta.
- (B) Apenas as assertivas II e III estão corretas.
- (C) Apenas as assertivas I e II estão corretas.
- (D) Apenas as assertivas III e IV estão corretas.
17. **(TRF 5ª Região/Juiz/2007) Existe doutrina que aponta vício de iniciativa insanável na Lei da Prisão Temporária, tendo em vista que foi criada pela Medida Provisória nº 111/1989, posteriormente convertida na supracitada lei. Sendo de competência privativa da União a legislação acerca de direito penal e processual penal, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, a matéria não poderia ter sido disciplinada por medida provisória.**
18. **(TJ/AC/2007) (desmembrada) Não é permitida a prisão preventiva de eleitor, desde cinco dias antes até 48 horas após as eleições, exceto se o mandado seja decorrente de prisão decretada anteriormente a tal prazo, ou em caso de flagrante delito ou, ainda, em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável.**
19. **(TJ/PI/Juiz/2007) (desmembrada) Em caso de decreto de prisão preventiva fundado em conveniência da instrução criminal, encerrando-se esta, não há que se concluir pela desnecessidade daquela, não havendo, pois, constrangimento ilegal.**
20. **(TJ/MS/Juiz/2010) A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face**
- (A) apenas de requerimento do Ministério Público, e terá prazo de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.
- (B) de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá, em qualquer caso, prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.
- (C) de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público e terá, em caso de crimes hediondos e equiparados, prazo de trinta dias, não se admitindo prorrogação.
- (D) de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá, na hipótese de crimes hediondos e equiparados, prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.
- (E) apenas de representação da autoridade policial, e terá prazo de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.
21. **(PGM/Boa Vista/Procurador/2010) A prisão preventiva somente poderá ser decretada, mediante ordem judicial devidamente fundamentada, no curso de ação penal regularmente instaurada perante o juízo competente.**
22. **(MPE/ES/Promotor/2010) (desmembrada) Assinale a opção correta com relação aos institutos da prisão e da liberdade provisória.**
- (A) Considere que uma mulher de 35 anos de idade tenha sido vítima de estupro mediante grave ameaça e que, logo após a consumação do delito, o seu autor tenha sido perseguido e preso por populares que testemunharam o crime. Nessa situação, apresentados o fato e o agente à autoridade policial competente, o auto de prisão em flagrante somente poderá ser lavrado à vista de manifestação de vontade positiva da ofendida.
- (B) Estando o réu solto e sendo pronunciado pela prática de crime doloso contra a vida, não poderá recorrer da sentença de pronúncia senão depois de preso, salvo se prestar fiança, nos casos em que a lei a admitir.

- (C) Considere que a polícia tenha encontrado um grande depósito de entorpecente, o que resultou na apreensão de cerca de 200 kg de maconha, acondicionada em pacotes para a difusão ilícita, e que o dono do galpão, que não se encontrava no local, tenha sido abordado, logo em seguida à apreensão, em um shopping situado na vizinhança. Nessa situação, não é cabível a prisão em flagrante do responsável pelo depósito, pois a tipificação da conduta de ter em depósito substância entorpecente exige a presença do agente no local da apreensão.
- (D) Considere que determinada pessoa, penalmente imputável, tenha sido presa em flagrante pela prática de infanticídio, com pena de detenção de dois a seis anos. Nesse caso, concluído o auto de prisão, não caberá à autoridade policial a concessão de fiança.
- (E) A liberdade provisória sem fiança e o direito de livrar-se solto se equivalem processualmente, pois ambos impõem a imediata soltura do indiciado, mesmo que em decorrência de prisão em flagrante, e vinculam o sujeito a obrigações jurídicas impostas no momento da concessão do benefício.
- 23. (MPE/SE/Promotor/2010) A respeito de prisão processual, liberdade provisória e prisão temporária, assinale a opção correta.**
- (A) Segundo o CPP, a prisão especial consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, ele deve ser recolhido em cela distinta em estabelecimento prisional comum.
- (B) Não havendo autoridade policial no lugar em que se tiver efetuado a prisão em flagrante, o preso deve ser imediatamente apresentado ao promotor ou ao juiz competente, vedada sua apresentação a autoridade policial de localidade próxima, por falta de atribuição.
- (C) Nas hipóteses em que se livre solto, o réu deverá ser posto em liberdade, não havendo necessidade de lavratura do auto de prisão em flagrante, mas somente do boletim de ocorrência policial.
- (D) Quando verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato em legítima defesa, o juiz deve conceder ao réu liberdade provisória imediata e desvinculada, independentemente de oitiva do MP.
- (E) Com a reforma parcial do CPP, ocorrida em 2008, foi expressamente revogado o dispositivo que possibilitava ao juiz a decretação de prisão preventiva de ofício, em homenagem à adoção irrestrita do sistema acusatório.
- 24. (Procurador Federal/2010) (desmembrada) O juiz não pode, caso o réu tenha respondido ao processo solto, impor prisão preventiva quando da prolação da sentença penal condenatória.**
- 25. (DPE/SP/2010) Assinale a alternativa correta:**
Decretação da prisão preventiva.
- (A) A gravidade em abstrato do delito capitulado na denúncia, quando significativa, é fundamento que pode ser suficiente para fundamentar a prisão preventiva.
- (B) No acórdão confirmatório da condenação, é desnecessária a fundamentação acerca dos requisitos de cautelaridade da prisão preventiva porque os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo por força de lei.
- (C) A primariedade e os bons antecedentes do acusado são elementos que impedem a decretação da prisão preventiva porque demonstram a baixa periculosidade do réu e afastam o risco à ordem pública.

- (D) A credibilidade da justiça afetada pela demora na solução das causas penais não pode ser elemento de fundamentação para a prisão preventiva decretada para a garantia da ordem pública.
- (E) No procedimento do júri, tendo o acusado respondido preso ao sumário da culpa, a manutenção de sua prisão provisória, quando o magistrado decide levar o réu a julgamento popular, é medida que não exige nova fundamentação.

26. (Delegado/AP/2010) Relativamente ao tema prisão temporária, analise as afirmativas a seguir:

- I. 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. A prorrogação dispensará nova decisão judicial, devendo entretanto a autoridade policial colocar o preso imediatamente em liberdade findo o prazo da prorrogação.
- II. Ao decretar a prisão temporária, o Juiz poderá, de ofício, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar esclarecimentos da autoridade policial e submeter o preso a exame de corpo de delito.
- III. Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Assinale:

- (A) se somente a afirmativa I estiver correta.
- (B) se somente a afirmativa II estiver correta.
- (C) se somente a afirmativa III estiver correta.
- (D) se somente as afirmativas II e III estiverem corretas.
- (E) se todas as afirmativas estiverem corretas.

27. (Delegado/MG/2008) É possível a não lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, na hipótese de crime de Omissão de Cautela, previsto no artigo 13 da lei 10.826/03, conhecida como “Estatuto do Desarmamento”.

28. (Delegado/MG/2008) Analise os itens abaixo:

- 1. A prisão em flagrante de qualquer pessoa deverá ser comunicada imediatamente à Defensoria Pública, com remessa do Auto de Prisão em Flagrante, acompanhado de todas as oitavas colhidas.
- 2. Não pode ser sujeito passivo do flagrante o diplomata.
- 3. Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o Auto de Prisão em Flagrante será assinado por duas testemunhas, que lhe tenham ouvido a leitura na presença do acusado, do condutor e das testemunhas.
- 4. Não pode ser preso em flagrante delito o membro da Mesa Receptora, durante o exercício de suas funções, segundo o Código Eleitoral.

Agora, marque a opção CORRETA:

- (A) Apenas um item acima é verdadeiro.
- (B) Somente dois itens acima são verdadeiros.
- (C) Todos os itens acima são falsos.
- (D) Apenas um item acima é falso.

29. **(Delegado/SC/2008) (desmembrada) O Presidente da República, durante o seu mandato, nas infrações penais comuns, não está sujeito a nenhuma modalidade de prisão provisória.**
30. **(Delegado/SC/2008) Correlacione a segunda coluna de acordo com a primeira, considerando as modalidades de flagrante com os seus respectivos conceitos.**
- (1) Flagrante próprio
 - (2) Flagrante impróprio
 - (3) Flagrante ficto ou assimilado
 - (4) Flagrante esperado
 - (5) Flagrante preparado
- () Ocorre quando o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.
- () Ocorre quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se de investigação anterior, para efetivar a prisão, sem utilização de agente provocador.
- () Ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o delito, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração.
- () Ocorre quando alguém provoca o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consuma.
- () Ocorre quando o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la.
- A seqüência correta, de cima para baixo, é:
- (A) 4 - 3 - 2 - 1 - 5
 - (B) 2 - 4 - 1 - 5 - 3
 - (C) 5 - 1 - 3 - 2 - 4
 - (D) 3 - 4 - 2 - 5 - 1
31. **(TJ/TO/Juiz/2007) Os crimes para os quais está prevista prisão temporária não incluem**
- (A) os crimes contra o sistema financeiro.
 - (B) o homicídio culposo.
 - (C) o envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte.
 - (D) o crime de quadrilha.
32. **(PGE/ES/2008) Determinada organização criminosa voltada para a prática do tráfico de armas de fogo esperava um grande carregamento de armas para dia e local previamente determinados. Durante a investigação policial dessa organização criminosa, a autoridade policial recebeu informações seguras de que parte do bando estava reunida em um bar e receberia o dinheiro com o qual pagaria o carregamento das armas, repassando, ainda no local, grande quantidade de droga em troca do dinheiro. Mantido o local sob observação, decidiu a autoridade policial retardar a prisão dos integrantes que estavam no bar de posse da droga, para que os policiais pudessem segui-los, identificar o fornecedor das armas e, enfim, prendê-los em flagrante. Nessa situação, não obstante as regras previstas no Código de Processo Penal, são válidas as diligências policiais e as eventuais prisões, em face da denominada ação controlada, prevista na lei do crime organizado.**

33. (MPF 23º concurso) Responda no máximo em 30 linhas, à seguinte questão: Quais são os pressupostos e requisitos indispensáveis à decretação válida da prisão preventiva do acusado e por que se diz que essa custódia cautelar submete-se à cláusula de imprevisão?
34. (MPE/RO/Promotor/2006) A prisão preventiva apresenta o caráter *rebus sic stantibus*. No que este caráter consiste?
35. (TJ/SP/Juiz/2008/Prova oral) A Autoridade Policial pode prender o Promotor de Justiça em flagrante?⁵⁰
36. (TJ/SP/Juiz/Prova oral) O fato do Réu, durante o julgamento do Júri, ter sido algemado, constitui nulidade?⁵¹

GABARITO		
Questão	Alternativa	Anotação
01	C	É firme nos Tribunais Superiores que as condições subjetivas favoráveis em favor do acusado, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não obstam a decretação da prisão preventiva, se a gravidade em concreto demonstrada por outros elementos constantes nos autos recomendarem a constrição da liberdade. Vide: • STJ HC 100018.
02	D	Admitir a gravidade abstrata do crime como circunstância apta a configurar ameaça à ordem pública e justificar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução penal é aceitar que se “puna sem processo” (RTJ 137/287). “A garantia da ordem pública, caracterizada pelo perigo que o agente representa para a sociedade, é fundamento apto à manutenção da segregação cautelar, desde que calcada em circunstâncias objetivas e não na mera gravidade abstrata do delito” (STF HC 93862). Vide: • Item “7.3. As hipóteses de decretação”, letra a.
03	E	“Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Revogação da súmula 619/STF” (STF HC 96772). Vide: • Súmula vinculante n.º 25. • Item “13. Prisão civil”.

50. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/concursos.asp>. 29 de dezembro de 2009.

51. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/concursos.asp>. 29 de dezembro de 2009.

04	C	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 48, §2º da Lei n.º 11.343/2006. • Item “4.5. Infração de menor potencial ofensivo”.
05	E	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 303 do CPP. • Item “4.1. Crime permanente”.
06	C	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 282, §6º, 312 do CPP e itens “7.1. Conceito”, “7.2.1. Gerais” e “7.3. As hipóteses de decretação”. • Art. 1º, I e III c/c art. 2º da Lei nº 7.960/89 e itens “8.3.1. Imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial (inciso I), “8.3.3. Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes relacionados (inciso III) e “8.4.1. Regra geral (art. 2º da Lei n.º 7.960/1989)”. • Art. 2º, §4º da Lei nº 8.072/90 e item “8.4.2. Crimes hediondos e assemelhados, quais sejam, tráfico, terrorismo e tortura (parágrafo 4º, art. 2º, Lei n.º 8.072/1990)”. • Item “7.3. As hipóteses de decretação”, letra a. “O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu” (STF HC 93352).
07	B	<p>A Convenção de Viena, promulgada no ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 56.435/65, assegura inviolabilidade pessoal aos agentes diplomáticos e a seus entes familiares. Isso significa que eles só respondem penalmente perante o Estado acreditante e não podem ser imposta qualquer tipo de prisão.</p>
08	E	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 50 da Lei n.º 11.343/06.
09	E	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 20 da Lei n.º 11.340/06.
10	C	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 301 do CTB (Lei n.º 9.503/97). • Item “5.2. Sujeito passivo”, letra h.
11	E	<p>“A jurisprudência é pacífica na admissão de relaxamento da prisão em flagrante e, simultaneamente, do decreto de prisão preventiva” (STF HC 94661). Eventuais irregularidades apuradas no auto de prisão em flagrante são superadas com o decreto da prisão preventiva se presentes os elementos que justifiquem a medida.</p>

PRISÕES

12	B	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 5º, LIV e LVII da CF. • Item “1. Conceito”.
13	D	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 2º da Lei n.º 7.960/89. • Item “8.2. Decretação”.
14	E	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 312 do CPP. • Item “7.3. As hipóteses de decretação”.
15	C	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 302, IV do CPP. • Item “3.2.3. Flagrante presumido (ficto ou assimilado)”.
16	A	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 290 do CPP e item “5.3. Autoridade competente”. • Art. 302, IV do CPP e item “3.2.3. Flagrante presumido (ficto ou assimilado)”. • Art. 2º da Lei n.º 7.960/89 e itens “8.1. Conceito” e “8.2. Decretação”. • Art. 317 do CPP e item “7.8. Apresentação espontânea”.
17	C	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Item “8.1. Conceito”.
18	E	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 236 do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/65). • Item “7.5. Decretação e sistema recursal”.
19	E	<p>“Decretada a preventiva do réu por conveniência da instrução criminal (...) e, tendo sido encerrada a instrução processual, a prisão cautelar deve ser revogada” (STJ HC 53.856).</p> <p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 316, CPP c/c o § 5º, do art. 282 do CPP.
20	D	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 2º da Lei n.º 7.960/89 e Art. 2º, § 4º da Lei 8.072/90. • Itens “8.2. Decretação” e “8.4.2. Crimes hediondos e assemelhados, quais sejam, tráfico, terrorismo, e tortura (parágrafo 4º, art. 2º, Lei n.º 8.072/1990)”.
21	E	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 311 do CPP. • Item “7.1. Conceito”.
22	C	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Item “4.3. Crime de ação penal privada e pública condicionada”.
23	A	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 295, §§ 1º e 2º do CPP. • Item “2.5. Prisão especial”.
24	E	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 387, parágrafo único do CPP. • Item “10. Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível”.

25	D	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 312 do CPP. • Item “7.3. As hipóteses de decretação”, letra a.
26	D	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 2º da Lei n.º 7.960/89 e item “8.4.1. Regra geral”. • Art. 2º, § 3º da Lei n.º 7.960/89 e item “8.5. Procedimento”, letra e. • Art. 3º da Lei n.º 7.960/89 e item “8.5. Procedimento”.
27	C	<p>O crime de omissão de cautela (art. 13 da Lei n.º 10.826/03) é infração de menor potencial ofensivo e, portanto, sujeito ao art. 69, parágrafo único da Lei n.º 9.099/95 que impede a lavratura do flagrante, desde que o agente assuma o compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal quando devidamente notificado, ou seja, imediatamente encaminhado ao mesmo.</p> <p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Item 4.5. Infração de menor potencial ofensivo.
28	C	<p>Vide</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 306, §1º do CPP e item “6.2. Remessa à autoridade”. • Item “5.2 Sujeito passivo”, letra b. • Art. 304, §3º do CPP e item “6. Procedimentos e formalidades”. • Art. 236, §1º do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/65).
29	C	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 86, §3º da CF. • Item “5.2. Sujeito passivo”, letra a.
30	D	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 302, IV do CPP e item “3.2.3. Flagrante presumido (ficto ou assimilado)”. • Item “3.2.6. Flagrante esperado”. • Art. 302, III do CPP e item “3.2.2. Flagrante impróprio (irreal ou quase flagrante)”. • Súmula 145 do STF e item “3.2.7. Flagrante preparado ou provocado”. • Art. 302, I do CPP e item “3.2.1. Flagrante próprio (propriamente dito, real ou verdadeiro)”.
31	B	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 1º, III da Lei n.º 7.960/89. • Item “8.3.3. Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes relacionados (inciso III)”.
32	C	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 2º, II da Lei n.º 9.034/95. • Item “3.2.8. Flagrante prorrogado (retardado, postergado, diferido ou ação controlada)”.

