

ATUALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Lei nº 12.403,
de 05 de maio de 2011

O Capítulo que se segue se incorporará à 15ª edição de nosso Curso de Processo Penal, reunindo em um só, os capítulos 11 e 12 das edições anteriores. Uma nova edição do citado livro, portanto, se fará necessária, em razão da recentíssima Lei 12.403, publicada no dia 05 de maio de 2011, com vigência prevista para o dia 04 de julho do corrente ano.

Nele serão discutidas todas as alterações trazidas pela nova legislação, modificando o nosso CPP, relativamente às prisões e à liberdade provisória, agora acrescidas de novas medidas cautelares pessoais.

Assim, e enquanto não vem à lume a próxima edição, juntamos essa Separata aos exemplares restantes da 14ª edição, e àqueles de nossos Comentários ao Código de Processo Penal, em parceria com Douglas Fischer.

Brasília, 06 de maio de 2011.

Eugênio Pacelli de Oliveira

SUMÁRIO

Capítulo 11 - Da Prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória	5
11.2. As determinações constitucionais da não culpabilidade.....	8
11.3. Princípio fundamental das medidas cautelares: o postulado da proporcionalidade	11
11.4. As medidas cautelares, diversas das prisões	16
11.4.2. Procedimento das cautelares.....	27
11.7. Prisão Preventiva	32
11.7.1. Requisitos fáticos: situações legais de risco à persecução penal.....	34
11.7.2. Requisitos normativos: definição dos crimes passíveis de decretação de prisão preventiva	40
11.7.3. Prazo: a construção jurisprudencial	41
11.7.4. Prisão preventiva <i>ex officio</i>	43
11.7.5. Vedação Legal à Prisão Preventiva.....	45
11.8. Prisão Domiciliar	46
11.9. O ato prisional: generalidades	47
11.10. Prisão Especial	51
11.11. Prisão para extradição e prisão civil	53
11.12. A liberdade provisória, com e sem fiança.....	53
11.12.1 Relaxamento da Prisão.....	58
11.12.2. Liberdade Provisória com Fiança	59
11.12.3. A Restituição da Liberdade do Art. 283, § 1º, do CPP	65
11.12.4. A inafiançabilidade constitucional e a vedação <i>ex lege</i> à liberdade ..	66
11.12.5. Execução Provisória	72

CAPÍTULO 11

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

11.1. AS NOVAS REGRAS DAS PRISÕES E DA LIBERDADE

PROVISÓRIA: AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS -----

Finalmente, depois de uma década de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovado o Projeto de Lei 4.208, de 2001, transformado agora na Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, publicada no dia 05 do mesmo mês de maio, embora com profundas modificações do anteprojeto originário. O início de vigência da citada Lei está previsto para o dia 04 de julho de 2011 (sessenta dias após a sua publicação – Lei Complementar 95/98).

A nova legislação traz relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir – felizmente – inúmeras alternativas ao cárcere (art. 319, CPP).

No entanto, sua aprovação não deixa de causar certa perplexidade: tramita no Congresso Nacional o PLS 156, contendo um Projeto de Lei de um Novo Código de Processo Penal, a partir de anteprojeto de lei elaborado por uma Comissão de Juristas da qual tivemos a honra de participar como Relator-Geral. Ali também se prevê a instituição de medidas cautelares, abrangendo, em grande parte, o conteúdo da nova Lei (12.403/11).

Como se vê, e já o havíamos alertado desde as mais recentes edições deste Curso, não há como fazer qualquer prognóstico quanto à aprovação, e muito menos, quanto ao prazo de apreciação daquele PLS 156 no Congresso Nacional. No Brasil, tudo é possível, ou, impossível, dependendo da direção em que olha!

Em razão dessas significativas alterações, a promover verdadeira revolução na matéria, optamos por *unificar* o seu exame, abordando todas as questões a ela pertinentes em um único Capítulo.

E isso se explica facilmente. É que, agora, assumiu-se a natureza *cautelar* de toda prisão antes do trânsito em julgado; junto a isso, *ampliou-se* o leque de alternativas

para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras *modalidades* de medidas cautelares.

E não temos o menor receio em afirmar que a expressão *liberdade provisória* somente foi mantida em razão de seu inadequado manejo no texto constitucional, conforme se vê no art. 5º, inciso LXVI, a dizer que *ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*.

Eis, então, a primeira crítica às novas regras: não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, *com e sem fiança*, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é *provisório* é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A *liberdade* é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada *não será perpétua*, isto é, será sempre *provisória*.

Por isso, pensamos que se deveria varrer do mapa essa expressão, limitando a lei a explicitar as medidas cautelares e as modalidades de prisão. Todas elas *provisórias*. Obviamente.

Torna-se, pois, absolutamente inadiável a redefinição de diversos institutos jurídicos pertinentes à matéria, para o fim de seu realinhamento com o novo sistema de cautelares de índole pessoal incorporado ao Código.

Mas, há algo que precisa ser esclarecido logo à saída, na conformidade com as novas regras. E o faremos por meio da definição de *dez sínteses* conclusivas sobre a matéria.

- 1) Embora a Lei 12.403/11 mantenha a distinção conceitual entre prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, é bem de ver que todas elas *exercem o mesmo papel* e a mesma *função processual* de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal;
- 2) As medidas cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas *independentemente* de prévia prisão em flagrante (art. 282, § 2º, CPP), ao contrário da legislação anterior, que somente previa a concessão de liberdade provisória para aquele que fosse aprisionado em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na do processo;
- 3) As referidas medidas cautelares, diversas da prisão, poderão também *substituir* a prisão em flagrante (art. 310, II, e art. 321, CPP), quando não for cabível e adequada a prisão preventiva (art. 310, II, CPP);
- 4) A liberdade provisória, agora, passa a significar apenas a diversidade de modalidades de *restituição da liberdade*, após a prisão em flagrante. O art. 321, CPP (*ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319...*) deve ser entendido nesse sentido (de restituição da liberdade do aprisionado) e não como fundamento para a decretação de medidas cautelares sem anterior prisão em flagrante. A base legal para estas últimas providências reside no art. 282, § 2º, CPP;