33	<p>A decretação da prisão preventiva exige a presença dos pressupostos gerais (art. 282) e específicos (<i>fumus commissi delicti</i>), bem como de ao menos um dos requisitos elencados no art. 312 do CPP: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal (<i>periculum in mora</i>). Se não estiver presente pelo menos um destes requisitos, a prisão preventiva não pode ser imposta.</p> <p>Do mesmo modo que as demais custódias provisórias, a prisão preventiva tem a sua duração condicionada aos motivos que a determinaram, em razão do seu caráter excepcional. Isso significa que a prisão preventiva está subordinada à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada com desaparecimento das causas de sua decretação ou restaurada quando surgirem razões que a justifiquem.</p>
33	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 312 e 316 do CPP. • Item “7.2. Pressupostos”, “7.3. As hipóteses de decretação” e “7.7. Revogação”.
34	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 316 e Item “7.7. Revogação”.
35	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 40, III da LONMP (Lei n.º 8.625/93). • Item “5.2. Sujeito passivo”, letra e.
36	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Súmula vinculante n.º 11. • Item “2.6. Emprego de força e uso de algemas”.

CAPÍTULO X

LIBERDADE PROVISÓRIA E OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Sumário • 1. Conceito – 2. Espécies: 2.1. Liberdade provisória obrigatória; 2.2. Liberdade provisória permitida; 2.3. Liberdade provisória vedada – 3. Liberdade provisória sem fiança: 3.1. Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação; 3.2. Liberdade provisória sem fiança e com vinculação: 3.2.1. Restrições; 3.2.2. Fundamentação; 3.2.3. Outras hipóteses de cabimento; 3.2.4. Sistema recursal – 4. Liberdade provisória mediante fiança: 4.1. Fiança X liberdade provisória mediante fiança; 4.2. Objetivos da fiança; 4.3. Valor da fiança: 4.3.1. Demais critérios para o arbitramento – 4.4. Modalidades de fiança; 4.5. Obrigações do afiado; 4.6. Vedações legais: 4.6.1. Vedações do art. 323, CPP; 4.6.2. Vedações do art. 324, CPP; 4.6.3. Demais vedações – 4.7. Quebra da fiança; 4.8. Perda da fiança; 4.9. Cassação da fiança; 4.10. Reforço da fiança; 4.11. Dispensa da fiança; 4.12. Procedimento; 4.13. Execução; 5. Outras medidas cautelares diversas da prisão; 5.1. Considerações gerais; 5.2. Momento e legitimidade; 5.3. Requisitos; 5.4. Cautelares em espécie – 6. Quadro sinótico – 7. Súmulas aplicáveis: 7.1. STJ – 8. Informativos recentes: 8.1. STJ; 8.2. STF – 9. Questões de concursos públicos.

1. CONCEITO

Para que o processo penal atinja os seus escopos, o Código de Processo Penal prevê uma série de medidas cautelares. Podemos dizer que medida cautelar é gênero, da qual são espécies:

- (1) as prisões cautelares (medida cautelar prisional), que visam a proteção da efetividade do processo toda vez que ocorra situação da qual se depreenda, por exemplo, o *fumus comissi delicti* consistente na existência do crime e nos indícios de autoria do crime, bem como hipótese que caracterize *periculum libertatis*, tal como se dá com a necessidade de se garantir a aplicação da lei penal em virtude da fuga do agente (sobre o assunto, remetemos o leitor ao Capítulo IX);
- (2) a liberdade provisória, com ou sem vinculação (medida cautelar não prisional) que, por seu turno, pode consistir não só em prestação de fiança, mas em assunção de outras obrigações, como comparecimento aos atos da persecução penal;
- (3) outras medidas cautelares diversas da prisão, conforme disposto no art. 319 CPP, tais como o uso de monitoramento eletrônico, a proibição de frequentar determinados lugares e aproximar-se de determinadas pessoas, dentre outras.

Todas englobam as medidas cautelares *lato sensu*, cujo regramento deve ser lido em compasso com os pressupostos gerais aplicáveis a todas as medidas cautelares, a teor do art. 282 do CPP.

Como vimos, o cardápio de prisões cautelares (medidas cautelares prisionais) era por demais extenso. Tínhamos ao menos cinco prisões cautelares na legislação processual, a saber: a prisão em flagrante, a preventiva, a temporária, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Estas duas últimas, como antecipado no Capítulo IX, na sua estrutura originária, foram retiradas do ordenamento pelas Leis n.º 11.689/08 e 11.719/08, sendo substituídas pela prisão preventiva. Acreditamos, como já visto no Capítulo sobre prisões, que afora o flagrante, só existe razão para a disciplina de mais uma prisão cautelar, que é a preventiva.

Contudo, partindo da atual realidade, passamos a enfrentar as formas de combate às prisões cautelares. Se o *status* de inocência só pode ser ilidido com o advento da sentença condenatória transitada em julgado, a regra é a manutenção da liberdade, e a prisão cautelar só pode existir ou se perpetuar enquanto for **necessária**. Caso contrário, deve-se assegurar ao indiciado ou ao réu a liberdade e, se preciso for, aplicar outra medida cautelar não cerceadora de liberdade (art. 319, CPP). Assim, o intuito inicial é estudar as formas de combate às prisões cautelares, sendo a liberdade provisória uma destas ferramentas, ao lado de outras medidas cautelares diversas da prisão que podem ser cumuladas com aquela.

A liberdade provisória é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade ou a sua manutenção, ilidindo o estabelecimento de algumas prisões cautelares. A Constituição Federal assegura que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI). É um direito, e não um favor.

Precisamos aqui especificar as formas de combate das variadas prisões cautelares, para saber quando utilizar de forma adequada o pedido de liberdade provisória. Vejamos:

Percebemos que o instituto da liberdade provisória se presta a combater a prisão em flagrante legal, já que a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, amparadas nos maus antecedentes e/ou na reincidência, encontram-se revogadas, pois nestas etapas, o lastro do encarceramento cautelar é o da prisão preventiva. Por sua vez, se o flagrante for ilegal, caberá **relaxamento**. Quanto à temporária, sendo a única prisão cautelar que tem prazo preestabelecido em lei, encerrado este, ela estará automaticamente **revogada**. Já quanto à preventiva, verificando o juiz que os requisitos que a fundamentavam desapareceram, ela deve ser **revogada** (art. 316, CPP). Esta

diferenciação de institutos tem a sua razão de existir, pois quanto à revogação da preventiva ou da temporária, essas, em essência, eram legais, contudo devem ser revogadas porque passaram a não mais estar respaldadas pelos elementos autorizadores. Na temporária, pelo encerramento do prazo. Na preventiva, porque não mais subsistem as hipóteses de decretação (art. 312, CPP). Já quanto ao relaxamento, ele tem cabimento para combater qualquer prisão ilegal, assegurando a Constituição no art. 5º, LXV, que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Desta forma, para que o juiz conceda a revogação ou o relaxamento das cautelares, ele não imporá nenhuma condição ao beneficiado. Libera-se o preso e pronto.

Na liberdade provisória, esta funciona como moeda de troca, combatendo prisão legal, em que, por autorização normativa, o preso poderá permanecer em liberdade, desde que atenda aos requisitos, e se comprometa a atender as condições que como regra lhe serão impostas. Haverá um ônus para que ele se livre do cárcere cautelar, variável a depender de qual liberdade provisória seja pretendida, se com ou sem fiança, com a possibilidade de cumulação de uma ou mais medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

2. ESPÉCIES

Fazer uma classificação objetiva da liberdade provisória é partir de um duplo enfoque. O primeiro, em razão da admissibilidade legal. Assim teremos:

2.1. Liberdade provisória obrigatória

Suplantada pela Lei n.º 12.403/2011, a liberdade provisória obrigatória constituía-se em direito incondicional do infrator nos crimes em que a lei previa que ele “se livrasse solto”.

O agente ficava em liberdade mesmo tendo sido surpreendido em flagrante, ou seja, **se livrava solto**, não se submetendo a nenhuma obrigação para fazer *jus* a este direito, nem prestando fiança, quando a infração não estipulasse pena privativa de liberdade ou quando cominada, esta não excedesse a três meses, nos termos do art. 321, incisos I e II, do CPP, em sua redação anterior.

Com a vigência do novo texto (Lei n.º 12.403/2011), o artigo 321 do CPP passou a dispor que estando 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 do Código, sempre com observância do critério da proporcionalidade (necessidade e adequação) constantes do seu art. 282.

Desse modo, podemos concluir que a liberdade provisória: (1) será concedida pela autoridade policial mediante fiança, nas infrações que a comporte e que sejam de sua alçada (não se falando mais em liberdade provisória obrigatória); (2) pela autoridade judicial, com ou sem fiança, podendo aplicar em cumulação uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no art. 319 do CPP, bem como entender que não é o caso de impor condição alguma para a concessão da liberdade provisória (vale dizer, a liberdade provisória sem qualquer vinculação, sequer a de comparecer aos atos do processo, continua possível, porém seu deferimento passa a ser de competência exclusiva do juiz).

Com essas considerações, necessário frisar que não há mais no CPP parâmetro para definir quais as infrações que possibilitariam ao agente “livrar-se solto”, pelo que a liberdade provisória obrigatória, imposta à autoridade policial em prol do autuado em flagrante, deixou de existir. Por outro lado, ainda encontramos precedentes na legislação especial, como ocorre na Lei de Tóxicos, que obsta o cárcere cautelar no porte para uso de substância entorpecente, mesmo que o capturado não assuma o compromisso de comparecimento aos juizados especiais, caracterizando verdadeira situação em que se livrará solto (art. 28, Lei n.º 11.343/06).

No entanto, o legislador não cuidou de suprimir a expressão “livrar-se solto” de outros dispositivos do Código de Processo Penal. Pensamos, no entanto, que os artigos que trazem em seu texto essa expressão estão desprovidos de eficácia. Com efeito, embora permaneçam no Código, estão sem aplicabilidade prática os seguintes dispositivos, na medida em que se referam àquela expressão:

- (1) o § 1º, do art. 304: “Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, **exceto no caso de livrar-se solto** ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja”;
- (2) o art. 309: “**se o réu se livrar solto**, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante”;
- (3) o art. 392, II, que dispõe que a intimação da sentença será feita “ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, **quando se livrar solto**, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança”;
- (4) o art. 675, *caput*: “no caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão, por tratar-se de infração penal em que **o réu se livra solto** ou por estar afiançado, o juiz, ou o presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória”.

2.2. Liberdade provisória permitida

É admitida quando não estiverem presentes os requisitos de decretação da preventiva, e quando a lei não vedar expressamente. A liberdade provisória permitida terá cabimento, de acordo com o novo texto do CPP (redação dada pela Lei n.º 12.403/2011):

- (1) nos termos do seu art. 321, quando o juiz, verificando a ausência dos requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, deverá concedê-la, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319, sempre em compasso com os critérios constantes do art. 282 do CPP; e
- (2) a teor do parágrafo único, do art. 310, quando, à vista do auto de prisão em flagrante, o juiz constatar que o agente praticou o fato em situação excludente de ilicitude (art. 23, I a III, do Código Penal), quando poderá conceder a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

2.3. Liberdade provisória vedada

É vedada quando couber prisão preventiva e nas hipóteses que a lei estabelecer expressamente a proibição.

No STF, verificamos, a partir de repetidos precedentes de sua 1ª Turma, a tendência de se reputar vedada a liberdade provisória (sem fiança) toda a vez que a lei afirmar de forma expressa que o crime é inafiançável. A vedação da liberdade provisória decorreria da inafiançabilidade da infração, por entender a Suprema Corte que o deferimento daquele instituto é incompatível com a natureza inafiançável do delito.

Não concordamos com essa posição, pois toda restrição a direitos fundamentais deve ser interpretada estritamente e não de forma extensiva. Desse modo, pensamos que o juiz não fica impedido de conceder liberdade provisória (sem fiança) em razão da inafiançabilidade do delito.

Portanto, não estão presentes os requisitos para a segregação cautelar do agente, admite-se a concessão da liberdade provisória (sem fiança), cumulada ou não com outra medida cautelar diversa da prisão (art. 319, CPP). Nesse sentido, a 6ª Turma do STJ vem decidindo que “com o advento da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal”.

No segundo enfoque, identificamos em que termos o instituto pode ser concedido, é dizer:

- a) com ou sem a prestação de fiança;
- b) com a cumulação de outra medida cautelar ou não (art. 319, CPP);
- c) mediante o cumprimento de obrigações ou não.

Vejamos detidamente cada uma delas:

3. LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA

Pela sistemática anterior à Lei n.º 12.403/2011, a liberdade provisória sem a prestação de fiança tinha sido despida de maiores formalidades. Soava estranho ao intérprete perceber que havia uma maior facilidade, em razão do menor índice de exigências, de permanecer em liberdade sem pagar fiança, do que pagando. A fiança, pelo que tinha sido disciplinado no Código, findava por ser um instituto em desuso, de segundo plano, pois intuitivamente, em face do menor ônus, acabava-se lançando mão da liberdade provisória sem a prestação de fiança. A liberdade provisória, por sua vez, podia ser condicionada a obrigações, ou incondicionada.

Com o novo texto do Código, conferido pela Lei 12.403/2011, a fiança foi re- vigorada. Agora, em tese, todo delito é afiançável. Só não o será nas hipóteses da seletividade expressa de proibição para sua concessão, como ocorre em alguns crimes (racismo, tortura, tráfico, terrorismo, hediondos, delitos cometidos por grupos armados civis ou militares e contra o Estado Democrático de Direito – art. 323, CPP) ou nos caso em que, embora não haja previsão de inafiançabilidade, o não cabimento da fiança decorre de impedimento legal a sua concessão, seja por motivos de quebra da fiança, de prisão civil ou militar, seja quando presentes os requisitos da preventiva (art. 324, CPP).

Assim teremos:

3.1. Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação

Antes do advento da Lei n.º 12.403/2011, essa espécie de liberdade provisória ocorria naquelas situações em que a liberdade devia ser concedida compulsoriamente, sem nenhuma imposição ao beneficiado. Ele apenas “se livrava solto” (gozava de liberdade provisória obrigatória). Permanecia em liberdade sem nenhum constrangimento, não se submetendo a condições legais para tanto. Tinha cabimento nos casos que eram previstos na redação anterior do art. 321, CPP (nas infrações cuja pena de multa era a única cominada e nas infrações cujo máximo

de pena privativa de liberdade, isolada, cumulada ou alternadamente, não ultrapassava três meses).

Tais infrações, por sua ínfima gravidade, cediavam espaço para que o infrator permanecesse em liberdade durante a persecução penal. A título de exemplo, se o agente era surpreendido em flagrante por uma delas, a autoridade policial lavrava o auto, e em seguida liberava o agente (art. 309, CPP), não o submetendo a nenhum compromisso.

Não gozavam do instituto os vadios e aqueles que já tinham sido condenados por crime doloso, em sentença transitada em julgado, e praticavam um novo crime doloso (art. 321, *caput*, CPP, redação anterior). Com a vigência da Lei n.º 12.403/2011, foram expressamente revogadas as restrições à liberdade provisória, com ou sem fiança, em virtude da circunstância pessoal de ser o agente vadio.

A utilidade do instituto “liberdade provisória sem fiança e sem vinculação” já era questionada por nós, afinal, as hipóteses relatadas estavam dentro do conceito de infração de menor potencial ofensivo (crimes com pena máxima de até dois anos e as contravenções). Nestes delitos, o infrator não permanece preso nem se lhe exige fiança, e ao invés do auto de flagrante, é lavrado o termo circunstanciado (art. 69, *caput*, parágrafo único, Lei n.º 9.099/1995). É bom lembrar, contudo, que para que o TCO seja lavrado, o autor do fato deve ser encaminhado imediatamente ao Juizado ou assumir o **compromisso** de comparecer. Assim, como salta aos olhos, é uma hipótese de liberdade provisória sem fiança condicionada ao compromisso de comparecimento ao Juizado Especial. Quem não se compromete, em tese pode permanecer preso, e ao invés do TCO, será lavrado o auto de flagrante. Já nos casos supra relatados (em que o infrator se livrava solto), o direito à liberdade era incondicional. Não havia compromisso a ser exigido.

Não obstante, em qualquer caso de delito de menor potencial ofensivo, a autoridade policial, até em nome da celeridade, já dava prevalência à elaboração do TCO, colhendo o respectivo compromisso de comparecimento aos Juizados. Apenas se o agente se negasse a assinar o compromisso, e tratando-se de hipótese em que se livrava solto, era que o delegado lavrava o auto, e na sequência liberava o infrator (art. 309, CPP). Ainda assim, o feito era encaminhado aos Juizados Especiais, pois dele a competência e, se o infrator realmente não comparecia, podia ser conduzido coercitivamente.

Mesmo antes da revogação expressa da referência a ser o agente vadio ou ao fato de ter sido condenado definitivamente por crime doloso (art. 323, III e IV, CPP, redação anterior) para o fim de ser vedada a liberdade provisória, já

defendíamos que essas restrições tinham perdido por completo o sentido, sendo de duvidosa constitucionalidade, ainda mais levando em conta o cabimento da lavratura do termo circunstanciado. Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, não há mais hipótese de vedação da fiança só por conta da condenação por crime doloso ou em virtude de ser o réu vadio (hipóteses revogadas expressamente).

Resta a pergunta: a liberdade provisória incondicionada, em face da alteração do art. 321 do CPP, foi sepultada? Entendemos que não. É preciso sublinhar a possibilidade de ser concedida liberdade provisória sem fiança e sem qualquer obrigação, segundo o sistema do CPP instituído pela Lei n.º 12.403/2011.