- 5) A prisão preventiva tanto poderá ser decretada independentemente da anterior imposição de alguma medida cautelar (art. 282, § 6º, art. 311, art. 312 e art. 313, CPP), quanto em *substituição* àquelas (cautelares) previamente impostas e eventualmente descumpridas (art. 282, § 4º, art. 312, parágrafo único, CPP);
- 6) Poderá, do mesmo modo, ser decretada como *conversão da prisão em flagrante*, quando presentes os seus requisitos (art. 310, II, CPP), e forem insuficientes as demais cautelares;
- 7) A prisão preventiva poderá também ser substituída por medida cautelar menos gravosa, quando esta se revelar mais adequada e suficiente para a efetividade do processo (art. 282, § 5º, CPP);
- 8) Quando decretada *autonomamente*, ou seja, como *medida independente* do flagrante, ou, ainda, como *conversão deste*, a prisão preventiva submete-se às exigências do art. 312 e do art. 313, ambos do CPP; quando, porém, for decretada *subsidiariamente*, isto é, como *substitutiva* de outra cautelar *descumprida*, não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP;
- 9) Nenhuma medida cautelar (prisão ou outra qualquer) poderá ser imposta quando não for cominada à infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa da liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, § 3º, CPP); do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a *transação penal*, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a *suspensão condicional do processo*, conforme previsto na Lei 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo;
- 10) Em se tratando de crimes *culposos*, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da *proporcionalidade*; contudo, quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares do art. 319 e art. 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação;

De se atentar, então, para o fato de que as novas regras das cautelares pessoais, que surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória, *não podem ser banalizadas*, somente justificando a sua imposição, *sobretudo quando não for o caso de anterior prisão em flagrante*, se forem atendidos os requisitos gerais previstos no art. 282, I e II, CPP, fundada, portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo.

E, por fim, todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas em nosso CPP, antes do trânsito em julgado e a partir da nova Lei 12.403/11, recebem a alcunha ou a designação de *medidas cautelares*. Outras cautelares já existiam, desde o início do CPP, sem, porém, carregar esse nome. São exemplos de medidas cautelares, de natureza *patrimonial*, aquelas relativas à *restituição de bens*, *ao arresto*, *ao sequestro* e à *instituição de hipoteca legal*, consoante as regras do disposto no art. 120 e

seguintes do CPP. São também medidas cautelares, já agora de natureza *probatória*, as providências relativas à quebra das inviolabilidades pessoais previstas em Lei ou na Constituição (interceptações, busca e apreensão etc. - art. 5º, X e XII, CF).

11.2. AS DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA NÃO CULPABILIDADE -----

O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) referia-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.

Todavia, desde a Constituição da República, em 1988, e, mais recentemente, desde a Lei 11.719, de 2008, que promoveu profundas alterações na matéria, ninguém pode negar a atual realidade do Direito Processual Penal brasileiro: toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação, deverá se *fundar em ordem escrita e fundamentada* da autoridade judiciária competente, nos exatos termos em que se acha disposto no art. 5º, LXI, ressalvados apenas os casos de *transgressão militar* ou de *crime militar* definido em lei, que não serão objeto de nossas considerações.

Veja-se, então, a *dupla e definitiva* determinação constitucional acerca das prisões:

Art. 5º: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

...

LXI - 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;

O princípio da inocência, ou da não-culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da *presunção* de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).

A Constituição da República, portanto, promoveu:

- a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal;
- b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

Em consequência, toda e qualquer prisão deverá se pautar na *necessidade* ou na *indispensabilidade* da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade.

E essa *finalidade* há que ser encontrada também no âmbito constitucional, na medida em que somente por essa via se poderia afastar as duas determinações constitucionais a que acabamos de nos referir.

Nesse passo, surge a necessidade de *preservação da efetividade* do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente.

Com efeito, nenhuma atividade regular do exercício do Poder Público pode ser descurada ou ter subestimada a sua utilidade, sobretudo, quando se tratar de funções típicas do Estado, que vem a ser precisamente a atuação do Poder Judiciário. Quaisquer condutas que tendam a impedir ou a embaraçar a sua atuação devem ser coartadas. Obviamente, não se está aqui a defender uma *funcionalização* desmedida do processo penal, de tal modo que a preocupação com a sua efetividade supere quaisquer das garantias individuais. Em absoluto. A realização cotidiana da Justiça criminal somente será legítima se observadas todas as garantias individuais, pressuposto, aliás, do *devido processo legal*. O que estamos a afirmar é que *quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo*, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com o recurso à sua inerente *coercibilidade*.

No entanto, e exatamente em razão das premissas constitucionais que devem orientar e vincular a atuação estatal, toda prisão, bem como qualquer outra medida acautelatória da jurisdição penal, há que partir de ordem judicial escrita e fundamentada, ancorada na indispensabilidade da providência. Ver, no particular, o disposto no art. 283, no art. 387, no art. 413, e, em interpretação mais abrangente, o quanto previsto no art. 315, todos do CPP.

Nesse sentido, por exemplo, a nova redação do art. 283, CPP, trazida com a Lei 12.403/11, aparece afastar expressamente a *execução provisória* da condenação criminal:

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

É dizer: agora, com as novas regras, somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo. Esclareça-se, ao propósito, que a prisão *temporária*, ao contrário da *preventiva*, somente é cabível na fase de investigação, já que instituída para o fim de melhor tutelar o inquérito policial, nos termos da Lei 7.960/89. Já a veremos. Por isso, apenas as razões da prisão preventiva (art. 311, art. 312 e art. 313, CPP) poderão justificar a custódia cautelar no curso do processo.

De se ver, no ponto, que a ausência de qualquer exceção na lei, quanto à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na instância ordinária (até o segundo grau de jurisdição), pode se revelar bastante problemática, na medida em que – sabe-se, a mais não poder – toda decisão dos tribunais superiores, seja para *apreciar*, seja para *rejeitar* o cabimento de recurso especial ou extraordinário, pode levar *muito mais tempo que a tramitação na jurisdição ordinária* (primeiro e segundo grau).

Por isso, pensamos que, em casos excepcionais (embora não sejam tão raros os exemplos concretos), em que não haja qualquer dúvida quanto à *autoria* e à *materialidade* – confissão livre e espontânea em juízo, testemunhos claros e coerentes, ausência de prova da defesa etc. – e, menos ainda, quanto à *classificação do crime*, ou seja, quanto às *questões de fato e de direito*, não se deveria trancar em definitivo a possibilidade de execução provisória. O Direito, mesmo enquanto conjunto de *regras*, há que se manter aberto às *exceções*, inerentes à complexidade do mundo da vida e à diversidade histórica.

De todo modo, a nova redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, *em face de nossas determinações constitucionais*, das quais podemos até discordar; jamais, descumprir.

De outro lado, e como logo se verá, adiante, também a prisão em flagrante, que, obviamente, dispensa ordem judicial, reclamaria fundamentação judicial para a sua *manutenção*. No entanto, a Lei 12.403/11 esclarece, de modo definitivo, que sequer se tratará de se *manter a prisão em flagrante*, mas, se for o caso, de *sua conversão “em” ou “na”* decretação da prisão preventiva (art. 310, II, CPP).