Trata-se da possibilidade de o juiz entender desnecessária ou inadequada a imposição de qualquer medida cautelar do art. 319, CPP, ou a imposição de outra obrigação, concedendo a liberdade provisória simples, não vinculada a qualquer condição. É o que decorre do art. 321 do CPP, ao frisar que uma vez 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 do Código e observados os critérios constantes do art. 282 (necessidade e adequação para aplicação de medida cautelar).

Percebe-se que se o magistrado reputa inadequado ao caso a imputação de qualquer obrigação, concederá ao agente, mesmo quando capturado em flagrante, o direito de responder a persecução em liberdade, incondicionalmente.

Existem outras regras, em leis especiais, que possibilitam a concessão de liberdade provisória sem fiança e sem vinculação.

Uma hipótese é a liberdade provisória sem fiança e sem vinculação prevista no art. 301 do Código de Trânsito (Lei n.º 9.503/1997), aduzindo que ao “condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro”. Como forma de estimular o socorro às vítimas, a lei de trânsito instituiu mais uma hipótese de liberdade incondicional, de todo salutar.

Outro caso, já apontado anteriormente, é o da Lei n.º 11.343/2006 (Tóxicos), nos apresenta uma hipótese ao menos *sui generis*, pois o usuário de drogas, tratado no âmbito da lei dos Juizados, será encaminhado à presença do juiz para a lavratura do TCO, com a colheita do respectivo compromisso de comparecimento. Contudo, mesmo não se comprometendo, ainda assim está vedada a sua detenção (§ 3º, art. 48). Ora, se mesmo não assumindo o compromisso ainda assim não ficará preso, é mais um caso de liberdade provisória sem fiança incondicionada.

3.2. Liberdade provisória sem fiança e com vinculação

É a liberdade provisória condicionada, apesar de não exigir fiança. O infrator permanecerá em liberdade, submetendo-se às exigências legais, sem necessidade de realizar nenhum implemento pecuniário. Enquanto na sistemática anterior, o referido instituto tinha ampla aplicabilidade (na mesma razão da parca incidência do instituto da fiança), com a Lei n.º 12.403/2011, foram restauradas e ampliadas as hipóteses de deferimento da fiança, passando a ser regra a de que todo crime seja afiançável, salvo vedação ou impedimento preconizado por lei.

No entanto, continua possível a concessão de liberdade provisória sem fiança e com vinculação (a obrigações ou a outras medidas cautelares não prisionais do art. 319, CPP), embora em um rol menos extenso de casos.

Vejamos as hipóteses de cabimento.

- a) Auto de flagrante X excludentes de ilicitude** (art. 310, parágrafo único, CPP): a prisão em flagrante e o local onde o preso se encontre deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 306, *caput*, CPP). Por seu turno, o auto de prisão em flagrante, após lavrado, deverá ser remetido, em até 24 horas, ao magistrado competente (art. 306, § 1º, CPP). Cabe ao Judiciário a fiscalização do flagrante. Dessa forma, e como já visto, sendo a prisão ilegal, deverá ser prontamente relaxada, sem a necessidade sequer de prévia oitiva do MP. Contudo, em sendo lícito o flagrante, resta a seguinte indagação: será que a manutenção do cárcere é necessária? Percebendo o magistrado, pela leitura do auto, que o infrator atuou amparado por uma excludente de ilicitude, é um sinal da probabilidade da ausência de crime. Caberá ao juiz conceder liberdade provisória, de ofício ou por provocação, sem pagamento de fiança.

Malgrado o art. 310, parágrafo único, não faça mais menção à oitiva prévia do MP, é recomendado que seja oportunizado o contraditório, eis que se cuida de concessão de medida cautelar liberatória e assim preconiza o § 3º, do art. 282 do Código, com a ressalva dos casos de urgência e do perigo de eficácia da medida.

O beneficiado apenas irá se comprometer ao comparecimento a todos os atos do inquérito e do processo, para os quais seja devidamente intimado. O instituto é um direito daquele que atende aos requisitos legais, e não uma mera faculdade judicial, como faz crer erroneamente o parágrafo único do art. 310, CPP, quando usa a expressão “poderá” conceder. Não se brinca com o direito de liberdade. Não há favor nestas hipóteses. É direito, e com este não se transige.

Apesar do Código se reportar às excludentes de ilicitude previstas na parte geral do CP (art. 23), nada impede, por interpretação extensiva, que o instituto seja também aplicado quando presente uma excludente contemplada na parte especial. De *lege ferenda*, somos partidários da aplicação do instituto também quando presente excludente de culpabilidade ou de punibilidade, afinal, se existe a probabilidade da ausência de responsabilização penal (ou de punição), é sinal que a prisão cautelar deve ceder espaço à liberdade. No mesmo sentido, Heráclito Mossin, aduzindo que “nada mais lógico adotar-se a inteligência segundo a qual o preceito examinado deve incidir em todas as circunstâncias onde o legislador prevê a adoção da absolvição, como as excludentes de ilicitude, da culpabilidade e da punibilidade, por força de interpretação extensiva (art. 3º, CPP), uma vez que o legislador no *caput* da norma processual penal adotada disse menos do que deveria ter dito, cabendo ao intérprete aumentar o alcance do preceito legal. Isso decorre do próprio espírito da lei (*mens legis*)”. Exclua-se apenas a inimputabilidade, afinal, o simples fato de o agente não ter capacidade de entender e querer não afasta a necessidade eventual do cerceamento da liberdade, notadamente nas hipóteses de periculosidade acentuada, admitindo-se, para os crimes praticados com violência ou grave ameaça, e havendo risco de reiteração da conduta, a determinação judicial da internação provisória (art. 319, inc. VII, CPP).

Não é necessária a certeza da excludente. Bastam indícios suficientes neste sentido.

- b) Auto de flagrante X inexistência de hipótese autorizadora da prisão preventiva** apresenta-se quando o magistrado, pela apreciação do auto de prisão em flagrante, verifica a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizariam a decretação da prisão preventiva (art. 321, CPP). Se pela leitura do auto o juiz entende que não há risco à ordem pública, econômica, não se faz conveniente à instrução criminal, pois o indivíduo não apresenta risco à livre produção probatória, nem há risco de fuga, deve haver a concessão da liberdade provisória, cumulada ou não com as medidas cautelares não cerceadoras de liberdade, a teor do art. 319, CPP. Da mesma forma, o MP deve ser previamente ouvido, com fundamento no estatuído pela nova redação § 3º, do art. 282, do CPP. Perceba-se que a idéia é a mesma: a prisão é legal, contudo a sua manutenção só é necessária caso estejam presentes os requisitos da preventiva. Do contrário, o agente vai permanecer em liberdade durante toda a persecução penal. Esta é a regra.

Mais uma observação é necessária: a fiança é também medida cautelar prevista no inciso VIII, do art. 319, CPP, de modo que a concessão da liberdade provisória no caso em tela (quando ausentes os requisitos que

autorizam a decretação da prisão preventiva) poderá ocorrer com ou sem fiança, a depender do caso concreto e por decisão fundamentada, observados os critérios constantes do art. 282 (necessidade e adequação para aplicação da medida).

3.2.1. Restrições

É interessante notar que o legislador, quando pretende dar um tratamento mais rígido ao processamento de algumas infrações, se vale do expediente de vedar a concessão da liberdade provisória. Desta maneira, havendo prisão, o agente responderia à persecução penal no cárcere, em verdadeira antecipação de pena, suprimindo-se do magistrado, no caso concreto, a aferição da necessidade do cárcere cautelar. É, sem dúvida, uma indevida intromissão do Legislativo nas atividades típicas do Judiciário. Não estamos diante de uma ciência exata. Um caso não é igual ao outro, nem os presos se equivalem. Vedar por completo a liberdade provisória é conduzir a persecução penal às cegas, fazendo pouco caso da presunção de inocência.

Para nossa sorte, as restrições historicamente emblemáticas sofreram um forte abalo, seja pela atividade sensata do legislador, reformando a legislação, seja pela intervenção do STF, declarando a inconstitucionalidade de dispositivos legais. A nosso ver, a vedação legal absoluta da liberdade provisória é inconstitucional, ferindo a presunção de inocência e retirando do magistrado a atividade que lhe é peculiar na gestão da conveniência da medida. Nessa ótica, os textos legais que ainda não foram declarados inconstitucionais no controle concentrado pelo STF, e queremos crer que é apenas questão de tempo, e nem alterados pelo Legislativo, devem ser afastados incidentalmente pelo magistrado, pois a vedação absoluta do instituto em estudo não é admitida pelo texto constitucional. Nem se faça uma interpretação às avessas da Carta Magna, quando consagra do art. 5º, LXVI, “que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a **lei admitir** a liberdade provisória, com ou sem fiança” (grifo nosso). Nessa linha, se a lei supostamente vedasse a medida, o instituto seria incabível.

Perceba que as restrições podem existir, como acontece por comando da própria CF, que determina que a lei considerará os crimes hediondos e assemelhados (tráfico, tortura e terrorismo) inafiançáveis (art. 5º, XLIII). Contudo, vedação absoluta, obstando qualquer modalidade de liberdade provisória, foge ao razoável. Não é este o propósito da CF. O jogo de palavras é por demais perigoso. Ratificando o que pretendemos demonstrar, atualmente a lei ordinária contempla liberdade provisória sem fiança aos hediondos, apesar de continuarem inafiançáveis. Ora, se estas infrações, supostamente extremamente graves, comportam

liberdade provisória sem fiança, qual outra infração (de forma razoável) não comportaria a medida?

O princípio da proporcionalidade, que era implicitamente presente no ordenamento, agora vem depreendido de forma expressa a partir das noções de necessidade e adequação referidas como pressupostos gerais para a aplicação de toda e qualquer medida cautelar (art. 282, CPP).

Se as infrações de maior gravidade, como as hediondas, comportam a medida (liberdade provisória, sem fiança, com a possibilidade de aplicação de outras cautelares não prisionais do art. 319, CPP), nenhuma vedação absoluta pode subsistir. Nesta linha, vejamos o tratamento da matéria na legislação extravagante, pontuando as mais recentes alterações, e identificando de pronto que as vedações absolutas, em nossa opinião, são incompatíveis com a Constituição Federal:

- a) Crimes hediondos e assemelhados (tráfico, tortura e terrorismo):** estas infrações, como já relatado, não admitem a prestação de fiança (art. 5º, XLIII, CF). Contudo, por força da Lei n.º 11.464/2007, alterando o art. 2º, II, da Lei n.º 8.072/1990, passaram a admitir **liberdade provisória sem fiança**. Por seu turno, a Lei n.º 12.403/2011 deu nova redação ao art. 323, do CPP, reiterando que não será concedida fiança nesses delitos (incisos I e II).

O interessante é que o crime de tortura, que é assemelhado a hediondo, já comportava liberdade provisória sem fiança, em razão do art. 1º, § 6º da Lei n.º 9.455/1997.

Já quanto ao tráfico de drogas, a questão exige bom senso. É que a Lei n.º 11.343/2006, lei especial que disciplina o tráfico e condutas assemelhadas, no *caput* do art. 44 veda a fiança e a liberdade provisória sem fiança a tais infrações. Ora, mesmo sendo lei especial, acreditamos que houve revogação tácita com o advento da Lei n.º 11.464/2007 alterando a lei de crimes hediondos. Se todos os hediondos e assemelhados comportam liberdade provisória sem fiança, o tráfico não foge à regra. A razoabilidade justifica a medida. Afinal, onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito. Não foi outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que assim se manifestou: “A Lei 11.464/2007, ao suprimir do artigo 2º, II da Lei 8.072/1990 a vedação à **liberdade provisória** nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Política de 1988, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva. Precedentes desta 6ª Turma. Ordem concedida”. Entretanto o mesmo STJ, em decisão diametralmente oposta, assim se manifestou: “a proibição de liberdade provisória, com ou sem fiança, decorre, primariamente, da própria Constituição Federal,

fazendo materialmente desinfluente a questão da revogação, ou não, do art. 44 da nova Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/2006) pela Lei n. 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072/1990. A proibição da liberdade provisória a acusados pela prática de crimes hediondos deriva da inafiançabilidade dos delitos dessa natureza preconizada pela Constituição da República e da Lei n. 11.343/2006, que é, por si, fundamento suficiente por se tratar de norma especial especificamente em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP. Dessarte, é incompatível com a lei e com a Constituição Federal a interpretação que conclui pela admissibilidade, no caso de qualquer desses crimes, da conversão da prisão cautelar decorrente de flagrante delito em liberdade provisória” (HC 93.591-MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 27/3/2008). Tal posição aviva a divergência, mas a nosso sentir, não pode prosperar. Como já salientado, é natural que caiba ao magistrado aferir no caso concreto a necessidade ou não do cárcere cautelar. Vedações peremptórias, dissociadas da análise do fato em exame, estão distanciadas da atual ordem constitucional e dos motivos que levaram o Congresso Nacional a alterar a Lei de Crimes Hediondos.

b) Estatuto do desarmamento: o art. 21 da Lei n.º 10.826/2003 vedava a concessão de liberdade provisória aos seguintes crimes:

- Posse ou porte ilegal de arma de uso restrito (art. 16);
- Comércio ilegal de arma de fogo (art. 17);
- Tráfico internacional de armas (art. 18).

O STF, apreciando ação direta de inconstitucionalidade (ADI-3137), declarou tal vedação incompatível com o texto constitucional. Nesta égide, tais infrações passaram a admitir liberdade provisória sem fiança a partir dessa decisão. Por outro lado, também passaram a ser **afiançáveis** com a vigência da Lei n.º 12.403/2011, já que a quantidade da pena (mínima) atribuída ao delito não é mais fator limitador para a concessão de fiança.

Sobre a inconstitucionalidade reconhecida pela Corte Suprema, veja-se o trecho do informativo n.º 465 do Supremo:

Quanto ao art. 21 da lei impugnada, que prevê serem insuscetíveis de liberdade provisória os delitos capitulados nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo), entendeu-se haver afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (CF, art. 5º, LVII e LXI). Ressaltou-se, no ponto, que, não obstante a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, liberando-se a franquia para os demais delitos, a Constituição não permite a prisão *ex lege*, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV).

- c) **Crime organizado:** o art. 7º da Lei n.º 9.034/1995 veda qualquer modalidade de liberdade provisória, com ou sem fiança, “aos agentes que tenham intensa e efetiva participação na organização criminosa”. Perceba, pela exposição acima, que medida de tal natureza, vedando de forma absoluta o instituto, àqueles que tenham intensa participação na organização criminosa, fere a proporcionalidade e não se arrima com a Carta Maior.
- d) **Lavagem de dinheiro:** o art. 3º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998 veda qualquer liberdade provisória à lavagem de capitais. Repita-se o que já se disse quanto à inconstitucionalidade da vedação absoluta.
- e) **Crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal:** estas infrações, por envolverem enriquecimento ilícito, não comportam liberdade provisória sem fiança (art. 310, CPP), contudo, admitem a prestação de fiança (art. 325, § 2º, I, CPP). Encontramos aqui um bom exemplo de equilíbrio do legislador, admitindo a prestação de fiança em infrações de conotação financeira, e vedando a liberdade provisória sem fiança. Como se percebe, as vedações podem existir. O que não admitimos, dentro da leitura constitucional, é a existência de vedações de ordem absoluta.

3.2.2. Fundamentação

Sempre defendemos, por injunção do art. 93, inciso IX, da CF, que o magistrado está obrigado a fundamentar a concessão da liberdade provisória, assim como a manutenção da prisão em flagrante, por entender que a medida não era cabível no caso concreto. Com efeito, na transparência necessária, deve o julgador sempre motivar a manutenção da prisão em flagrante, deixando claros os motivos que não o levaram à concessão da liberdade provisória, em face da necessidade da segregação cautelar. Este ato deve ser automático, já que o magistrado é o destinatário imediato do auto de flagrante. E isto se deve porque é ele o fiscal da necessidade prisional. Desta forma, deve revelar os motivos da utilidade da manutenção da medida, ou seja, o *periculum libertatis* que justifica a permanência do encarceramento, afinal, isto não se presume do auto de flagrante.

Contudo, prevalecia o entendimento contrário, sob o fundamento de que a motivação da manutenção do flagrante é desnecessária, a não ser que o magistrado tenha sido provocado a se manifestar sobre a concessão da liberdade provisória. Nesse sentido, o STF:

O parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal não impõe ao Juiz, a exarar, de ofício, despacho fundamentado de toda e qualquer prisão que lhe seja comunicada, se entender não configurado qualquer dos pressupostos da prisão preventiva. Todavia, cabe-lhe a obrigação de fundamentar a decisão sempre que a liberdade provisória é postulada e denegada.

Com o novo texto do art. 310 do CPP, a polêmica está superada. O juiz, ao receber em até 24 horas o auto de prisão em flagrante, deverá sempre exarar decisão fundamentada, pois necessariamente proferirá decisão motivada que tenha por condão:

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.

Agora, o juiz não deverá simplesmente homologar a prisão em flagrante. Em outras palavras, o auto de prisão em flagrante, por si só, não é título hábil a manter alguém preso sem ser corroborado por decisão fundamentada da autoridade judiciária que evidencie a presença dos requisitos da preventiva e a ausência de justificativa para substituí-la por medida cautelar menos gravosa não cerceadora de liberdade (art. 319, CPP). É que, se for o caso de manter a segregação cautelar iniciada com o flagrante, esta prisão deve ser **convertida** em prisão preventiva de maneira motivada.