Aliás, desde a Lei 11.719, de 2008, que trouxe profundas alterações em nosso CPP, a legislação processual penal brasileira deixa clara a indispensabilidade de fundamentação judicial, fundada em necessidade acautelatória, para a decretação de prisões antes do trânsito em julgado.

Confira-se:

Art. 387...

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

Referido dispositivo, como se sabe, se refere ao momento de prolação da sentença penal condenatória. Sua introdução no ordenamento, desde aquela época, já havia produzido efeitos junto a outros dispositivos a ele relacionados, tais as hipóteses do art. 311 e do art. 595, ambos do CPP.

No entanto, e agora, com a Lei 12.403/11, o art. 311 já recebeu nova e adequada redação, permitindo a decretação da prisão preventiva *em qualquer fase do processo* (o que inclui a *sentença condenatória*). E o art. 595 (que previa a *deserção* da apelação pela fuga do réu), foi, agora, objeto de revogação expressa (art. 4º). Ao propósito, e mesmo antes da nova regra, registrem-se os termos da Súmula nº 347, do Superior Tribunal de

Justiça, nesses termos: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. As posições mais recentes da Suprema Corte são também nesse sentido.

Também, no mesmo dispositivo (art. 4º, Lei 12.403/11), restou revogado art. 393, CPP, que autorizava o lançamento do nome do condenado em primeiro grau no rol dos culpados.

Na mesma linha, e relativamente aos processos da competência do Tribunal do Júri, o atual art. 413, §3º, CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.689/08, tem disposição idêntica àquela do art. 387, exigindo ordem escrita e fundamentada, isto é, motivada, ou para a manutenção do réu já preso ou para a decretação da preventiva, por ocasião da decisão de pronúncia.

Art. 413...

§ 3º 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 de decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Como se vê, então, a prisão cautelar, a) depende de ordem judicial fundamentada; b) pode ser decretada até a sentença condenatória; e c) fundamenta-se nas razões da prisão preventiva.

E, do mesmo modo, a imposição de qualquer medida cautelar, diversa da prisão, precisamente por implicar restrições a direitos individuais, reclamará, sempre, *fundamentação escrita da autoridade judiciária*, com base nos critérios de *necessidade e de adequação* da medida (art. 282, CPP, e art. 283 e art. 315, CPP, extensivos às cautelares).

11.3. PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DAS MEDIDAS CAUTELARES:

----- O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Em tema de medidas cautelares é comum o recurso às expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (ou *libertatis*), significando a *aparência do bom direito* e o *perigo da demora*, valendo também, em matéria penal, o *fumus comissi delicti*, a ser traduzido pela *aparência do fato delituoso*.

Sobre tais questões, cabem algumas ponderações preliminares no âmbito geral do processo penal.

Por primeiro, há que se observar que, ao contrário do que ocorre no processo de natureza *não penal*, inexistente no processo penal o *processo cautelar* propriamente dito, no sentido mais tradicional da teoria geral do processo, a exigir a *demandada*, *partes legitimadas*, *pedido* e demais requisitos da citada tutela processual (cautelar).

Assim, e embora não estejamos de acordo com a opção legislativa, parece-nos irrecusável a validade da legislação ora vigente (e sempre foi assim, desde o ano de 1941), que atribui à polícia judiciária a *capacidade de representação* junto ao juiz, para fins da imposição de determinadas medidas cautelares, se e quando no curso da fase

de investigação. Ver, nesse sentido, o disposto no art. 282, § 2º, e no art. 311, ambos do CPP, referindo-se a essa capacidade das autoridades policiais (os Delegados) *na fase de investigação*.

Há quem não admita semelhante possibilidade, ao entendimento que apenas a *parte legitimada ao processo* – querelante, na ação privada, e Ministério Público – teria *capacidade postulatória*. É o caso, por exemplo, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em entendimento manifestado na apreciação do Procedimento MPF – 1.00.001.000095/2010-86, julgado em 02.12.2010.

O inconformismo é justificável, *do ponto de vista teórico*. A nosso juízo, *deveria mesmo* caber ao legitimado ativo a postulação de quaisquer providências que tenham consequências, ainda que futuras, no processo.

No entanto, não vemos como enxergar na Constituição da República qualquer óbice à legislação que disponha sobre a capacidade de solicitação de providências judiciais *na fase de investigação*. Ao contrário, bem examinadas as coisas, a nossa Constituição deu-se ao trabalho de registrar as funções da polícia judiciária (art. 144, § 1º, I e IV, e § 4º, CF). Pior, ao dispor sobre o *controle externo da atividade policial* pelo Ministério Público (art. 129, VII, CF), deixou à legislação complementar a regulamentação da aludida atribuição. E essa, de que é exemplo mais bem acabado a Lei Complementar 75/93, que trata do Ministério Público da União, *nada dispõe acerca da suposta privatividade ministerial* ou da parte processual com capacidade exclusiva acerca das providências cautelares da fase de investigação. (ver art. 3º e art. 9º).

Por isso, aliado ao fato de que a legislação processual penal *não contempla um processo cautelar*, como procedimento *judicial* anterior ao processo *principal*, cuidando da fase de investigação como matéria *administrativa*, parecem-nos válidas as normas legais que concedem semelhante capacidade (de representação ao juiz) à autoridade policial, desde que limitada, é claro, à aludida fase (de investigação).

Uma ressalva: se o Ministério Público, que deverá ser cientificado das providências *representadas* pela autoridade policial, entender ausentes elementos suficientes para o prosseguimento das investigações, ou mesmo que o caso é de arquivamento por outra razão qualquer (incluindo, e, sobretudo, atipicidade manifesta da conduta), deverá ele antecipar-se à apreciação judicial acerca das cautelares, manifestando-se nesse sentido (do arquivamento), por uma ou outra razão.

Feitas tais considerações, avança-se para a fundamentação das providências cautelares no atual processo penal brasileiro.

A rigor, e a partir da Lei 12.403/11, há duas diferentes modalidades de cautelares, a saber, a) as prisões; e b) as medidas cautelares, diversas da prisão.

A liberdade provisória, como já antecipado, vem a ser agora apenas a *explicitação* das hipóteses de medidas cautelares *por ocasião da restituição da liberdade*, sempre a partir da prisão em flagrante. Haverá casos em que a *fiança*, que vem a ser uma das cautelares, *será vedada* (art. 323, art. 324, CPP); e, outros, nas quais, ou nada se exigirá do aprisionado senão o comparecimento a todos os atos do processo (art. 310, parágrafo único, CPP), ou nenhuma cautelar será imposta, devendo ser integralmente restituída a liberdade (art. 283, §1º, CPP).

E logo perceberá o leitor que há grande identidade entre as *razões ou fundamentos* para a imposição de prisão (art. 312) e de qualquer outra medida cautelar (art. 282), o que se presta a indicar a *preferência* por esta última.

Vamos, então, à Lei:

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

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

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

E, quanto à prisão preventiva:

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

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

O que ressalta dos aludidos textos é que toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levará em conta a *necessidade* e a *adequação* da medida, a serem aferidas a partir da:

- a) garantia da aplicação da lei penal;
- b) conveniência da investigação ou da instrução criminal

Note-se que, tanto para as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 e art. 320, CPP), quanto para a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP), estão presentes *as mesmas exigências*, quanto ao juízo de *necessidade* da restrição ao direito (garantir a aplicação da lei penal e a eficácia da investigação e da instrução criminal).

E não só isso: a referência feita à *adequação* da providência (art. 282, II, CPP), tendo em vista a gravidade e demais circunstâncias do fato, bem como as condições pessoais do indiciado (na investigação), ou, do acusado (no processo), vem a ser, na realidade, a verdadeira *pedra de toque* do novo sistema de cautelares.

É que, agora, a regra *deverá ser* a imposição *preferencial* das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando *inadequadas* ou *descumpridas* aquelas (as outras medidas cautelares). Essa é, sem dúvida, a nova orientação da

legislação processual penal brasileira, que, no ponto, vem se alinhar com a portuguesa e com a italiana, conforme ainda teremos oportunidade de referir.

O que não impedirá, contudo, repita-se, que quando *inadequadas e insuficientes* as cautelares diversas da prisão, se decreta a preventiva, desde logo e autonomamente.

Necessidade e adequação, portanto, são os referenciais fundamentais na aplicação das novas medidas cautelares pessoais no processo penal.

E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso *postulado*, ou *princípio* (como prefere a doutrina), da *proporcionalidade*.

Para não sermos repetitivos e nem cansarmos o leitor, reitera-se o seguinte: o postulado da proporcionalidade, presente implicitamente em nossa Constituição, por dedução do conjunto geral da garantias individuais, exerce uma dupla função no Direito, a saber:

- a) na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na *proibição do excesso*, mas, também, na *máxima efetividade* dos direitos fundamentais, serve de efetivo *controle da validade* e do *alcance* das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação;
- b) na segunda, presta-se a permitir um juízo de *ponderação* na escolha da norma mais adequada em caso de eventual *tensão* entre elas, ou seja, quando mais de uma norma, legal ou constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.

Por isso, e quanto a essa última função, Robert ALEXY, dentre outros, se refere aos três essenciais critérios de ponderação: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a efetiva *divergência* de sentidos entre duas normas igualmente válidas e pertinentes para determinado caso concreto (*Derecho y razón práctica. 2ª reimpressão, corregida. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y política, 2002*).

No que nos interessa mais de perto aqui, o juízo de proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares deverá também se orientar por tais perspectivas, e, de modo mais sensível, naquelas atinentes à *proibição do excesso* e da *adequação* da medida.

Quando presente a *necessidade* da cautelar, tendo em vista eventuais riscos ao processo, o primeiro passo do juiz no exame das medidas cabíveis será na direção da *adequação* da providência, em vista da *concreta* situação pessoal do agente, bem como da *gravidade* e das *circunstâncias* do fato.

A necessidade da cautela, portanto, deve ser apenas o ponto de partida para toda e qualquer imposição de medida cautelar.

Deve-se ter em conta, então, que, em princípio, não se recorrerá à prisão preventiva, salvo quando constatadas imediatamente as hipóteses legais dispostas no art. 312, e art. 313, CPP. A primazia deverá ser da imposição de medida cautelar diversa da prisão. Daí se não queira concluir, repetimos, que se deva, sempre, antecipar outra providência acautelatória diversa da prisão. Não. Sabemos que há casos em que, a *gravidade* do fato, as *circunstâncias* de sua execução, aliadas à *natureza* da ação, a revelar fundado

receio de novas investidas, seja no âmbito da própria vítima e seus familiares, seja em relação a terceiros, autorizam a decretação da preventiva desde logo (art. 311, CPP). Aliás, a circunstância de uma anterior *prisão em flagrante* poderá se juntar aos demais requisitos, justificando a aplicação, *por conversão* (art. 310, II, CPP), da preventiva.

De outro lado, o juízo de *proporcionalidade* em matéria de medidas cautelares e de prisões, não só está presente de modo claro na legislação penal e processual penal vigente, como, agora, se fará autorizado pelos novos critérios de prisão preventiva e dos velhos parâmetros para a aplicação da pena no Brasil.

Veja-se, por exemplo, que, desde o ano de 1998, com a Lei 9.714, a nossa legislação penal passou a *ampliar as hipóteses* de aplicação da pena *restritiva de direitos*, permitindo a substituição da privativa da liberdade para as condenações *não superiores a quatro anos*, se praticado o fato sem violência ou grave ameaça (art. 44, I, CP), não for o réu reincidente em crime doloso (art. 44, II, CP) e as circunstâncias pessoais do agente o recomendarem (art. 44, III, CP). O objetivo é óbvio: evitar o excesso de privações da liberdade.

Nota-se, então, certo grau de proporcionalidade (no sentido da proibição do excesso!) entre a hipótese geral da prisão preventiva, conforme art. 313, I, CPP (crimes dolosos punidos com pena privativa superior a quatro anos) e a substituição da pena privativa da liberdade (art. 44, I, CP – condenação até quatro anos).

Na mesma direção, tem-se prudência e proporção na vedação de imposição de quaisquer medidas cautelares – incluindo a prisão preventiva – para as infrações às quais não seja prevista pena privativa da liberdade (art. 283, §1º, CPP). Nenhuma providência cautelar pode ser superior ao resultado final do processo a que se destina tutelar.

Há também manifesta proporcionalidade em relação aos crimes *culposos*, para os quais permanece *vedada* a prisão preventiva, ressalvada a hipótese do art. 313, parágrafo único, CPP, limitada a prisão *para e até* a identificação do acusado. Ora, se o art. 44, I, CP, autoriza a substituição da pena, *qualquer que seja aquela aplicada*, para os crimes *culposos*, porque razão se recorrer à prisão preventiva??? Aqui, a desproporção da medida restaria evidente! A medida cautelar seria *mais grave* que a pena aplicada!

Isso, como *regra*, é claro. Excepcionalmente, e sempre excepcionalmente, quando o acusado for reincidente em condutas lesivas a terceiros, mesmo culposas, não vemos razões para impedir a imposição de determinadas e adequadas medidas cautelares, desde que se possa constatar a possibilidade, no caso concreto, de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo.