Aliás, também se o juiz entender por substituir a prisão preventiva por outra medida cautelar não prisional, ou mesmo cumular medidas cautelares à liberdade provisória concedida com ou sem fiança, deverá decidir fundamentadamente, em ato que tem o *status* de decisão interlocutória (art. 315, CPP c/c art. 93, IX, CF).

3.2.3. Outras hipóteses de cabimento

- a) O art. 350 do CPP prevê a dispensa da prestação de fiança àqueles que sejam considerados economicamente hipossuficientes. O estado de pobreza não impediria a liberdade, e o magistrado relevaria o implemento financeiro, condicionando o beneficiado a todas as obrigações daquele que presta fiança. Trata-se de mais uma hipótese de liberdade provisória sem fiança, porém condicionada. Nada impede, pela nova sistemática, que outras medidas cautelares do art. 319 do CPP sejam cumuladas ao hipossuficiente.
- b) Já o art. 69, parágrafo único da Lei n.º 9.099/1995, prevê que àquele surpreendido quando da prática de infração de menor potencial ofensivo,

em sendo “imediatamente encaminhado ao juizado” ou assumindo o compromisso de a ele comparecer, “não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”. Ora, é mais um exemplo de liberdade provisória sem fiança, condicionada à assunção do compromisso de comparecimento aos Juizados.

- c) Os artigos 408, § 2º, e 594, do CPP, tratavam respectivamente da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, e admitiam que os bons antecedentes e a ausência de reincidência podiam ensejar o direito de permanecer em liberdade (provisória), mesmo diante das referidas decisões. Tal previsão foi revogada pelas Leis n.º 11.689/08 e 11.719/08, de sorte que os bons ou maus antecedentes, além da reincidência, não dosam mais o cabimento ou não de liberdade provisória. Retornaremos a esse ponto adiante.

3.2.4. Sistema recursal

É interessante notar que da concessão da liberdade provisória sem a prestação de fiança cabe o recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, inciso V do CPP. Já a denegação do instituto, curiosamente, é irrecurável, cabendo o socorro à ação de *habeas corpus*.

4. LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA

A liberdade provisória mediante fiança havia cedido espaço ao instituto correlato, que é a liberdade sem a prestação de fiança. Essa situação de baixa aplicabilidade da fiança havia decorrido da alteração do CPP promovida pela Lei n.º 6.416/1977, que tinha ampliado a admissibilidade da liberdade provisória sem fiança. Admitia-se que aqueles surpreendidos em flagrante gozassem da liberdade se não estivessem presentes os requisitos da preventiva, bastando, para tanto, que se comprometessem a comparecer a todos os atos da persecução penal (art. 310, parágrafo único, CPP, redação anterior).

Anos se passaram sem que o nosso legislador apresentasse mudanças quanto ao tema. Aliás, acabou por inserir uma série de obstáculos à concessão do instituto, de sorte que, paradoxalmente, era mais fácil obter a liberdade provisória sem fiança do que mediante a sua prestação.

Com o advento da Lei 12.403/2011, esse contexto se modificou. Em tese, todo crime passou a ser afiançável, ressalvadas as hipóteses de vedação expressa (proibição constitucional e/ou legal) e de óbice a seu deferimento por falta de requisito objetivo ou subjetivo (impedimento).

4.1. Fiança X liberdade provisória mediante fiança

No primeiro momento, precisamos fazer a distinção entre o objeto e a ferramenta processual. A fiança consiste no fato jurídico de caucionar obrigação alheia, importando, pois, em abonação ou responsabilidade. Teria conotação fidejussória, sendo a expressão da confiança em alguém, que se obrigaria por outrem, suprimindo a sua falta.

O tratamento legal toma a fiança, por sua vez, como uma garantia **real** de cumprimento das obrigações do beneficiário. Não existe mais fiança fidejussória no processo penal comum. A confiança na palavra cedeu espaço à prestação financeira. A fiança é uma caução, uma prestação de valor, para acautelar o cumprimento das obrigações do afiandado.

Já a liberdade provisória mediante fiança é o direito subjetivo do beneficiário, que atenda aos requisitos legais e assuma as respectivas obrigações, de permanecer em liberdade durante a persecução penal. É a contracautela destinada ao combate de algumas prisões processuais, imprimindo uma implementação financeira e condicionando o beneficiário a uma série de imposições. Pode haver cumulação, inclusive, com as demais medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP). Com isso, se ele está preso, será libertado; se está na iminência do cárcere, a prisão não se estabelece. Negada arbitrariamente, dá ensejo a constrangimento ilegal sanável pelo remédio heróico do HC, além de se constituir em abuso de autoridade (art. 4º, alínea “e”, da Lei n.º 4.898/1965).

4.2. Objetivos da fiança

Busca-se com a fiança obter a presença do agente a todos os atos da persecução penal, evitando-se os efeitos deletérios do cárcere preliminar. Por consequência, se houver condenação, objetiva-se também garantir a execução da pena. Ocorrida condenação, o valor prestado (dinheiro ou objetos dados em garantia) ainda vai servir para um nobre papel, que é indenização da vítima, o pagamento das custas processuais, da prestação pecuniária e de eventual multa, caso o réu seja condenado (art. 336, *caput*, CPP). Mesmo que ocorra a prescrição da pretensão executória (art. 110 do CP), o valor da fiança seguirá este destino (parágrafo único). Se sobrar algo, será devolvido àquele que prestou a fiança. Em havendo absolvição, haverá pronta e integral devolução, sem abatimento. Da mesma forma, se ocorrer a extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória ou pedido de arquivamento do inquérito policial.

4.3. Valor da fiança

A redação anterior do art. 325 do CPP trazia três faixas de fixação do *quantum* da fiança, variáveis em razão do quantitativo de pena abstratamente fixada para a infração, da seguinte forma:

- a) de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos de referência, quando se tratasse de infração punida, no grau máximo, com pena privativa da liberdade, até 2 (dois) anos;
- b) de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos de referência, quando se tratasse de infração punida com pena privativa da liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro) anos;
- c) de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada fosse superior a 4 (quatro) anos.

Dentro dessa sistemática, precisávamos fazer uma atualização quanto aos índices monetários, já que o salário mínimo de referência (SMR) tinha sido extinto pela Lei n.º 7.789/1989. Daí recorriamos, primeiramente, à Lei n.º 7.843/1989, que determinava que os valores expressos em SMR passavam a ser calculados com base no Bônus do Tesouro Nacional (BTN), na proporção de 40 BTN para 1 SMR. Em seguida, a Lei n.º 8.177/1991, em seu art. 3º, extinguiu o BTN e ordenou a incidência da TR (Taxa de Referência), como critério de correção e cálculo da fiança.

A Lei n.º 12.403/2011 tem o mérito de tornar mais lógica e simples a imposição e a forma de cálculo da fiança. Agora, o valor será fixado pela autoridade que a conceder conforme dois limites (art. 325, CPP, I e II):

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

O critério de cálculo do valor passou a ser o salário mínimo nacional. Coerente o legislador ao estabelecer este parâmetro, que confere segurança jurídica à imposição da medida cautelar pecuniária, sem os riscos das oscilações próprias das legislações de índices de correção.

Seria possível, todavia, objetar que o salário mínimo não poderia ser vinculado para qualquer fim, conforme disposição da CF/1988 (art. 7º, IV) e, por tal motivo, a alusão ao salário mínimo como base de cálculo para a fixação da fiança seria inconstitucional, eis que vedado o seu uso como índice indexador (de correção monetária).

No entanto, não há inconstitucionalidade na nova redação do art. 325, I e II, do CPP, porquanto não se está utilizando o salário mínimo como forma de corrigir monetariamente a fiança já fixada, mas tão somente como parâmetro para

serem definidos os seus limites mínimos e máximos, sem se falar em vinculação. Válida, portanto, a opção do legislador.

Aliado ao critério objetivo de cálculo, exige-se ainda que se leve em conta a situação financeira do afiançado. Nesta linha, nem a fiança pode ser um fardo impagável, afinal haveria, indiretamente, a violação de um direito, nem pode ser por demais branda, já que sua insignificância em face do poderio econômico do réu descredibilizaria a medida. Pode-se assim reduzir o valor encontrado em até 2/3. Tanto a autoridade judicial quanto o delegado podem fazê-lo. Haverá ainda, pela insuficiência do montante, a possibilidade de aumentá-la até 1.000 (mil) vezes, a teor do inciso III, do § 1º, do art. 325 do CPP (não mais até o décuplo, como previa a redação anterior). Além dos juízes, os delegados também passam a poder promover a exasperação.

A Lei n.º 12.403/2011 revogou o § 2º do art. 325, do CPP, que dava tratamento mais árido aos crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal, já que, por envolverem lucro fácil e locupletamento ilícito, comportavam fiança com valores mais elevados, e não toleravam liberdade provisória sem fiança. Revogada a situação peculiar, tais delitos passam a estar enquadrados na regra geral, admitindo ambas as modalidades de liberdade provisória, de acordo com a adequação ao caso concreto.

Já o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), estabelece que a fiança será arbitrada pelo magistrado ou pela autoridade que preside a investigação, entre 100 (cem) e 200 (duzentas) mil vezes o valor do BTN, ou qualquer outro índice que venha a substituí-lo. Ademais, em razão da situação econômica do imputado, pode ser reduzida até a metade do seu mínimo valor, ou exasperada judicialmente em até vinte vezes.

4.3.1. Demais critérios para o arbitramento

Além das faixas de valor, definidas pelo art. 325 do CPP, o art. 326 elege outros critérios para que a autoridade arbitre a fiança. São eles:

- a) natureza da infração: para o enquadramento nas faixas acima definidas, devem ser levadas em conta as qualificadoras, assim como todas as causas de aumento e diminuição da pena. Nesta ótica, nas causas de diminuição de pena, aplica-se o mínimo da fração sobre o máximo da pena abstratamente considerada. Já nas causas de aumento, aumenta-se da fração máxima, que vai incidir sobre o máximo de pena prevista;
- b) condições pessoais de fortuna: é a pedra de toque da definição da fiança, para que ela atenda a razoabilidade necessária. Nem adianta uma fiança débil, nem por demais elevada;

- c) vida pregressa: são os antecedentes criminais do agente, a constatação se tem bons ou maus antecedentes, ou se é reincidente. Tendo um passado criminoso, isso influenciará negativamente no valor da fiança. Se, por sua vez, nunca se envolveu com a prática de delitos, isso também deve ser levado em conta;
- d) periculosidade: diretamente ligada ao item anterior, esboça um risco inerente ao próprio indivíduo, a merecer uma exasperação no valor da fiança. Como destaca Guilherme Nucci, “trata-se de um elemento imponderável por si mesmo, constituindo a união da vida pregressa com a gravidade do crime, associado à personalidade do agente. Se for considerado perigoso, o valor da fiança deve ser mais elevado, dificultando-se a sua soltura”;
- e) importância provável das custas: apesar de remota a aplicação, é possível a existência de custas no âmbito penal (artigos 805 e 806, CPP), notadamente nos crimes de iniciativa privada, o que também vai influir na fixação da fiança.

A lei não fez nenhum paralelo para definição do valor, com a possível multa penal prevista para a infração, nem o eventual dano causado à vítima do crime. Por isso, estes elementos não vão influenciar no arbitramento.

4.4. Modalidades de fiança

A fiança pode ser prestada de duas maneiras: por depósito ou por hipoteca, desde que inscrita em primeiro lugar. O depósito pode ser de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, e títulos da dívida federal, estadual ou municipal (art. 330, CPP). Já os bens dados em hipoteca estão definidos no art. 1.473 do Código Civil.

Se o valor é prestado em dinheiro, este será recolhido em instituição financeira oficial, em conta vinculada à autoridade, com incidência de juros e correção monetária, juntando-se a comprovação do depósito aos autos. Se em feriados ou finais de semana, quando não há expediente bancário, o montante deve ser entregue ao escrivão, e dentro de três dias será encaminhado à respectiva conta, ficando tudo formalizado no termo de fiança (art. 331, *caput*, e parágrafo único, CPP).

Havendo emprego de moeda estrangeira, deve haver conversão para a moeda nacional, pelo câmbio do dia, e por consequência vai a depósito. Essa, também, a posição de Guilherme Nucci. Mirabete, contudo, entende que se o dinheiro é estrangeiro, deve ser aceito como metal precioso.

No caucionamento de pedras, objetos ou metais preciosos, ou prestação de hipoteca, o bem dado em garantia deve ser avaliado por perito nomeado pela autoridade, justamente para aferição se corresponde ao valor indicado pelo afiançado, atendendo ao quantitativo da fiança (art. 330, § 1º, CPP). Se forem títulos da dívida pública, serão tomados por sua cotação em bolsa, com a demonstração de que estão desonerados (§ 2º). Os bens ficarão com depositário público.

Como ressalta o STJ, na súmula n.º 332, a “fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.

4.5. Obrigações do afiançado

A liberdade provisória mediante fiança é sempre condicionada, exigindo a lei, além do implemento financeiro, uma série de obrigações ao afiançado, sendo possível, ademais, a aplicação cumulativa de uma ou mais medidas cautelares do art. 319 do CPP.

Ao beneficiário da fiança serão impostas as seguintes regras/obrigações (artigos 327, 328 e 341, incisos I a V, do CPP):

- comparecimento perante a autoridade, toda vez que for intimado para os atos do inquérito e da instrução;
- impossibilidade de mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade competente;
- proibição de ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar em que poderá ser encontrado. Perceba que a lei não impede que o agente viaje, nem exige prévia autorização para tanto. A obrigação, nas ausências por período superior a 8 dias, é a de indicar onde poderá facilmente ser localizado;
- vedação de deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- obrigação de cumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
- dever de não resistir injustificadamente a ordem judicial;
- vedação à prática de novas infrações dolosas.

As obrigações são impostas no objetivo de facilitar o encontro do agente e o bom andamento da persecução penal, garantindo que ele vai estar presente e será encontrado, sem obstáculos, quando necessário, além de fortalecer os laços de confiança entre infrator e autoridade, na expectativa de que a liberdade não seja

o mote para a prática de novos delitos. Será lavrado um termo de fiança, sendo o agente devidamente compromissado e, juntamente com aquele que eventualmente tenha pago a fiança em seu lugar, será notificado das obrigações assumidas e das sanções pelo descumprimento. O termo deve ser claro e explícito quanto a todo o seu conteúdo, para que não ocorram equívocos que possam desaguar no descumprimento das medidas. Havendo desatendimento injustificado, acarretará a quebra da fiança (Item 4.7).

4.6. Vedações legais

Temos uma série de restrições à admissibilidade da fiança. Antes da reforma (Lei n.º 12.403/2011), o cabimento da fiança era inferido de maneira negativa, o que dava ensejo a dificuldades para se verificar quando deveria ser concedido o instituto. A lei dizia quando não tinha lugar a fiança, e se o agente, superando todas as restrições, não se enquadrava em nenhuma delas, era sinal que poderia prestar fiança.

Com o novo sistema de concessão de fiança inaugurado pela Lei n.º 12.403/2011, ficou mais coerente a possibilidade de sua concessão estatuída no Código de Processo Penal. Não há mais vedações ao deferimento da prestação de fiança em virtude de:

- (1) crimes punidos com reclusão cuja pena mínima seja superior a dois anos:** a pena mínima de reclusão era o indicativo para a admissibilidade ou não da fiança. Delitos com pena mínima superior a este patamar, eram infiançáveis. A revogação desse parâmetro para a negativa da fiança retira a eficácia da súmula n.º 81, do STJ, com o seguinte texto: “não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão”. Também toda a jurisprudência dos tribunais que girava em torno da qualidade da pena (reclusão) e da quantidade superior a dois anos para impedir a concessão da fiança perdeu o sentido com os novos contornos gizados nos artigos 323 e 324 do CPP.

Antes dessa inovação legislativa, já anotávamos que esta limitação tinha perdido a sua razão de existir. O sistema tinha de ser congruente, razoável, proporcional. A limitação excluía uma série de infrações do instituto da fiança, mas que admitiam liberdade provisória sem fiança, se não consignados os requisitos da preventiva. Assim, por exemplo, no flagrante por roubo, com pena em abstrato de 4 a 10 anos de reclusão (art. 157, CP), não se admitia a prestação de fiança. Contudo, ausentes os requisitos da preventiva, era cabível liberdade provisória sem fiança,

com amparo no parágrafo único do art. 310 do CPP. Era uma incoerência! Daí que já éramos partidários da revitalização da fiança, com a extensão do instituto para os mesmos casos onde já se admitia liberdade provisória sem fiança (ressalvadas as vedações constitucionais). Afinal, quem podia o mais, que era ficar livre sem pagar nada, deveria poder o menos, que era permanecer em liberdade pagando. Nesse sentido, Guilherme Nucci defendia que, “para aperfeiçoar o instituto da fiança no Brasil, todos os delitos deveriam ser afiançáveis. Os mais leves [como já ocorria no texto anterior] comportariam a fixação da fiança pela própria autoridade policial, enquanto os mais graves, somente pelo juiz”. Desse modo – continua o autor –, “ela retornaria a ter um papel relevante, abrangendo sempre o réu com melhor poder aquisitivo, vinculando-o ao acompanhamento da instrução, desde que os valores também fossem, convenientemente, atualizados e realmente exigidos pelo magistrado”.