Com redobradas razões, não se imporá a prisão preventiva e nem mesmo qualquer outra medida cautelar nas infrações consideradas de menor potencial ofensivo, segundo assim dispuser a respectiva Lei 9.099/95, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. É que ali o processo se orienta pela informalidade e pela pacificação do conflito, ostentando, portanto, natureza *conciliatória*.

Por fim, pensamos que, para as infrações penais para as quais sejam cabíveis e (desde que) *aceitas* as hipóteses de suspensão condicional do processo, tais como previstas no art. 89 da Lei 9.099/95, não se poderá recorrer às novas medidas cautelares. E assim nos parece porque a *suspensão do processo*, em si, já determina a *ausência de necessidade* de preservação da efetividade do processo. Não bastasse isso, as condições

exigidas e impostas para a suspensão, segundo o ali disposto (art. 89, I, II, III e IV), já oferecem garantias acauteladoras, guardando, inclusive, identidade com as novas regras trazidas pela Lei 12.403/11.

A seguir, então, passaremos em revista os principais aspectos e características das medidas cautelares *diversas das prisões*, deixando o exame destas últimas para depois, em tópicos separados.

11.4. AS MEDIDAS CAUTELARES, DIVERSAS DAS PRISÕES

Vamos direto à Lei, e, mais especificamente, ao agora disposto no art. 319, CPP:

Art.319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

II- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III- proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstância relacionada 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 o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII- internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX- monitoração eletrônica

As novas medidas cautelares pessoais no Brasil, como parece evidente, se espelham na legislação portuguesa, conforme se vê do art. 197 e seguintes do Código de Processo Penal de Portugal, lá tratadas como *medidas de coacção*, e que, a seu turno, se inspiraram no Código de Processo Penal italiano e suas *misure coercitive do Codice di Procedura Penale italiano* (art. 280 e seguintes).

Como certamente terá percebido o leitor, nenhuma delas parece oferecer dificuldades quanto ao respectivo significado, função e consequências. De modo mais claro: elas são auto-explicativas!

O que não impede ou dispensa uma abordagem mínima dos respectivos conteúdos.

I) A *primeira* cautelar implica o comparecimento periódico a sede do juízo, para que o investigado ou acusado informe sobre suas atividades regulares (art. 319, I, CPP).

Aludida providência já é encontrada na legislação processual penal brasileira, do mesmo modo, aliás, que algumas outras que veremos, na chamada *suspensão condicional do processo*, cabível para infrações penais cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano (art. 89, Lei 9.099/95), para a qual, uma vez aceita pelo acusado, se imporá a obrigação de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informação e justificação de atividades.

Naturalmente, sendo o caso de suspensão condicional do processo, não caberão as medidas cautelares aqui examinadas, pelas razões que já alinhamos no item anterior, desde que, é claro, tenha sido proposta, aceita e decretada a suspensão (do processo).

Caberá ao juiz aferir da periodicidade do comparecimento, segundo sejam as condições do agente e a gravidade dos fatos, pressuposto de adequação de toda medida cautelar (art. 282, II, CPP).

A nosso aviso, ainda que o investigado ou acusado resida fora da sede do juízo em que se processa a acusação será possível a imposição do comparecimento periódico e obrigatório, cabendo, porém, ao juiz do local da residência a fiscalização da execução da medida, seja por meio de carta precatória, seja pelo simples registro em livro próprio e confirmação posterior ao juiz da causa. Como se trata de restrição de direitos individuais, não há que se onerar excessivamente o inculcado, se possível a aplicação da medida de modo menos gravoso.

Há que se considerar ainda que a previsão no sentido do comparecimento obrigatório *para informar e justificar* atividades deve ser recebida em seus devidos e possíveis termos.

Ora, que não se pense ou mesmo se insinue que aquele que não estiver no exercício de atividade laborativa regular deva ser punido com a imposição de medida cautelar mais grave ou até com a decretação da preventiva. O Estado não pode impor o *dever* do trabalho, como condição de não agravamento da situação do investigado ou do processado. A medida deve se limitar às *informações* sobre as eventuais atividades então em desenvolvimento, ou, se for o caso, as razões pelas quais não se exerce qualquer uma delas. Para nós, aliás, não há como se reconhecer validade na norma penal que define e pune a *vadiagem*, tal como se vê ainda no art. 59 do DL 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais). Uma coisa é investigar a *origem* dos recursos utilizados para a sobrevivência daquele que afirma não ter fonte de receitas; outra, muito diferente, é punir a indolência, e, pior ainda, a miserabilidade.

II- A *segunda* cautelar, atinente à *proibição de acesso ou frequência* a determinados lugares, que tanto poderá impedir a prática de novas infrações, quanto se mostrar conveniente para a investigação ou para a instrução, explica-se por si mesma, con-

quanto não se ofereça, nela mesma, instrumentos adequados para a fiscalização do cumprimento da medida.

E que não se pense, então, na obrigatoriedade *cumulativa* do monitoramento eletrônico (art. 319, IX, CPP) em tais situações. No particular, a possibilidade de agravamento das cautelares, incluindo a possibilidade de decretação da prisão preventiva (art. 282, §4º, CPP) já nos parece suficiente, ou, quando nada, menos gravosa que a imposição do monitoramento eletrônico, cuja execução – ainda não definida! – ficaria bem mais complexa no caso de proibição de acesso ou frequência apenas a determinados lugares.

De outro lado, impende observar que a medida poderá também evitar a perturbação ou acirramento de ânimos entre as pessoas dos locais em que deva ser proibido o acesso ou frequência, mesmo que não se tenha receio da reiteração criminosa (Nesse sentido, a doutrina portuguesa de SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Tomo II, 2ª. edição. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, p. 276).

III- Parece ter os mesmos contornos a *terceira* providência cautelar (III), relativa à proibição de contato com pessoa determinada, estendendo-se a ela todas as observações que acabamos de fazer, com um acréscimo: aqui, o núcleo central das preocupações parece ser a vítima ou seus familiares, evitando-se contatos prejudiciais a todos os envolvidos, e, por isso mesmo, a reiteração de novos conflitos.

A medida pode trazer algumas dificuldades práticas, como parece óbvio.

Nesse mundo, *vasto mundo*, encontros e desencontros são, de modo geral, imprevisíveis.

O que deve ser evitado e proibido é a *procura* de contato com a pessoa para a qual se estabeleceu a cautelar, o que apenas o caso concreto poderá esclarecer.

IV- A *quarta* medida diz respeito à proibição de ausência da Comarca, para fins de conveniência da investigação e da instrução criminal.

Ora, não são muitas as hipóteses em que se pode determinar a proibição de ausência da Comarca ou da sede do Juízo *apenas sob tais finalidades*.

É que são muito raros os casos de intervenção corporal no Brasil, limitados à identificação datiloscópica e fotográfica (Lei 10.054/2000), ao exame grafotécnico (art. 174, CPP), e ao reconhecimento de pessoa (art. 226, CPP), sem falar no teste de alcoolemia (o bafômetro), cuja eficácia depende de sua realização imediata.

Já dissemos um sem número de vezes: a garantia contra a não auto-incriminação não constitui qualquer direito subjetivo a não produzir prova contra si mesmo. O que existe, como regra, é a proibição de a pessoa *ser compelida, contra a sua vontade*, a realizar os exames previstos em lei. De fato, não se pode forçar ninguém a *soprar* o bafômetro, e, tampouco, a *escrever de próprio punho* para comparações grafotécnicas. A violência seria inútil, desnecessária e abusiva. Sobre o tema, remetemos o leitor ao Capítulo 9, que trata *das provas*.

Já para o reconhecimento de pessoa, no caso em que a prova do crime necessite do depoimento de testemunhas oculares do fato, não há como recusar a validade da medida, podendo o juiz, inclusive, determinar a condução coercitiva do acusado *para esse fim* (art. 260, parte final, CPP).

Assim, a proibição de ausência da sede do juízo, *para essa finalidade*, parece-nos de pouca valia prática, a menos que se queira a sua imposição para *garantir a aplicação da lei penal*.

E, no ponto, a providência nos parece possível, dado que o legislador nem sempre organiza de modo sistemático e coerente as suas regulações.

Veja-se, então, que a imposição da simples proibição de ausência da Comarca é menos onerosa que a exigência de comparecimento periódico e obrigatório (art. 319, I). Por isso, melhor aceitá-la sob finalidade diversa (para garantia da aplicação da lei) que obrigar o investigado ou o acusado ao cumprimento de regras mais rígidas.

V- A grande inovação em tema de cautelares repousa na exigência de *recolhimento domiciliar* no período noturno e os dias de folga, da *quinta* modalidade cautelar.

Trata-se de providência que, em princípio, deveria se limitar à *substituição de prisão em flagrante*, nas hipóteses em que não seja ainda adequada e necessária a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP), ou, que o fato não se enquadre nas circunstâncias do art. 313, CPP, requisitos específicos daquela modalidade de prisão. A Lei, art. 282, CPP, nada diz sobre a questão.

De se ver, ainda, que o aludido dispositivo legal também não se animou a apontar a *finalidade* do recolhimento domiciliar, como o fez em relação às demais cautelares, o que parece recomendar maiores cuidados quanto e quando de seu manejo.

Seria para garantir a aplicação da lei penal, por conveniência da investigação ou da instrução, ou, enfim, para *garantia da ordem pública ou econômica* (art. 312, CPP)?

Pensamos que a medida pode e deve ser utilizada como as demais cautelares, sobretudo quando substitutiva da prisão preventiva, por ocasião de prisão em flagrante, e qualquer que seja a sua finalidade, incluindo a garantia da ordem pública. Vamos esclarecer melhor esse ponto, que ainda não tivemos oportunidade de adiantar, em razão de deixarmos o exame da prisão preventiva para tópico em separado.

A nosso aviso, a prisão preventiva será utilizada em três circunstâncias específicas: a) de modo *autônomo*, em qualquer fase da investigação ou do processo (art. 311, art. 312, art. 313, CPP), independentemente de anterior imposição de medida cautelar ou de prisão em flagrante; b) como *conversão* da prisão em flagrante (art. 310, II, CPP); e, por fim, c) de modo *subsidiário*, pelo descumprimento de cautelar anteriormente imposta.

Nas duas primeiras hipóteses, somente será cabível a preventiva *se atendidas as condições* do art. 312 (requisitos gerais, *de fato*) e também do art. 313 (requisitos *de direito*).

Já na terceira (hipótese), não. Bastará o descumprimento da medida cautelar imposta e a reafirmação da necessidade da prisão, segundo os requisitos do art. 312, CPP, independentemente das circunstâncias e das hipóteses arroladas no art. 313, CPP. Do contrário, a imposição de medida cautelar somente seria cabível para as situações descritas no art. 313, CPP, o que não parece corresponder, nem ao texto legal e nem à estrutura normativa das novas cautelares pessoais.

Nesse último caso, a preventiva surge como medida de caráter *subsidiário*, vinculada ao descumprimento de providência menos onerosa, fato esse que, em tese, seria indicativo da presença dos requisitos do art. 312, CPP.

Por isso, o recolhimento domiciliar surge como a melhor alternativa ao cárcere, como medida de acautelamento prévio e anterior à decretação da preventiva, *podendo* até ser imposta independentemente de anterior prisão em flagrante, mas, segundo nos parece, mais adequada se revelaria como *substitutiva* da prisão em flagrante.

Junto a ela, e segundo nos parece, com o objetivo de permitir uma melhor fiscalização de seu cumprimento, deveria ser também imposto o *monitoramento eletrônico*, sem o qual restaria muito difícil a constatação efetiva da eficácia da medida.

Anote-se, ainda, que o recolhimento domiciliar *não é a mesma coisa* que a prisão domiciliar, somente cabível como substitutivo da prisão preventiva e *sob determinadas condições e circunstâncias pessoais do agente*, conforme se vê do art. 318, CPP.

E, como se trata de medida de inegável gravidade, *limitativa da liberdade de locomoção*, ainda que somente em período noturno e nas folgas do trabalho, pensamos que o tempo de seu cumprimento deve ser levado à conta da *detração da pena*, como se tratasse de verdadeira *prisão provisória*, nos termos, portanto, do art. 42, do Código Penal.

E nem se diga que o *desconto* do tempo na pena seria incabível em razão da liberdade para o trabalho. Ora, sabe-se ser esse um dos principais objetivos da execução da pena no Brasil, na perspectiva da ressocialização do condenado. O trabalho deve ser sempre incentivado, quando não oportunizado pelo Estado, instituindo-se, no ponto, como verdadeiro direito fundamental (art. 6º, da Constituição da República). É também nesse sentido a doutrina e a jurisprudência portuguesa sobre a matéria (Confira-se SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*, citado, p. 276.).

VI- A sexta cautelar se refere à *suspensão do exercício de função pública* ou de *atividade de natureza econômica ou financeira*. Nos termos da Lei, a finalidade seria o impedimento da utilização de tais circunstâncias (serviço público e atividade econômico-financeira) para a reiteração de infrações penais.

Já tivemos oportunidade de demonstrar, contudo, que nada impedirá a sua imposição também, e excepcionalmente, *por conveniência* da instrução (ou da investigação) nos casos em que for fundado o receio de *destruição de provas* cujo acesso dependa do exercício da função pública ou da aludida atividade econômico-financeira. E voltamos a alertar: a insistência desmedida na submissão da matéria ao princípio da legalidade, no sentido de somente aplicar a cautelar *para os fins específicos* determinados em lei, poderá acarretar o incremento da prisão preventiva, quando se tratar das situações previstas no art. 313, CPP.