- (2) **contravenções penais de vadiagem e mendicância**: também revogada pela Lei n.º 12.403/2011, tal limitação não fazia sentido em face do modelo acusatório de processo penal assentado na Constituição do Brasil. A vadiagem se caracteriza pela entrega habitual ao ócio, daquele que é válido para o trabalho e não tem renda para manter a própria subsistência (art. 59, LCP). O mendigo é o pedinte, que o faz por ociosidade ou cupidez (art. 60, LCP), em que pese o referido tipo penal ter sido revogado pela Lei n.º 11.983/09.

Soava ao mais absoluto despautério, na atual ordem constitucional, a vedação da admissibilidade de fiança a tais infrações (se é que tais condutas merecem o *status* de infração penal). Ademais, os problemas sociais e a falta mínima de estrutura levam a que o Estado, por obrigação, socorra estas pessoas, ao invés de lhes dar tratamento penal mais árido. Como se não bastasse, as contravenções penais são tratadas pela Lei n.º 9.099/1995, e por previsão do art. 69, parágrafo único, não se imporá prisão em flagrante, nem será exigida fiança dos agentes para que permaneçam em liberdade. E na pior das hipóteses, caberia a liberdade provisória sem fiança do art. 310, parágrafo único, do CPP. Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, estão revogadas tacitamente as previsões de inafiançabilidade da contravenção de aposta sobre corrida de cavalo fora do hipódromo (inafiançabilidade estatuída no art. 9º, § 2º, da Lei n.º 7.291/1984) e das contravenções dos artigos 45 a 49 e 58 do Decreto-lei n.º 6.259/1944, dentre elas o “jogo do bicho” (inafiançáveis segundo o art. 59 desse diploma legal). Sob a égide do sistema anterior à Lei reformadora de 2011, já sustentávamos que, por serem contravenções e por

consequência infrações de menor potencial ofensivo, eram de nenhuma utilidade os dispositivos que proibiam a fiança, bem como que deveriam ser reproduzidas, *mutatis mutandis*, as mesmas críticas quanto à vadiagem e à mendicância.

- (3) **crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tinha sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado:** a revogação operada pela Lei n.º 12.403/2011 ratifica a impertinência de ser vedada a fiança com base na simples existência de condenação definitiva transita em julgado anteriormente. Pelo antigo texto do CPP, quem já tinha sido condenado definitivamente por um crime doloso, com sentença transitada em julgado, independentemente da natureza da pena aplicada, não podia prestar fiança no caso da prática de outro crime doloso, apenado com reclusão ou detenção, durante o inquérito ou o processo. Para a incidência dessa vedação à fiança, não era necessário tecnicamente a reincidência, potencializando a intolerância do legislador, enfim superada.
- (4) **qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio:** a menção ao vadio foi banida pela Lei n.º 12.403/2011. A perseguição ao vadio era, até então, implacável. Neste caso, o agente não estava sendo processado pela contravenção de vadiagem. Havia só um processo, versando sobre outra infração, e levavam aos autos prova de ser o réu vadio. Este motivo era suficiente para a inviabilidade da fiança. E o mais absurdo: não se exigia prévia condenação pela vadiagem. Como o Código falava em processo, a restrição em estudo não tinha cabimento na fase do inquérito policial.
- (5) **crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa:** não mais faz o Código menção a essa hipótese de vedação à fiança, depois da modificação promovida pela Lei n.º 12.403/2011, restando revogada. O clamor público era a indignação social provocada pela repulsa à infração praticada. Era a indignação em face da repugnância do crime, como pode ocorrer, por exemplo, com a violação da sepultura de uma criança (art. 210, CP), cuja pena é de reclusão de 1 a 3 anos, e por isso, não caía na vedação inerente à pena mínima (não superior a dois anos). Além desse caso, também era prevista a proibição de ser prestada a fiança nos crimes apenados com reclusão praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. Desse rótulo ficavam excluídas a violência presumida (expressão abolida pela Lei n.º 12.015/09, que trata atualmente dos crimes sexuais contra vulnerável- art. 217-A, CP) e a violência contra objetos ou

animais, como ocorre no crime de dano (art. 163, CP) ou de maus tratos (art. 32, Lei n.º 9.605/1998). Mais uma vez, percebe-se que a incoerência era manifesta, já que a ocorrência de violência ou grave ameaça à pessoa não impedia a liberdade provisória sem fiança, desde que inexistentes os requisitos da preventiva.

Todas essas hipóteses caíram, porquanto revogadas pela Lei n.º 12.403/2011. A regra passou a ser a afiançabilidade, de acordo com os limites legais e ressalvadas as hipóteses em que o deferimento da fiança é vedado (proibição preconizada pelo art. 323, do CPP) ou em que há óbice legal a sua concessão (impedimento estabelecido pelo art. 324 do CPP).

Vejamos assim, pontualmente, cada uma dessas vedações e impedimentos, identificando quando não será admitida fiança (artigos 323 e 324, CPP):

4.6.1. Vedações do art. 323, CPP

As vedações do art. 323, do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011, já estavam dispostas no sistema processual penal brasileiro, seja na Constituição do Brasil, seja na legislação extravagante. Dispõe assim o Código que não será concedida a fiança:

I - nos crimes de racismo;

Por previsão do art. 5º, inciso XLII da CF, é infração inafiançável, apesar de comportar liberdade provisória sem fiança cumulada ou não com as demais medidas cautelares elencadas no art. 319, do CPP. A matéria está disciplinada na Lei n.º 7.716/1989, que trata dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

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

São inafiançáveis (art. 5º, XLIII, CF), mas pela alteração do art. 2º, inciso II, da Lei de Crimes Hediondos, realizada pela Lei n.º 11.464/2007, passaram a admitir liberdade provisória sem fiança, sem prejuízo de eventual cumulação com as demais medidas cautelares (art. 319, CPP).

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

Também são inafiançáveis tais condutas, por força do art. 5º, inciso XLIV, da Constituição do Brasil. Algumas delas podem ser enquadradas na Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 7.170/1983). Entendemos possível, conforme critério de necessidade e adequação (art. 282, I e II, CPP), o deferimento de liberdade provisória sem fiança, com eventual cumulação com as demais medidas cautelares (art. 319, CPP).

4.6.2. *Vedações do art. 324, CPP*

O art. 324 do CPP apresenta restrições infraconstitucionais à admissibilidade da fiança, por incompatibilidade lógica entre o instituto e a situação apresentada. Vejamos:

I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações impostas;

A quebra da fiança é a sanção em razão do descumprimento das obrigações imputadas ao afiançado. Nessa linha, quem quebra a fiança rompe o vínculo de confiança com a autoridade, e naquele mesmo processo, não será admitido a novamente gozar do instituto. Ao julgar quebrada a fiança, cabe ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, decretar a prisão preventiva (medida extrema). De todo modo, pode o agente pleitear liberdade provisória **sem fiança**, sempre arrimado nos critérios do art. 282, I e II, do CPP. Não obsta também a possibilidade de pleitear fiança em outro processo.

II – em caso de prisão civil ou militar;

Tais prisões têm caráter nitidamente obrigacional, como no caso da prisão civil do inadimplente em alimentos, ou objetivam o restabelecimento imediato da ordem e da disciplina, como nas transgressões militares, e a admissibilidade de fiança frustraria todo o contexto e eficiência das medidas. Por isso a vedação. Nada impede que tais prisões sejam questionadas e combatidas quanto à sua legalidade, através da ação de *habeas corpus*.

Em consonância com a ordem constitucional, não mais se faz referência à prisão administrativa e disciplinar.

III- aos que estivessem no gozo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional;

O inciso III, do art. 324, do CPP, foi revogado pela Lei n.º 12.403/2011, de forma que o simples fato de o agente estar no gozo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, não o impede de prestar fiança. A afiançabilidade dos delitos tornou-se regra.

É de ver que quem está gozando do *sursis* ou do livramento condicional não pode praticar novas infrações, pois isso implicaria na própria revogação dos institutos. Contanto, para que eles sejam revogados, a sentença pelo crime praticado precisa transitar em julgado. Enquanto isso, durante a apuração da nova infração, o agente poderá ser admitido a prestar fiança ou poderá ser aplicada, se adequada e necessária, medida cautelar não prisional.

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva;

Se as hipóteses de decretação da preventiva estão presentes, seja a garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução penal ou para evitar fuga, a fiança estará obstaculizada. Aliás, a presença dos requisitos da preventiva inviabiliza qualquer modalidade de liberdade provisória. Os institutos são incompatíveis. Se cabe preventiva, é porque não cabe liberdade provisória, com ou sem fiança. É de ver que a preventiva é medida extrema, e só terá cabimento se não adequada e suficiente outra medida cautelar menos gravosa.

4.6.3. Demais vedações

Temos ainda uma série de restrições à fiança, em face de algumas infrações. Estão diluídas no texto constitucional e na legislação extravagante. Vejamos.

- a) Estatuto do desarmamento (Lei n.º 10.826/2003): o parágrafo único do art. 14 (porte ilegal de arma de uso permitido) e o parágrafo único do art. 15 (disparo de arma de fogo), vedavam a admissibilidade de fiança para tais infrações. O STF, contudo, apreciando a ADI-3137, declarou inconstitucionais esses dispositivos. Como já admitiam liberdade provisória sem fiança, também passaram ao rol de infrações a fiançáveis. Com a Lei n.º 12.403/2011, é possível também a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP). Do informativo n.º 465 do STF, extraímos:

(...) relativamente aos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 da Lei 10.868/2003, que proíbem o estabelecimento de fiança, respectivamente, para os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de disparo de arma de fogo, considerou-se desarrazoada a vedação, ao fundamento de que tais delitos não poderiam ser equiparados a terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII). Asseverou-se, ademais, cuidar-se, na verdade, de crimes de mera conduta que, embora impliquem redução no nível de segurança coletiva, não podem ser igualados aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.

- e) Crime organizado (Lei n.º 9.034/1995): os agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, não serão admitidos a prestar fiança (art. 7º). O dispositivo também vedou a liberdade provisória sem fiança, o que para nós, por ser vedação absoluta, não passa pelo filtro constitucional. A partir da vigência da Lei n. 12.403/2011 é possível a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, com vistas a evitar a decretação da preventiva (§ 6º do art. 282, CPP).
- f) Crimes contra o sistema financeiro (Lei n.º 7.492/1986): o art. 31 veda a admissibilidade de fiança, nos crime contra o sistema financeiro apenados com reclusão, se estiverem presentes os requisitos da preventiva.

Já vimos que a preventiva é incompatível com qualquer modalidade de liberdade provisória. Portanto, ociosa a disposição legal.

- g) Lavagem de dinheiro (Lei n.º 9.613/1998): o art. 3º veda a admissibilidade de fiança ao branqueamento de capitais, e também impede a liberdade provisória sem fiança. Vedação absoluta, portanto inconstitucional.

4.7. Quebra da fiança

A quebra é ocasionada pelo descumprimento injustificado das obrigações do afofinçado (item 4.5). É a sanção processual imposta (apenas) pelo Judiciário àquele que rompeu com o laço de confiança. Para que a quebra seja determinada, acreditamos que o afofinçado deve ser ouvido, respeitando-se o contraditório e oportunizando eventual justificativa. A quebra pode ser determinada de ofício ou por provocação, tendo as seguintes consequências (art. 343, CPP):

- perda de metade do valor caucionado, que será recolhido ao fundo penitenciário, depois de deduzidas as custas e demais encargos a que o acusado estiver obrigado. A outra parte será devolvida. Mesmo que ao final o réu seja absolvido, a quebra não é revertida. Assim, fica apenas com 50% do que prestou a título de fiança;
- imposição de outras medidas cautelares pelo juiz ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva, com recolhimento ao cárcere, efetivando-se a prisão que foi evitada pela prestação de fiança, ou restabelecendo-se aquela previamente existente. Naturalmente, na fase investigativa, a decretação da preventiva como consequência da quebra dependerá de provocação judicial (art. 311, CPP). Enquanto o réu não for preso, o processo segue à sua revelia;
- impossibilidade, naquele mesmo processo, de nova prestação de fiança (art. 324, I, CPP).

A decisão pela quebra da fiança, sendo interlocutória, comporta recurso em sentido estrito (art. 581, VII, CPP), que terá efeito suspensivo apenas quanto ao perdimento da metade do valor prestado em garantia (art. 584, § 3º, CPP). Esse recurso pode ser interposto até mesmo pelo terceiro que prestou fiança em favor de outrem. A quebra não implica mais o recolhimento imediato ao cárcere, devendo o juiz aplicar outras medidas cautelares quando julgar quebrada a fiança, conforme critério de proporcionalidade e, só em último caso, decretar a prisão preventiva. Uma vez provido o recurso contra o quebramento, a fiança volta a subsistir em todos os seus efeitos, retirando-se imediatamente a eficácia de outra medida cautelar imposta por ocasião da quebra e/ou colocando-se o agente em liberdade, nas mesmas condições anteriores (art. 342, CPP).

4.8. Perda da fiança

Uma vez transitada em julgado a sentença condenatória que imprima ao réu pena privativa de liberdade, independentemente do regime, se fechado, aberto ou semi-aberto, o condenado terá que se recolher ao cárcere para iniciar o cumprimento da pena. Não pode frustrar a efetivação da punição, esquivando-se da apresentação a prisão, ou evadindo-se para não ser encontrado pelo oficial ou outra autoridade encarregada de levá-lo ao cárcere. Se o fizer, a fiança será julgada perdida, e por consequência, o valor remanescente da fiança, que já serviu para pagar custas, adimplir prestação pecuniária, indenizar a vítima, e cobrir eventual multa, não será devolvido, sendo canalizado ao fundo penitenciário, na forma da lei. Assim, 100% do que restar, após as deduções das custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será destinado aos cofres federais (art. 345, CPP).

A decisão que decreta a perda, privativa do juiz, comporta recurso em sentido estrito (art. 581, VII, CPP). Da mesma forma, tem efeito suspensivo quanto à destinação do valor remanescente (art. 584, *caput*, CPP).

4.9. Cassação da fiança

Em regra, fiança a ser cassada é aquela concedida por equívoco. A cassação funcionaria como a retificação de um erro, em razão de admissão da fiança em situação que não comportava. Ex: réu que presta fiança em processo por crime hediondo. Sendo a fiança expressamente vedada (art. 5º, XLIII, CF), deve ser cassada, de ofício, ou por provocação. Só o Judiciário pode determinar a cassação.

Admite-se ainda a cassação, caso ocorra uma inovação na tipificação do delito, reconhecendo-se a existência de infração inafiançável (art. 339, CPP). Imaginemos que o agente tenha sido indiciado por lesão corporal grave, e durante o inquérito, foi admitido a prestar fiança. Concluído o inquérito, e no momento da propositura da denúncia, o MP, analisando os autos, entende que o delito praticado pelo agente na função de delegado de polícia, deve ser tipificado como crime de tortura, logo inafiançável. Oferecida a denúncia, a fiança deve ser prontamente cassada, seja por requerimento do MP, seja de ofício, podendo o juiz aplicar medida cautelar diversa da prisão ou decretar, se necessário, a prisão preventiva, por decisão fundamentada.

Como o parâmetro para a fiança não é mais o quantitativo da pena do delito – já que, independentemente da sanção prevista em abstrato, todo crime é, em tese, afiançável, salvo vedação ou impedimento previsto na Constituição ou em lei –, não é mais motivo para a cassação o aditamento da denúncia que

impute mais uma infração ao réu. Pelo regime anterior à Lei n.º 12.403/2011, em face do concurso material implicar a soma das penas, caso fosse ultrapassado, em tese, o limite mínimo legal (pena mínima de dois anos), devia haver a cassação.

A decisão de cassação da fiança, tendo natureza interlocutória, comporta recurso em sentido estrito (art. 581, V, CPP), sem efeito suspensivo. O recolhimento ao cárcere não é mais imediato, dependendo de decisão fundamentada do juiz que o determine, caso não seja adequada medida cautelar diversa da prisão. Por sua vez, o bem caucionado será devolvido integralmente, afinal não houve nenhuma falta do afiançado. Julgado procedente o recurso, a fiança será **restaurada**, voltando-se ao *status quo ante*.

A cassação pode até mesmo ocorrer na fase recursal. Uma vez cassada a fiança, dizemos que a mesma foi **julgada inidônea**.

4.10. Reforço da fiança

O bem prestado em fiança deve corresponder ao valor fixado para a sua concessão durante toda a persecução penal. Desta forma, o reforço é a necessidade de implementar a fiança, seja porque ela foi tomada, por equívoco, em valor insuficiente; seja quando ocorrer a depreciação material ou perecimento de bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas; ou quando for inovada a classificação do delito, que tenha repercussão, em razão da alteração da pena, no quantitativo da fiança. Imaginemos um indiciamento por furto simples (art. 155, *caput*, CP), cuja pena em abstrato é de 1 a 4 anos (fiança pode variar de 1 a 100 salários mínimos), e no momento da denúncia, o MP imputa ao infrator furto qualificado, cuja pena é de 2 a 8 (fiança pode ser fixada de 10 a 200 salários mínimos). A qualificadora não impede a manutenção da fiança que tenha sido prestada na fase do inquérito, contudo, como houve alteração da pena (duplicação), e esta circunstância influencia na dosimetria da fiança, esta deve ser reforçada.

Se o reforço não for realizado, a fiança vai ser **julgada sem efeito** (ato fundamentado do juiz), com a possibilidade de aplicação, pela autoridade judiciária, de outra medida cautelar diversa da prisão ou, se necessária, imposição da prisão preventiva. É mais uma modalidade de **inidoneidade** da fiança. Da mesma forma, se a fiança foi prestada sem autorização de um dos cônjuges, havendo tal exigência, implica ineficácia total da garantia (súmula n.º 332, STJ). O bem que tinha sido dado em garantia será integralmente devolvido. A decisão que julga sem efeito a fiança comporta recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo (art. 581, V, CPP).

Se em face da situação de pobreza, o agente não tem condições de reforçar a fiança, por ter passado a ser excessivamente onerosa em razão da exigência do reforço, poderá ser dispensado do implemento, permanecendo assim em liberdade, com pleno efeito da fiança prestada, afinal, se pode ser dispensado do todo (art. 350, CPP), nada impede que o juiz o dispense do complemento.

4.11. Dispensa da fiança

Sendo a fiança um direito, é inimaginável que os incluídos financeiramente pudessem ficar livres, por terem condição de pagar, e os pobres tivessem que ficar reclusos, pelo desprestígio da condição financeira. Como o art. 5º, *caput* da CF assevera o princípio da igualdade, e esta tem que ser material, tratando-se desigualmente os desiguais, prevê o art. 350 do CPP que “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”.

De outra vertente, nos termos do parágrafo único, do mesmo art. 350 do Código, caso o beneficiado descumpra, sem justo motivo, qualquer obrigação que haja sido imposta por ocasião da dispensa do recolhimento da fiança ou outra medida cautelar aplicada (art. 319 do CPP), 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 última hipótese, decretar a prisão preventiva, se presentes os requisitos do art. 312, do Código, e não for suficiente outra cautela não cerceadora de liberdade (art. 319, CPP).

A prova da situação econômica do preso pode ser feita por qualquer elemento idôneo, como contracheque, termo de declaração de testemunhas, ou assistência pela Defensoria Pública. Entendemos que o atestado de pobreza dado pela autoridade policial, com previsão no art. 32, § 2º, do CPP, refoge às atribuições do delegado, contudo reconhecemos que é uma praxe, sendo amplamente aceito.

A dispensa não é uma discricionariedade do magistrado, e sim um direito do beneficiário. Presentes os requisitos que admitiriam a fiança e demonstrada a hipossuficiência, a concessão é de rigor. Nesse sentido Frederico Marques e Heráclito Antônio Mossin. Contra, o magistério de Mirabete, ao argumento de que a fiança “é uma faculdade judicial, podendo o magistrado concluir que o réu não oferece garantia de outras espécies, pela falta de residência fixa, de liame com o distrito da culpa, da periculosidade do agente, de sua vida pregressa ou personalidade etc., devendo denegar o benefício, mesmo porque estarão presentes as razões que autorizam a decretação da prisão preventiva”.

4.12. Procedimento

A fiança poderá ser concedida a qualquer momento da persecução penal. Enquanto não transitar em julgado a sentença, admite-se o arbitramento de fiança, até mesmo na pendência de recurso especial ao STJ ou de extraordinário ao STF. Nessa linha, o art. 334 do CPP preconiza que a fiança poderá ser prestada enquanto não advier o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Não existe mais a fiança provisória, que era prestada em caráter precário, e depois se submetia ao procedimento verificatório das condições de admissibilidade. Atualmente a análise dos requisitos é prévia, e assim, uma vez admitida a fiança, esta é definitiva (art. 330, CPP).

A fiança pode ser arbitrada tanto pela autoridade policial quanto pela judiciária. Aí está uma das vantagens do instituto. Admitindo-se que o delegado arbitre fiança, somente nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos (art. 322, *caput*, CPP), há uma celeridade na resolução do problema.

Nos demais casos (se o crime for apenado com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, se já se tratar da fase processual ou se for preciso suprir a omissão ou negativa do delegado), caberá ao juiz o arbitramento da medida, e uma vez requerida, terá 48 horas para decidir (art. 322, parágrafo único, CPP). De qualquer sorte, a deliberação, seja pelo delegado ou pelo magistrado, independe da prévia oitiva do MP. O promotor será intimado da decisão, para tomar as medidas que entendia cabíveis, e se quiser, poderá recorrer (art. 333, CPP). Em que pese a literalidade legal, deve-se respeitar o contraditório prévio, salvo os casos de urgência ou de risco de ineficácia da medida (art. 282, § 3º, CPP). Nada impede também que se impetre *habeas corpus* para a obtenção da liberdade provisória mediante fiança. O interessado poderá requerer o instituto diretamente à autoridade que preside o procedimento, ou, indicando-a como autoridade coatora, se valer do HC (art. 648, V, CPP).

Como forma de documentação e organização, “nos juízos criminais e delegacias de polícia, haverá um livro especial, com termos de abertura e de encerramento, numerado e rubricado em todas as suas folhas pela autoridade, destinado especialmente aos termos de fiança. O termo será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade e por quem prestar a fiança, e dele extrair-se-á certidão para juntar-se aos autos” (art. 329, *caput*, CPP). O livro funciona como ferramenta de controle das fianças concedidas.

4.13. Execução

Com o advento do trânsito em julgado da sentença condenatória, os bens dados em garantia devem ser convertidos em dinheiro, para propiciar o pagamento

das custas, indenizar a vítima, e quitar eventual multa. Se a fiança consistir em hipoteca, a execução será realizada na **esfera cível**, com iniciativa do Ministério Público (art. 348, CPP). Já se houve o caucionamento de pedras, objetos ou metais preciosos, o próprio juiz criminal determinará a venda, através de leiloeiro ou corretor, tentando assim obter a melhor arrecadação possível. De igual maneira se procederá se tiver havido a quebra ou a perda da fiança, pois nestas hipóteses, como já visto, parte dos valores será arrecadada para o Fundo Penitenciário Nacional.

5. OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

5.1. Considerações gerais

O sistema cautelar do processo penal sofreu reforma estrutural com a Lei n.º 12.403/2011. Além de restabelecer o prestígio da fiança, tornando regra a admissibilidade de sua concessão, salvo nos casos de vedação ou impedimento, o legislador trouxe um rol de medidas cautelares, com a previsão expressa de que devem ser impostas de forma preferencial à prisão.

Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP).

Mesmo sob a égide da disciplina cautelar anterior, o juiz poderia impor medidas cautelares não previstas expressamente no texto legislativo, toda vez que se revelassem menos gravosas que a prisão processual. Entretanto, com a previsão de um elenco de medidas cautelares no art. 319 do CPP, tem-se a vantagem de se indicar ao juiz, de forma exemplificativa, a ampla possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão preventiva, sublinhando que esta só será decretada em último caso.

Desse modo, embora exista um rol expresso de medidas cautelares, nada impede que o juiz estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso concreto, desde que não exceda os limites autorizados pela legislação. Daí pode o magistrado valer-se do rol do art. 319 do CPP, bem como de outras medidas menos restritivas, mas não pode aplicar medida cautelar mais gravosa sem que haja autorizativo legal expresso. Natural que seja assim, pois ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, pelo que transbordaria essa limitação constitucional a adoção de medidas cautelares ou assecuratórias mais ásperas que as acolhidas legislativamente.

Sublinhe-se que o cumprimento da medida cautelar imposta pode servir, inclusive, para efeitos de detração, havendo equivalência entre a cautelar cumprida e a pena cominada em futura sentença condenatória. Assim, aplicando-se ao final do processo pena restritiva de direitos, nada impede que o tempo de submissão a uma cautelar similar sirva para abatimento.

5.2. Momento e legitimidade

As medidas cautelares são passíveis de aplicação ao longo de toda a persecução penal, é dizer, durante toda a investigação criminal, seja ela conduzida pela polícia ou por outros órgãos de investigação, como as CPI's, e durante o processo.

Não há, na lei, prazo de durabilidade da medida. Portanto, a dilação no tempo depende do fator necessidade. A depender do estado das coisas (cláusula *rebus sic stantibus*), e da adequação ao caso concreto, a cautelar pode ser substituída, cumulada com outra, ou mesmo revogada, caso não mais se faça necessária. Sobrevindo novas provas indicando a sua conveniência, nada impede que seja red decretada.

Por outro lado, a razoável duração das medidas cautelares é também vetor interpretativo, por conduto do art. 5º, inc. LXXVIII da CF. A dilação excessiva da cautelar pode trazer constrangimento ilegal, afinal, mesmo sendo substitutivas do cárcere, elas importam ônus e limitação ao imputado, inclusive quando ao seu direito de ir, vir e ficar, como no monitoramento eletrônico, na proibição de freqüentar determinados lugares, na proibição de ausentar-se da comarca e no recolhimento domiciliar. Portanto, a irrazoabilidade temporal denota a ilegalidade da medida, desafiando mandado de segurança e até mesmo *habeas corpus*.

5.3. Requisitos

Como toda medida cautelar, pressupõem a presença do *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e demonstração da materialidade), que é a justa causa para a decretação da medida, somando-se ao *periculum* ao regular transcorrer da persecução penal, ou o risco inerente a liberdade plena, de sorte que as amarras ao agente caracterizam exatamente a pertinência da constrição às circunstâncias do fato. Exigem assim:

- (1) a 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. Espera-se com isso coibir a ocorrência de fuga, preservar a colheita dos elementos indiciários e/ou a prospecção

probatória, assim como evitar a reiteração de delitos, seja quando a manutenção do agente no desempenho funcional facilite a perpetuação criminosa, ou quando a convivência social em horários específicos ou fins de semana facilitem a delinquência.

- (2) a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Tem-se aqui vetores interpretativos que vão balizar, inclusive, a escolha da cautelar que tenha maior aderência, levando em conta a gravidade (concreta) do delito, as circunstâncias de como o fato criminoso foi praticado, retratando a historiografia do crime, além das condições pessoais do agente, individualizando-se a conduta e o seu protagonista.
- (3) Aplicação isolada, cumulada ou alternada de pena privativa de liberdade. É dizer, as cautelares em voga não se destinam a infrações que têm na multa a única pena, caracterizando verdadeiras contravenções. Da mesma forma, quando a única sanção prevista é a restrição de direitos, como ocorre no porte para uso de drogas, caracterizado como crime, porém sem reprimenda cerceadora da liberdade (art. 28, Lei n.º 11.343/06).

5.4. Cautelares em espécie

Vejamus cada uma delas, que estão sempre a depender da presença dos pressupostos gerais (cânones interpretativos para imposição dessas restrições):

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

A frequência de comparecimento deve ser estabelecida pelo juiz sempre com a finalidade de que o agente venha a informar e justificar suas atividades, vinculando-o a persecução penal. Nada impede que a finalidade seja outra, menos exigente (para o acusado simplesmente informar que não houve alteração de sua situação financeira, que o impediu de prestar fiança). Trata-se de medida cautelar com possibilidade de ampla imposição.

A periodicidade, fixada judicialmente, deve atender a razoabilidade, de forma que não prejudique a rotina de trabalho do indivíduo, e seja condizente com sua condição pessoal (se idoso, a frequência ao fórum, em regra, será menor que a dos demais acusados).

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;

A vedação deve ser revestida de plausibilidade, não sendo admissível que seja dissociada dos fatos. Daí que, quando a frequência a determinados ambientes seja fator de potencialização da prática de delitos, como festas de largo, bares, prostíbulos, a restrição será pertinente, desde que coerente com o contexto do delito anteriormente praticado.

Não se deve tolerar vedações genéricas, imprecisas. Por outro lado, a medida tem cabimento quando, por si só, seja suficiente a evitar a prática de novas infrações. Percebendo o magistrado que a medida pode não ser bastante, como *ultima ratio*, é possível a decretação da preventiva, como forma de garantir a ordem pública, se o delito e as circunstâncias comportarem a medida (adequação).

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

Pode o agente ser proibido de entrar em contato com determinada pessoa, mas a vedação, consoante critério de proporcionalidade, deve guardar relação com o fato delituoso, a exemplo da necessidade dessa cautela no caso de infração que envolva violência ou grave ameaça contra o indivíduo.

Não podemos descurar das pessoas que vão contribuir com a persecução penal, como testemunhas, peritos, assistentes técnicos e a própria vítima. Por essa razão, e para tutela da instrução criminal, a proibição também se faz pertinente.

Percebe-se que a vedação ao contato não se restringe ao mesmo ambiente físico, coibindo-se telefonemas, emails, cartas, e qualquer outra forma da qual possa gerar intimidação. É de bom tom que o beneficiado pela medida seja sempre informado, alimentando o juízo com informações sobre eventual descumprimento, que servirão como mais uma fonte de cognição, que pode gerar, inclusive, havendo revogação do instituto, a decretação eventual da prisão preventiva, se o delito comportar a medida.

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

Como se depreende, a vedação não pode ser arbitrária. Em regra, o acusado deve responder ao processo em liberdade provisória, comumente com a imposição de obrigações. A limitação deve ser justificada pela necessidade de produção indiciária/probatória, seja na fase preliminar, seja na processual. Para que a medida não seja ineficaz, o juízo encaminhará comunicação aos órgãos de fiscalização, com o fito de se certificar que o agente não está se ausentando da sua sede jurisdicional. Nas grandes comarcas, a imposição dessa cautelar é de efetividade duvidosa. Caso se trate de proibição de ausentar-se do País, a decretação da

cautelar 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 (art. 320, CPP).

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

A medida cautelar em tela é a ideal para tornar a prisão preventiva realmente excepcional. Sendo suficiente o recolhimento domiciliar, desnecessária é a segregação cautelar. Para ser possível sua imposição, exige-se que o agente possua residência e trabalho fixos. Daí não caber o recolhimento domiciliar quando se constatar a necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, por já ter o acusado fugido do distrito de culpa, quando a cautelar indicada será a preventiva (art. 312, CPP).

Por outro lado, para que não se fique refém do mero senso de disciplina do agente, pela nítida dificuldade de fiscalização do real cumprimento da medida, nada impede que seja cumulada com o monitoramento eletrônico.

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;

As ramificações da atividade criminosa dentro do funcionalismo público são por demais deletérias. A facilitação da atividade delitiva sob o manto da atuação pública é um obstáculo para estancar a reiteração de condutas, o que pode, inclusive, resvalar no comprometimento da ordem pública.

Havendo pertinência funcional, com facilitação da atividade criminosa pela função desempenhada, admite-se que ela seja cautelarmente suspensa, notadamente em se tratando dos crimes contra a administração pública (não é suficiente mera conjectura, mas possibilidade concreta da prática de novas infrações caracterizada pelo histórico/circunstâncias dos fatos e/ou pelos antecedentes do infrator). Em face do *status* de inocência, e por ser mera suspensão, o subsídio continuará sendo provido. Por se tratar de medida cautelar, ela não se confunde com a perda da função pública, do cargo ou do mandato eletivo, prevista no art. 92, inc. I, alínea “a” do CP como efeito da condenação, pressupondo condenação a pena igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever funcional. Em tal caso, a efetivação pressupõe o trânsito em julgado da decisão.

Por outro lado, a suspensão do exercício da atividade econômica ou financeira também estão a exigir pertinência temática, como ocorre no risco de perpetuação de delitos contra o sistema financeiro (Lei 7.492/86) ou contra a ordem econômica (Lei n.º 8.137/90 e 8.176/91).

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;

A previsão é salutar, evitando-se o decreto da prisão preventiva, com o recolhimento ao cárcere, de pessoas com incapacidade absoluta ou reduzida de entender o caráter ilícito do fato em virtude de doença mental. No entanto, a medida deve ser justificada pelo risco da reiteração delituosa, o que impede a internação compulsória em razão da simples prática delitiva, como se fosse um efeito automático da doença mental.

A decisão deve estar apoiada no respectivo incidente de insanidade ou similar, não apenas para aferir a higidez mental do agente, como também para dosar a probabilidade da reiteração de condutas.

A internação se dará no Hospital de Custódia e Tratamento, sendo adequada aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, leia-se, àqueles com conotação mais gravosa. Como não houve restrição, alberga-se não só a violência contra a pessoa, como também contra objetos, como no crime de dano.

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;

Como estudado, a fiança é a medida reservada a impugnação do cárcere, impondo implementação financeira e submetendo o agente a uma série de obrigações. De regra, funciona como contracautela, ou até mesmo como cautelar autônoma, assegurando o comparecimento do agente aos atos processuais, evitando a obstrução da persecução, ou sendo imposta quando o agente resiste injustificadamente à ordem judicial, evitando o encarceramento.

IX - monitoração eletrônica.

A tecnologia também deve ser utilizada em favor da persecução penal. O monitoramento eletrônico tem seus contornos na década de 60, ganhando efetividade nos idos da década de 80, notadamente em território americano e europeu. No Brasil, em que pese leis estaduais de duvidosa constitucionalidade tratando do tema, como ocorreu no Estado de São Paulo (Lei n.º 12.906/08), fato é que a matéria foi devidamente regulamentada por força da Lei n.º 12.258/08, alterando a execução penal, e inserindo o instituto para o seguinte tratamento:

- a) Saída temporária aos beneficiários do regime semiaberto;
- b) Disciplina da prisão domiciliar.

Com o advento da Lei n.º 12.403/011, o instituto passa a permear toda a persecução penal, desde a fase investigativa, contemplando inclusive a evolução processual, funcionando como verdadeiro substitutivo do cárcere cautelar, para aferir a ida, vinda ou permanência do indivíduo em determinados lugares, por meio de aparato tecnológico não ostensivo, com impacto mínimo na sua rotina, em consonância com o estipulado em decisão judicial motivada.