Por óbvio, e como facilmente se deduz da natureza restritiva de direitos dessa cautelar, é preciso, de fato, que a *regra* seja o cumprimento da finalidade legal ali especificada, destinada, portanto, ao risco de prática de novas infrações penais. Excepcionalmente, porém, deve-se também poder manejá-la sob outra fundamentação cautelar (art. 282, I e II, CPP), a fim de se impedir a decretação compulsória da prisão preventiva, se, com isso, também se puder alcançar a proteção da prova da investigação ou da instrução.

Já quanto ao conteúdo das atividades, a interpretação há que ser restritiva, evitando-se a expansão dos horizontes da aludida medida cautelar, extremamente gravosa aos direitos fundamentais.

Por *função pública* há que se entender toda atividade exercida junto à Administração Pública, seja em *cargo público*, seja em *mandatos eletivos* (de natureza política), seja, finalmente, por autorização ou delegação do Poder Público, seja no âmbito das empresas públicas. A delimitação de seus contornos conceituais há que ser encontrada no Direito Administrativo. Compreende-se por função pública, então, toda a sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços pelo servidor público, o que incluiria também o *emprego público* sob o regime trabalhista.

Já o conceito de *atividades econômico-financeiras* é bem mais amplo, devendo ser buscado, sobretudo, em relação ou em associação ao tipo de delito que se esteja investigando ou processando. De todo modo, a atividade empresarial, de maneira geral, implica o simples e geral desempenho de atividade de natureza econômica. A seu turno, a atuação junto aos bancos, comerciais ou não, e demais instituições financeiras, abrangidas pelo Sistema Nacional Financeiro, satisfazem o conceito de *atividade financeira*.

No particular, ressalta-se a importância estratégica da posição ocupada pelo agente junto às instituições financeiras como fator de risco de reiteração do comportamento e de destruição de provas.

VII- A internação provisória do imputável ou do semi-imputável dependerá, primeiro, da existência de indícios concretos de autoria e de materialidade em crimes de natureza violenta ou cometidos mediante grave ameaça, e, segundo, do risco concreto de reiteração criminosa, tudo isso a ser aferido por meio de prova pericial, segundo o disposto no art. 149 e seguintes do CPP.

Trata-se de medida já contemplada em nosso ordenamento desde o CPP de 1941, sob nova roupagem (cautelar).

VIII- A fiança, que, pelo menos desde a Lei 6.416/77 e até o ano de 1990 (Lei 8.035), havia perdido toda a sua importância no processo penal brasileiro, em razão da instituição legal da liberdade provisória sem fiança do então art. 310, parágrafo único, CPP, parece, agora, ressurgir das cinzas.

Trata-se de medida de cunho patrimonial, na qual se exige a prestação de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca em primeira inscrição (art. 330, CPP), com o objetivo de assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, a evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de injustificada resistência à ordem judicial (art. 319, VIII, CPP).

Não há como não deixar de criticar algumas inovações em tema de fiança.

Observe-se, por exemplo, que, embora a lei somente se refira ao comparecimento *ao processo*, não há a mais mínima dúvida que ela poderá ser imposta e prestada *desde a efetivação da prisão em flagrante*, sendo perfeitamente cabível, portanto, na fase de investigação (art. 310, II, CPP).

Note-se, também, que o requisito da *resistência injustificada à ordem judicial* (art. 319, VIII) não poderia ser mais *vago* e inconsistente, a não ser que se refira ao descumprimento de outra cautelar, caso em que a redação do texto seria apenas *sofística*.

Afinal, a que tipo de ordem judicial ali se refere? E porque e em quais situações o juiz expediria determinações de conduta (ordens) ao investigado ou ao acusado? E

porque razão aquele que deixa de cumprir uma ordem judicial se sentiria compelido a fazê-lo sob a ameaça da fiança?

Não acreditamos que o legislador esteja a insinuar que o acusado *estará autorizado a não mais cumprir a ordem que descumpriu*, a tanto bastando e desde que ofereça a prestação de fiança!!! Por certo que não.

Sabe-se que o investigado e o acusado, na condição e no estado de inocência em que se encontram, antes de condenação passada em julgado, permanecem no regular exercício de seus direitos individuais. Não tem *elas obrigações processuais* junto à Justiça, ressalvadas as poucas hipóteses de intervenções corporais legalmente previstas em lei. Seria esse o caso, então, isto é, de alguma providência instrutória que dependa da presença do acusado, tal como ocorre com o reconhecimento de pessoa ou a identificação civil por meio de datiloscopia e fotografia?

Se for, o dispositivo é absolutamente inadequado e inócuo, dado que a prestação de fiança *não substituirá* a prova não produzida.

Há, contudo, outra alternativa para a compreensão desse *imbróglio*. Com efeito, pode-se entender a previsão legal apenas como reforço de fundamentação quanto à necessidade do comparecimento obrigatório a todos os atos do processo e sempre que a tanto intimado, nos precisos termos do art. 327 e art. 328, CPP. Assim, a resistência injustificada seria às obrigações decorrentes do Termo de Fiança, a serem entendidas como ordens do juízo.

Ficamos por aqui, relativamente à fiança, tendo em vista que dela cuidaremos em maior extensão ao exame da liberdade provisória com fiança. Não sem antes, porém, deixar assentado: para nós, a fiança é espécie de liberdade provisória, *substitutiva* da prisão em flagrante.

A sua imposição de modo autônomo e desvinculado da prisão em flagrante também parece possível, à ausência de qualquer vedação expressa na Lei 12.403/11. Embora assim seja, e por se tratar de medida evidentemente gravosa, pensamos que seu manejo há que ser feito com redobrada cautela, evitando-se a sua banalização, sobretudo em um universo em que a eficácia e a dureza do Direito Penal parecem vocacionadas apenas para a população que vive à margem ou com pouquíssimo acesso aos bens de vida e às prestações sociais gerais.

~~IX~~ Novidade dentre as novidades, o monitoramento eletrônico dependerá de regulamentação de sua execução, por ato do Poder Executivo.

A sua introdução no direito brasileiro se deu com a Lei 12.258/2010, como incidente de execução da pena, a fim de se evitar o cárcere, sob determinadas condições.

E não será fácil a sua implantação.

Nos Estados Unidos, cujo modelo surgiu em 1971 (JUNEER-TAS, Josine, *Alternatives to prison sentences: experiences and developments*, pg. 31 e 32), para substituir prisões *juvenis* (menor e adolescente) e é utilizado em larga escala, o monitoramento pode ser feito de duas maneiras.