Como aponta Renato Brasileiro de Lima, o instituto conta com uma tríplice finalidade:

- a) detenção: manter o indivíduo em lugar determinado;
- b) restrição: para que o agente não freqüente determinados ambientes;
- c) vigilância: da rotina do agente.

Por outro lado, em face da absoluta ausência de disciplina procedimental e dos regramentos da medida, que devem ser apontados no mandado judicial, utilizaremos, por analogia, o art. 146-C da Lei 7.210/84, de forma que será imputado ao agente o dever de:

- a) receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;
- b) abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça.

Naturalmente, o descumprimento de qualquer dos deveres pode ocasionar a substituição da medida, a cumulação com outra, ou como medida extrema, a decretação da preventiva (se o delito comportar).

6. QUADRO SINÓTICO

CAPÍTULO X – LIBERDADE PROVISÓRIA E OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	
CONCEITO	
A liberdade provisória é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente.	
ESPÉCIES	
Liberdade provisória obrigatória	Suplantada pela Lei n.º 12.403/2011, a liberdade provisória obrigatória constituía-se em direito incondicional do infrator nos crimes em que a lei previa que ele “se livrasse solto”.

Liberdade provisória permitida	É admitida quando não estiverem presentes os requisitos de decretação da preventiva, e quando a lei não vedar expressamente e terá seu cabimento de acordo com a reforma do CPP (lei 12.403/11).
Liberdade provisória vedada	É vedada quando couber prisão preventiva e nas hipóteses que a lei estabelecer expressamente a proibição.
LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA	
Com o novo texto do Código, conferido pela Lei 12.403/2011, a fiança foi revigorada. Agora, em tese, todo delito é afiançável. Só não o será nas hipóteses da seletividade expressa de proibição para sua concessão, como ocorre em alguns crimes (racismo, tortura, tráfico, terrorismo, hediondos, delitos cometidos por grupos armados civis ou militares e contra o Estado Democrático de Direito – art. 323, CPP) ou nos casos em que, embora não haja previsão de inafiançabilidade, o não cabimento da fiança decorre de impedimento legal a sua concessão, seja por motivos de quebra da fiança, de prisão civil ou militar, seja quando presentes os requisitos da preventiva (art. 324, CPP).	
Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação	É possível ainda a concessão de liberdade provisória sem fiança e sem qualquer obrigação, segundo o sistema do CPP instituído pela Lei n.º 12.403/2011. Trata-se da possibilidade de o juiz entender desnecessária ou inadequada a imposição de qualquer medida cautelar do art. 319, CPP, ou a imposição de outra obrigação, concedendo a liberdade provisória simples, não vinculada a qualquer condição. É o que decorre do art. 321 do CPP, ao frisar que uma vez 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 do Código e observados os critérios constantes do art. 282 (necessidade e adequação para aplicação de medida cautelar).
Liberdade provisória sem fiança e com vinculação	É a liberdade provisória condicionada, apesar de não exigir fiança. O infrator permanecerá em liberdade, submetendo-se às exigências legais. Trata-se de liberdade provisória sem fiança e com vinculação (as obrigações ou as outras medidas cautelares não prisionais do art. 319, CPP). 1. Auto de flagrante X excludentes de ilicitude: a prisão em flagrante e o local onde o preso se encontra deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 306, <i>caput</i> , CPP). Por seu turno, o auto de prisão em flagrante, após lavrado, deverá ser remetido, em até 24 horas, ao magistrado competente (art. 306, § 1º, CPP). Malgrado o art. 310, parágrafo único, não faça mais menção à oitiva prévia do MP, é recomendado que seja oportunizado o contraditório, eis que se cuida de concessão de medida cautelar liberatória e assim preconiza o § 3º, do art. 282 do Código, com a ressalva dos casos de urgência e do perigo de eficácia da medida. O beneficiado apenas irá se comprometer ao comparecimento a todos os atos do inquérito e do processo, para os quais seja devidamente intimado. O instituto é um direito daquele que atende aos requisitos legais, e não uma mera faculdade judicial.

<p>Liberdade provisória sem fiança e com vinculação</p>	<p>2. Auto de flagrante X inexistência de hipótese autorizadora da prisão preventiva</p> <p>Se o juiz entende que não há risco à ordem pública, econômica, não se faz conveniente à instrução criminal, pois o indivíduo não apresenta risco à livre produção probatória, nem há risco de fuga, deve haver a concessão da liberdade provisória, cumulada ou não com as medidas cautelares não cerceadoras de liberdade, a teor do art. 319, CPP. Da mesma forma, o MP deve ser previamente ouvido, com fundamento no estatuído pela nova redação § 3º, do art. 282, do CPP..</p>
	<p>3. Restrições</p> <p>a) Crimes hediondos e assemelhados (tráfico, tortura e terrorismo): estas infrações, como já relatado, não admitem a prestação de fiança (art. 5º, XLIII, CF). Contudo, por força da Lei n.º 11.464/2007, alterando o art. 2º, II, da Lei n.º 8.072/1990, passaram a admitir liberdade provisória sem fiança. A Lei n.º 12.403/2011 deu nova redação ao art. 323, do CPP, reiterando que não será concedida fiança nesses delitos (incisos I e II).</p> <p>b) Estatuto do desarmamento: o art. 21 da Lei n.º 10.826/2003 vedava a concessão de liberdade provisória aos seguintes crimes:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Posse ou porte ilegal de arma de uso restrito (art. 16); – Comércio ilegal de arma de fogo (art. 17); – Tráfico internacional de armas (art. 18). <p>Por outro lado, também passaram a ser afiançáveis com a vigência da Lei n.º 12.403/2011, já que a quantidade da pena (mínima) atribuída ao delito não é mais fator limitador para a concessão de fiança.</p> <p>O STF, apreciando ação direta de inconstitucionalidade (ADI-3137), declarou tal vedação incompatível com o texto constitucional. Nesta égide, tais infrações agora admitem liberdade provisória sem fiança.</p> <p>c) Crime organizado: o art. 7º da Lei n.º 9.034/1995 veda qualquer modalidade de liberdade provisória, com ou sem fiança, “aos agentes que tenham intensa e efetiva participação na organização criminosa”. Perceba, pela exposição acima, que medida de tal natureza, vedando de forma absoluta o instituto, àqueles que tenham intensa participação na organização criminosa, fere a proporcionalidade e não se arrima com a Carta Maior.</p> <p>d) Lavagem de dinheiro: o art. 3º, <i>caput</i>, da Lei n.º 9.613/1998 veda qualquer liberdade provisória à lavagem de capitais. Repita-se o que já se disse quanto à inconstitucionalidade da vedação absoluta.</p> <p>e) Crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal: estas infrações, por envolverem enriquecimento ilícito, não comportam liberdade provisória sem fiança (art. 310, CPP), contudo admitem a prestação de fiança (art. 325, § 2º, I, CPP).</p>

	<p>4. Fundamentação: Deve o magistrado sempre motivar a manutenção da prisão em flagrante, deixando claros os motivos que não o levaram à concessão da liberdade provisória, em face da necessidade da segregação cautelar.</p> <p>Tinha prevalecido o entendimento contrário, sob o fundamento de que a motivação da manutenção do flagrante era desnecessária, a não ser que o magistrado tivesse sido provocado a se manifestar sobre a concessão da liberdade provisória.</p> <p>Com a Lei 12.403/2011, o juiz não deverá simplesmente homologar a prisão em flagrante. Em outras palavras, o auto de prisão em flagrante, por si só, não é título hábil a manter alguém preso sem ser corroborado por decisão fundamentada da autoridade judiciária que evidencie a presença dos requisitos da preventiva e a ausência de justificativa para substituí-la por medida cautelar menos gravosa não cerceadora de liberdade (art. 319, CPP). É que, se for o caso de manter a segregação cautelar iniciada com o flagrante, esta prisão deve ser convertida em prisão preventiva de maneira motivada.</p> <p>5. Outras hipóteses de cabimento</p> <p>a) O art. 350 do CPP prevê a dispensa da prestação de fiança àqueles que sejam considerados economicamente hipossuficientes. Nada impede, pela nova sistemática, que outras medidas cautelares do art. 319 do CPP sejam cumuladas ao hipossuficiente.</p> <p>b) O art. 69, parágrafo único da Lei nº 9.099/1995, prevê que àquele surpreendido quando da prática de infração de menor potencial ofensivo, em sendo “imediatamente encaminhado ao juizado” ou assumindo o compromisso de a ele comparecer, “não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”.</p> <p>6. Sistema recursal</p> <p>Da concessão da liberdade provisória sem a prestação de fiança cabe o recurso em sentido estrito. Já a denegação do instituto curiosamente é irrecurável, cabendo o socorro à ação de <i>habeas corpus</i>.</p>
LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA	
<p>Havia uma série de obstáculos à concessão do instituto, de sorte que paradoxalmente, em regra, era mais fácil obter a liberdade provisória sem fiança, do que mediante a prestação da mesma. Com o advento da Lei 12.403/2011, esse contexto se modificou. Em tese, todo crime passou a ser afiançável, ressalvadas as hipóteses de vedação expressa (proibição constitucional e/ou legal) e de óbice a seu deferimento por falta de requisito objetivo ou subjetivo (impedimento).</p>	
<p>Fiança X liberdade provisória mediante fiança</p>	<p>A fiança é uma caução, uma prestação de valor, para acautelar o cumprimento das obrigações do afiançado.</p> <p>Já a liberdade provisória mediante fiança é o direito subjetivo do beneficiário, que atenda aos requisitos legais e assuma as respectivas obrigações, de permanecer em liberdade durante a persecução penal. Pode haver cumulação, inclusive, com as demais medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP).</p>

Objetivos da fiança	Busca-se com a fiança obter a presença do agente a todos os atos da persecução penal, evitando-se os efeitos deletérios do cárcere preliminar. Se houver condenação, objetiva-se também garantir a execução da pena. Ocorrida condenação, o valor prestado (dinheiro ou objetos dados em garantia) ainda vai servir para um nobre papel, que é indenização da vítima, o pagamento das custas processuais, da prestação pecuniária e de eventual multa, caso o réu seja condenado (art. 336, <i>caput</i> , CPP). Mesmo que ocorra a prescrição da pretensão executória (art. 110 do CP), o valor da fiança seguirá este destino (parágrafo único).
Valor da fiança	<p>a) 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;</p> <p>b) de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.</p>
Valor da fiança	Aliado ao critério objetivo de cálculo, exige-se ainda que se leve em conta a situação financeira do afiançado. Nesta linha, nem a fiança pode ser um fardo impagável, afinal haveria, indiretamente, a violação de um direito, nem pode ser por demais branda, já que sua insignificância em face do poderio econômico do réu descrédibilizaria a medida. Pode-se assim reduzir o valor encontrado em até 2/3. Tanto a autoridade judicial quanto o delegado podem fazê-lo. Haverá ainda, pela insuficiência do montante, a possibilidade de aumentá-la até 1.000 (mil) vezes, a teor do inciso III, do § 1º, do art. 325 do CPP (não mais até o décuplo, como previa a redação anterior). Além dos juízes, os delegados também passam a poder promover a exasperação.
Modalidades de fiança	A fiança pode ser prestada de duas maneiras: por depósito ou por hipoteca, desde que inscrita em primeiro lugar. O depósito pode ser de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, e títulos da dívida federal, estadual ou municipal (art. 330, CPP). Já os bens dados em hipoteca estão definidos no art. 1.473 do Código Civil.
Obrigações do afiançado	A liberdade provisória mediante fiança é sempre condicionada, exigindo a lei, além do implemento financeiro, uma série de obrigações ao afiançado, sendo possível, ademais, a aplicação cumulativa de uma ou mais medidas cautelares do art. 319 do CPP, quais sejam: comparecimento perante a autoridade, toda vez que for intimado para os atos do inquérito e da instrução; impossibilidade de mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade competente; proibição de ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar em que poderá ser encontrado; vedação de deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; obrigação de cumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; dever de não resistir injustificadamente a ordem judicial; vedação à prática de novas infrações dolosas.

<p>Vedações legais</p>	<p>Vedações do art. 323, CPP:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. nos crimes de racismo; 2. nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; 3. nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
<p>Vedações legais</p>	<p>Impedimentos do art. 324, CPP:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 - 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; 2 - em caso de prisão civil ou militar; 3 - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). <p>Demais vedações:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Estatuto do desarmamento (Lei n.º 10.826/2003): o parágrafo único do art. 14 (porte ilegal de arma de uso permitido) e o parágrafo único do art. 15 (disparo de arma de fogo), vedavam a admissibilidade de fiança para tais infrações. O STF, contudo, apreciando a ADI-3137, declarou inconstitucionais esses dispositivos. Como já admitiam liberdade provisória sem fiança, agora passaram a ser também infrações afiançáveis. Com a Lei n.º 12.403/2011, é possível também a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP). b) Crime organizado (Lei n.º 9.034/1995): os agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, não serão admitidos a prestar fiança (art. 7º). O dispositivo também vedou a liberdade provisória sem fiança, o que para nós, por ser vedação absoluta, não passa pelo filtro constitucional. A partir da vigência da Lei n. 12.403/2011 é possível a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, com vistas a evitar a decretação da preventiva (§ 6º do art. 282, CPP). c) Crimes contra o sistema financeiro (Lei n.º 7.492/1986): o art. 31 veda a admissibilidade de fiança, nos crime contra o sistema financeiro apenados com reclusão, se estiverem presentes os requisitos da preventiva. d) Lavagem de dinheiro (Lei n.º 9.613/1998): o art. 3º veda a admissibilidade de fiança ao branqueamento de capitais, e também impede a liberdade provisória sem fiança.
<p>Quebra da fiança</p>	<p>A quebra é ocasionada pelo descumprimento injustificado das obrigações do afiançado, podendo ser determinada de ofício ou por provocação.</p> <p>Consequências: perda de metade do valor caucionado, que será recolhido ao fundo penitenciário, depois de deduzidas as custas e demais encargos a que o acusado estiver obrigado; imposição de outras medidas cautelares pelo juiz ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva, com recolhimento ao cárcere; impossibilidade, naquele mesmo processo, de nova prestação de fiança.</p>

Quebra da fiança	<p>A decisão pela quebra da fiança comporta recurso em sentido estrito (art. 581, VII, CPP), que terá efeito suspensivo apenas quanto ao perdimento da metade do valor prestado em fiança (art. 584, § 3º, CPP). Esse recurso pode ser interposto até mesmo pelo terceiro que prestou fiança em favor de outrem. A quebra não implica mais o recolhimento imediato ao cárcere, devendo o juiz aplicar outras medidas cautelares quando julgar quebrada a fiança, conforme critério de proporcionalidade e, só em último caso, decretar a prisão preventiva. Uma vez provido o recurso contra o quebramento, a fiança volta a subsistir em todos os seus efeitos, retirando-se imediatamente a eficácia de outra medida cautelar imposta por ocasião da quebra e/ou colocando-se o agente em liberdade, nas mesmas condições anteriores (art. 342, CPP).</p>
Perda da fiança	<p>Transitada em julgado a sentença condenatória, não pode o condenado frustrar a efetivação da punição, esquivando-se da apresentação a prisão, ou evadindo-se para não ser encontrado pelo oficial ou outra autoridade encarregada de levá-lo ao cárcere. Se o fizer, a fiança será julgada perdida, e por consequência, o valor remanescente da fiança, que já serviu para pagar custas, adimplir prestação pecuniária, indenizar a vítima, e cobrir eventual multa, não será devolvido, sendo canalizado ao fundo penitenciário, na forma da lei. Assim, 100% do que restar, após as deduções das custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será destinado aos cofres federais (art. 345, CPP).</p> <p>A decisão que decreta a perda comporta recurso em sentido estrito (art. 581, VII, CPP). Tem efeito suspensivo quanto à destinação do valor remanescente (art. 584, <i>caput</i>, CPP).</p>
Cassação da fiança	<p>Possibilidades:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Concedida por equívoco (regra). Deve ser cassada, de ofício, ou por provocação. Só o judiciário pode determinar a cassação. – Caso ocorra uma inovação na tipificação do delito, reconhecendo-se a existência de infração inafiançável (art. 339, CPP). Oferecida a denúncia, a fiança deve ser prontamente cassada, seja por requerimento do MP, seja de ofício, podendo o juiz aplicar medida cautelar diversa da prisão ou decretar, se necessário, a prisão preventiva, por decisão fundamentada. <p>A decisão de cassação da fiança comporta recurso em sentido estrito sem efeito suspensivo. Julgado procedente o recurso, a fiança será restaurada. A cassação pode ocorrer na fase recursal. Cassada a fiança, diz-se que a mesma foi julgada inidônea.</p>
Reforço da fiança	<p>O reforço é a necessidade de implementar a fiança (quando for tomada, por equívoco, em valor insuficiente; quando ocorrer a depreciação material ou perecimento de bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas; quando for inovada a classificação do delito, que tenha repercussão, em razão da alteração da pena, no quantitativo da fiança).</p>

Reforço da fiança	Se o reforço não for realizado, a fiança vai ser julgada sem efeito (ato fundamentado do juiz), com a possibilidade de aplicação, pela autoridade judiciária, de outra medida cautelar diversa da prisão ou, se necessária, imposição da prisão preventiva. É mais uma modalidade de inidoneidade da fiança. O bem que tinha sido dado em garantia será integralmente devolvido. A decisão que julga sem efeito a fiança comporta recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo. Em face de situação de pobreza, o agente poderá ser dispensado do reforço, permanecendo em liberdade, com pleno efeito da fiança prestada.
Dispensa da fiança	O art. 350 do CPP dispõe que “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”. Caso o beneficiado descumpra, sem justo motivo, qualquer obrigação que haja sido imposta por ocasião da dispensa do recolhimento da fiança ou outra medida cautelar aplicada (art. 319 do CPP), 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 última hipótese, decretar a prisão preventiva, se presentes os requisitos do art. 312, do Código, e não for suficiente outra cautela não cerceadora de liberdade (art. 319, CPP).. A dispensa não é uma discricionariedade do magistrado, mas um direito do beneficiário.
Procedimento	Enquanto não transitar em julgado a sentença, admite-se o arbitramento de fiança, até mesmo na pendência de recurso especial ao STJ ou de extraordinário ao STF. A fiança pode ser arbitrada pela autoridade policial ou pela judiciária, independentemente da prévia oitiva do MP.
Execução	Com o advento do trânsito em julgado da sentença condenatória, os bens dados em garantia devem ser convertidos em dinheiro, para propiciar o pagamento das custas, indenizar a vítima, e quitar eventual multa.
Outras medidas cautelares diversas da prisão	1. Considerações gerais: O sistema cautelar do processo penal sofreu reforma estrutural com a Lei n.º 12.403/2011. Além de restabelecer o prestígio da fiança, tornando regra a admissibilidade de sua concessão, salvo nos casos de vedação ou impedimento, o legislador trouxe um rol de medidas cautelares, com a previsão expressa de que devem ser impostas de forma preferencial à prisão. Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP).

<p>Outras medidas cautelares diversas da prisão</p>	<p>2. Momento e legitimidade: As medidas cautelares são passíveis de aplicação ao longo de toda a persecução penal, é dizer, durante toda a investigação criminal, seja ela conduzida pela polícia ou por outros órgãos de investigação, como as CPI's, e durante o processo. Não há, na lei, prazo de durabilidade da medida. Portanto, a dilação no tempo depende do fator necessidade. A depender do estado das coisas (cláusula <i>rebus sic stantibus</i>), e da adequação ao caso concreto, a cautelar pode ser substituída, cumulada com outra, ou mesmo revogada, caso não mais se faça necessária. Sobrevindo novas provas indicando a sua conveniência, nada impede que seja redecretada.</p> <p>3. Requisitos: (1) a 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; (2) a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado; e (3) aplicação isolada, cumulada ou alternada de pena privativa de liberdade.</p> <p>4. Cautelares em espécie (rol não taxativo): 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 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.</p>
--	---

7. SÚMULAS APLICÁVEIS

7.1. STJ

81. Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.
332. A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

8. INFORMATIVOS RECENTES

8.1. STJ

Atentado violento ao pudor. Falsidade ideológica.

“In casu”, o ora recorrente foi preso em flagrante delito, pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 214 e 299 do CP. Conforme os autos, ele e uma turma de amigos participavam de uma festa popular, na qual havia a presença de famílias, inclusive a da vítima, menor de 11 anos. Ali cometera contra ela o suposto crime de atentado violento ao pudor, fazendo-se, ainda, passar por membro de determinada corporação da qual fora exonerado por deficiência técnica. A Turma deu provimento ao recurso, por entender que, **na decisão de primeiro grau, corroborada pelo tribunal “a quo”, que indeferiu a liberdade provisória do recorrente, não foram tecidos fundamentos idôneos e suficientes à manutenção da prisão cautelar, pois, apesar de afirmarem a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade para a deflagração da ação penal, não apontaram elementos concretos extraídos dos autos que justificassem a necessidade da segregação provisória, amparando-se, tão somente, na gravidade abstrata do delito e na alusão genérica à necessidade de preservação da ordem social.** *RHC 26.755, rel. Min. Laurita Vaz, j. 10.8.10. 5ª T. (Info 442)*

HC. Condenação superveniente.

Na hipótese dos autos, foi concedida liberdade provisória ao paciente, que fora preso em flagrante pela prática do crime previsto no art. 33, “caput”, da Lei 11.343/06. Todavia, em juízo de retratação, o magistrado de primeiro grau revogou a liberdade provisória e determinando a prisão do paciente, decisão que foi mantida pelo tribunal “a quo”. No “habeas corpus”, pretende-se a desconstituição do acórdão recorrido com a expedição de alvará de soltura. Para tanto, sustenta-se ausência dos requisitos autorizadores da segregação cautelar, elencados no art. 312 do CPP. Nesta Superior Instância, ao se apreciar o “writ”, ressaltou o min. rel. que, **em 19.11.2009, foi proferida sentença que condenou o paciente à pena de um ano e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado. Assim, entendeu-se que a superveniência de sentença penal condenatória torna prejudicado o pedido de liberdade provisória, por configurar, no caso, novo título da custódia cautelar** (arts. 387, parágrafo único, e 659 do CPP). Diante disso, a Turma julgou prejudicado o “habeas corpus”. *HC 142.261, rel. Min. Og Fernandes, j. 17.8.10. 6ª T. (Info 443)*

Tráfico. Drogas. Liberdade provisória.

A Turma concedeu a ordem de “habeas corpus” para restabelecer a decisão do juízo de primeiro grau que havia deferido a liberdade provisória a paciente presa em flagrante pela suposta prática do delito de tráfico de entorpecentes. Reiterou-se o entendimento já noticiado na Turma de que **a simples invocação do art. 44 da Lei 11.343/06 e a menção à quantidade de droga apreendida não são suficientes para o indeferimento do pedido de soltura, quando ausente a demonstração dos requisitos do art. 312 do CPP e, principalmente, duvidosa a autoria do crime.** *HC 170.005, rel. Min. Maria T. A. Moura, j. 30.6.10. 6ª T. (Info 441)*

8.2. STF

Liberdade provisória e tráfico de drogas – 2

Aduziu-se que a necessidade de garantia da ordem estaria fundada em conjecturas a respeito da gravidade e das consequências dos crimes imputados à paciente, não havendo qualquer dado concreto a justificá-la. Asseverou-se que, no que tange à conveniência da instrução criminal tendo em conta o temor das testemunhas, a prisão deixara de fazer sentido a partir da prolação da sentença condenatória. Considerou-se que a circunstância, aventada na sentença, de que a prisão em flagrante consubstanciaria óbice ao apelo em liberdade não poderia prosperar, dado que a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei de Drogas, implicaria afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (CF, arts. 1º, III, e 5º, LIV, LVII). Frisou-se, destarte, **a necessidade de adequação da norma veiculada no art. 5º, XLII, da CF adotada pelos que entendem que a inafiançabilidade leva à vedação da liberdade provisória a esses princípios. Enfatizou-se que a inafiançabilidade, por si só, não poderia e não deveria considerados os princípios mencionados constituir causa impeditiva da liberdade provisória.** *HC 101505, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. 2ª T. (Info 572)*

Liberdade provisória e tráfico de drogas – 3

Evidenciou-se, assim, inexistirem antinomias na CF. Ressaltou-se que a regra constitucional bem como a prevista na legislação infraconstitucional seria a liberdade, sendo a prisão exceção, de modo que o conflito entre normas estaria instalado se se admitisse que o seu art. 5º, XLII, estabelecesse, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória. Salientou-se ser inadmissível, ante tais garantias constitucionais, compelir-se alguém a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, impossibilitando-o, ademais, de usufruir de benefícios da execução penal. Registrou-se não se negar a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes, nocividade aferível pelos malefícios provocados no quanto concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Esclareceu-se, por fim, todavia, que se imporia ao juiz o dever de explicitar as razões pelas quais cabível a prisão cautelar. *HC 101505, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. 2ª T. (Info 572)*

Liberdade provisória e tráfico de drogas – 3

Em conclusão de julgamento, a Turma deferiu “habeas corpus” para que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tratava-se de “writ” no qual se pleiteava a concessão de liberdade provisória a denunciado, preso em flagrante, pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, “caput” e § 1º, II, e 35, “caput”, ambos combinados com o art. 40, I, todos da Lei 11.343/06 – v. Infos 550 e 552. Reputou-se que a vedação do deferimento de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da mencionada Lei 11.343/06, consubstanciaria ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da presunção de inocência (CF, arts. 1º, III e 5º, LIV e LVII). Aduziu-se que incumbiria ao STF adequar a esses princípios a norma extraível do texto do art. 5º, XLIII, da CF, a qual se refere à inafiançabilidade do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Nesse sentido, asseverou-se que a inafiançabilidade não poderia e não deveria, por si só, em virtude dos princípios acima citados, constituir causa impeditiva da liberdade provisória e que, em nosso ordenamento, a liberdade seria regra e a prisão, exceção. Considerando ser de constitucionalidade questionável o texto do art. 44 da Lei 11.343/06, registrou-se que, no caso, o juízo homologara a prisão em flagrante do paciente sem demonstrar, concretamente, situações de fato que, vinculadas ao art. 312 do CPP, justificassem a necessidade da custódia cautelar. Vencida a Min. Ellen Gracie, relatora, que, adotando orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão de liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, denegava a ordem. *HC 97579, red. p/ ac. Min. Eros Grau, 2.2.2010. 2ª T. (Info 573)*

Tráfico de drogas e liberdade provisória

Ante a peculiaridade do caso, a 1ª Turma denegou “habeas corpus”, mas o concedeu, de ofício, por votação majoritária, para que a paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver custodiada. Na espécie, presa em flagrante, com outros réus, em 8.5.2007 – por suposto crime de tráfico ilícito de entorpecentes em associação (Lei 11.343/06, arts. 33, “caput”, § 1º, I, e 35) –, permanecera enclausurada durante todo o processo. O juízo de primeiro grau a condenara à pena de 15 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e a sanção pecuniária, mantendo a custódia cautelar. A defesa interpusera, dentre outros recursos, apelação, desprovida por maioria, e embargos infringentes. De início, salientou-se que o **tema acerca da vedação da liberdade provisória a preso em flagrante por tráfico de entorpecentes aguarda o posicionamento do Plenário**. Consignou-se, também, que a matéria relativa ao excesso de prazo não fora submetida ao crivo do STJ, o que impediria o seu conhecimento, sob pena de supressão de instância. Considerou-se, entretanto, que a situação dos autos admitiria concessão da ordem de ofício. No ponto, registrou-se, com base no andamento processual constante do site do tribunal estadual, o transcurso de praticamente 1 ano entre a sentença e o julgamento da apelação e, ainda, a distribuição dos embargos de infringência, opostos em 20.1.2010, apenas em 8.11.2010. Reputou-se patente o constrangimento ilegal, sobretudo por ser a paciente maior de 60 anos e portadora de doença grave (câncer), tendo assegurado, por lei, prioridade na tramitação em todas as instâncias. Vencido o Min. Ricardo Lewandowski que, por não entender configurado o excesso de prazo, apenas denegava o “writ”. Por fim, negou-se a extensão da ordem aos demais corréus. Enfatizou-se que somente a paciente teria jus às benesses legais referidas, e que apenas ela obtivera um voto favorável pela absolvição e opusera embargos infringentes. Ademais, observou-se que os corréus, em face da decisão unânime contra eles proferida, interpuseram recursos especial e extraordinário, ambos em tramitação. Desse modo, em relação a eles não haveria mais instância ordinária. Vencido, nesta parte, o Min. Marco Aurélio que estendia a concessão do habeas aos corréus. *HC 102015, red. p/acórdão Min. Dias Toffoli, 9.11.2010. 1ª T. (Info 608)*

HC 97.975-MG. Rel. Min. Cármen Lúcia

“Habeas corpus”. 1. Superveniência da sentença condenatória. Novo título prisional. Não ocorrência de prejuízo da presente ação. 2. Paciente que à época da sentença condenatória ainda estava preso em flagrante por colaborar como informante com grupo, organização ou associação destinado à prática dos crimes previstos nos arts. 33, “caput”, e 34 da Lei 11.343/06. Impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante por crimes hediondos ou equiparados. 3. Paciente que não estava em liberdade ao tempo da sentença para postular o benefício. Precedentes. 1. A superveniência da sentença condenatória, apesar de constituir novo título da prisão, não prejudica a ação no caso de tráfico de drogas, uma vez que o réu somente poderá apelar em liberdade se estiver solto ao tempo da condenação. “Habeas corpus” conhecido. 2. **A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (CF, art. 5º, inc. XLIII).** O art. 2º, inc. II, da Lei 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. **Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 11.464/07, que, ao retirar a expressão ‘e liberdade provisória’ do art. 2º, inc. II, da Lei 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do STF, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.** 3. A Lei 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei 11.343/06, art. 44, “caput”), aplicável ao caso vertente. 4. Paciente preso em razão do flagrante por colaborar como informante com grupo, organização ou associação destinado à prática dos crimes previstos nos arts. 33, “caput”, e 34 da lei 11.343/06. Não há falar, na espécie vertente, em direito de recorrer em liberdade, uma vez que, em razão da impossibilidade de concessão de liberdade provisória, o Paciente não está solto à época da prolação da sentença. Precedente. 5. Ordem denegada. (*Info 579*)

HC 102.546-MS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski

Processual penal. “Habeas corpus”. Prisão em flagrante pelo crime de tráfico de entorpecentes. Manutenção da prisão. Decisão lastreada na vedação do art. 44 da lei 11.343/06. Pressupostos do art. 312 do CPP. Demonstração. Liberdade provisória. Vedação. Ordem denegada. Jurisprudência do STF. I. **A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria CF, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII), e do art. 44 da Lei 11.343/06.** II. Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, previstos no art. 312 do CPP, em especial o da garantia da ordem pública, por existirem sólidas evidências do envolvimento do paciente na prática delito de tráfico de drogas. III. “Habeas corpus” denegado. (*Info 589*)

9. QUESTÕES DE CONCURSOS PÚBLICOS

01. (TJ/MG/Juiz/2009) Marque a alternativa CORRETA.

A liberdade provisória pode ser concedida no caso de:

- (A) Prisão em flagrante.
- (B) Prisão preventiva.
- (C) Prisão em flagrante viciado.
- (D) Prisão temporária.

02. (TRF 1º Região/Juiz/2009) (desmembrada) A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que a proibição da liberdade provisória para os autores de tráfico de drogas, prevista na Lei n.º 11.343/2006, não é, por si só, fundamento suficiente para a denegação do benefício.

03. (DPE/PI/2009) A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela CF à legislação ordinária.

04. (MPE/PB/Promotor/2010) (desmembrada) Fixado o valor da fiança, se assim recomendar a situação econômica do réu, poderá ser reduzido até o máximo de dois terços ou aumentada, pelo juiz, até o décuplo. Nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, poderá ser reduzido em até nove décimos ou aumentada até o décuplo.
5. (PGM/Boa Vista/Procurador/2010) (adaptada) A liberdade provisória deverá ser concedida sempre que o juiz verificar a ausência de quaisquer das hipóteses previstas em lei para a decretação da prisão preventiva, podendo impor, se for o caso, as medidas cautelares, previstas no art. 319 do CPP.
6. (TJ/TO/Juiz/2007) (desmembrada) Segundo entendimento do STF, é inconstitucional a vedação de fiança, legalmente prevista, nos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.
07. (TJ/SE/Juiz/2008) (desmembrada) A autoridade policial somente pode conceder fiança nos casos de infração penal punida com prisão simples.
08. (MPE/PB/Promotor/2010) (desmembrada) Será declarada quebrada a fiança quando reconhecida a existência de crime inafiançável, no caso de inovação na classificação do delito.
09. (MPE/AM/Promotor/2007) Redija texto dissertativo acerca da fiança no direito processual penal brasileiro.

GABARITO		
Questão	Alternativa	Anotação
01	A	Vide: • Item “1. Conceito”.
02	E	O tema ainda é pauta de acalorado debate jurisprudencial. “Em vários julgados a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça acentuou que a vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06 não é obstáculo, por si, à concessão da liberdade provisória, não se olvidando que a proibição então contida na Lei de Crimes Hediondos foi suprimida pela Lei nº 11.464/07” (HC 131302). Mais recentemente, porém, o STJ decidiu que “a vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/2006 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/2007. A referida vedação legal é, portanto, razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, de sorte que prescinde de maiores digressões a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, nestes casos” (HC 138362). Vide: • Item “3.2.1. Restrições”, letra a.

03	C	<p>“A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII). O art. 2º, inc. II, da Lei 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis” (STF HC 97915).</p> <p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 5º, XLIII da CF, art. 2º, II da Lei n.º 8.072/90 e art. 323, II do CPP. • Item “3.2.1. Restrições”, letra a.
04	E	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 325, § 1º do CPP. • Item “4.3. Valor da fiança”.
05	C	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 321 do CPP. • Item “3.2. Liberdade provisória sem fiança e com vinculação”, letra b.
06	C	<p>O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 14 da Lei n.º 10.826/03, em maio de 2007, na ADI 3.112-1.</p> <p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 14, caput e parágrafo único da Lei n.º 10.826/03. • Item “4.6.3. Demais vedações”, letra a.
07	B	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 322 do CPP. • Item “4.12. Procedimento”.
08	E	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 343 e 339 do CPP. • Item “4.7. Quebra da fiança” e “4.9. Cassação da fiança”.
09	<p>Vide:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Item “4. Liberdade provisória mediante fiança”. 	