Na primeira, denominado monitoramento *ativo*, é colocado junto ao *monitorado* um aparelho transmissor ligado a um computador central. Isso pode ser feito da manei-

ra que menos danos cause à pessoa, no que toca à visibilidade da medida, permitindo maior mobilidade do usuário.

Na segunda, monitoramento *passivo*, um computador é programado para efetuar chamadas telefônicas para determinado local, procedendo à conferência eletrônica do reconhecimento de voz e emitindo um relatório das ocorrências. A constatação da presença do monitorado no local pode também ser feita por meio de uma pulseira ou de uma tornozeleira eletrônica. Nesses casos, a medida impõe também o recolhimento domiciliar em determinados horários.

Ali, nos EUA, a sua utilização é feita em presos condenados e em condicional, como alternativa, de custos, ao sistema prisional.

Aqui, devemos aguardar a regulamentação da medida, a fim de se saber com maior precisão acerca de sua viabilidade prática.

Pensamos que se trata de medida efetivamente *excepcional*, cuja aplicação *deveria contar com a adesão do monitorado*, tal como ocorre nos países em que ele é utilizado. Aplicar-se o monitoramento a presos *já condenados* é uma coisa, tendo em vista a comprovação efetiva do caráter *substitutivo* da cautelar, como alternativa à prisão já imposta; outra, é valer-se da providência para fins *cautelares* como agora previsto na Lei 12.403/11.

No entanto, não nos parece que se deva reputar inconstitucional a sua previsão na Lei.

Não nos parece tratar-se de violação ao princípio da não culpabilidade; se assim o fosse, qualquer outra medida cautelar também o seria.

A questão mais grave, contudo, se refere aos limites do respeito à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a colocação de aparelhos eletrônicos junto ao corpo da pessoa constitui, por si só, inevitável constrangimento, na medida em que sinaliza, à evidência, tratar-se de alguém *sob permanente monitoramento*. Por isso, a adesão e concordância do monitorado é fundamental.

De todo modo, o que poderá ser questionável é a aplicação *efetiva* da medida e não a sua previsão *em abstrato*, já que justificada como alternativa ao cárcere. Em princípio, e quando se tratar de concreta alternativa à prisão, não se deve recusar a possibilidade do manejo do monitoramento eletrônico. Por isso, não se discute a sua constitucionalidade nos Estados Unidos. Inglaterra e Canadá também adotam o monitoramento.

Note-se que, na hipótese de aplicação cumulativa do monitoramento e do recolhimento domiciliar, se poderá adotar a fiscalização do cumprimento das medidas (cautelares) por meio de computador e reconhecimento eletrônico de voz, ou mesmo por transmissão eletromagnética do aparelho em poder do monitorado (monitoramento passivo). Nesse caso, não se necessitará da concordância deste (monitorado), até porque não se exigirá o *porte* do transmissor, mas apenas a sua localização na residência.

X- Por fim, embora não se encontre arrolada entre as hipóteses do art. 319, constata-se a existência de outra medida cautelar introduzida pela Lei 12.403/11.

Trata-se da proibição de se ausentar do país – e não só da Comarca, como prevê o disposto no art. 319, IV – previsto no art. 320, CPP, para a qual deverão ser comuni-

cadadas as autoridades de polícia de fronteiras (Polícia Federal) e determinado o recolhimento do passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Observe-se, no ponto, que a saída do território nacional nem sempre se faz mediante a utilização do passaporte, podendo ser feita por meio de transporte viário. E, mais. Entre os países do Mercosul não se exige o passaporte para a movimentação de seus integrantes, o que, em tese, favoreceria a saída do país e a tentativa de obtenção de novo passaporte junto à respectiva Embaixada. Assim, para que se obtenha maior eficácia na medida, impõe-se a determinação de proibição de expedição de novo passaporte para todas as autoridades diplomáticas envolvidas.

Essa é uma medida que poderá trazer transtornos àqueles que, no desenvolvimento de suas regulares atividades, tenham que se ausentar do país com mais frequência. No entanto, ela somente se justificará quando presente o fundado receio de fuga e sempre como alternativa à prisão preventiva.

11.4.1. Regras gerais da aplicação

No que toca ao regramento geral de aplicação das medidas cautelares, alerta-se, à saída, para o fato de que a imposição de qualquer uma delas deve se reportar à respectiva fundamentação, tal como se encontra no art. 282, CPP.

Relativamente a todas elas, a *necessidade* da medida deverá estar presente, sob qualquer uma das cláusulas genéricas do citado dispositivo: “necessidade para a aplicação da lei penal e para a investigação ou a instrução”.

Há, porém, hipótese em que não se admitirá a imposição de qualquer medida cautelar, independentemente de se mostrar necessária a providência. Trata-se da proibição de sua imposição nos casos em que não for cominada pena privativa da liberdade para a infração penal em apuração ou já sob processo (art. 283, §1º, CPP). O legislador, no caso, foi prudente, evitando a aplicação de medidas cautelares superiores aos resultados finais do processo, na hipótese de condenação, orientando-se, pois, pela proporcionalidade nas restrições de direitos.

Do mesmo modo, julgamos inadequadas e desnecessárias as medidas cautelares para as infrações de menor potencial ofensivo, para as quais é previsto o processo *conciliatório da transação penal*, e também para os casos de proposta e aceitação da *suspensão condicional* do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95. As exigências para a suspensão do processo já implicam providências de natureza acautelatórias.

Como já visto (item 11.2), pensamos ser essa a mesma situação dos crimes culposos, para os quais não se autoriza a decretação de prisão preventiva (art. 313, CPP).

Nesse ponto, pode-se objetar: o fato de não ser cabível a prisão preventiva não significa que não se deveria impor *qualquer outra medida cautelar*.

É fato que a nova lei nada dispõe sobre essa proibição para as cautelares, limitando-a aos casos em que não seja prevista pena privativa da liberdade para a infração penal (art. 283, §1º, CPP).

No entanto, examinando-se o nosso Código Penal, chega-se à conclusão que dificilmente se chegará à imposição de pena privativa da liberdade nos crimes culposos,

tendo em vista as diversas alternativas a ela previstas no art. 44, I, além do *sursis* do art. 77, CP. Com isso, e em princípio, a imposição de prisão preventiva para tais crimes (culposos) se mostraria *desproporcional* em relação aos resultados definitivos de uma sentença condenatória.

Por isso, e como a lei autoriza a decretação da prisão preventiva para os casos de *descumprimento de cautelares* (art. 282, §4º, CPP), admitir-se a imposição de alguma delas (cautelares, diversas da prisão) para os crimes culposos implicaria aceitar também a decretação de preventiva no caso de seu descumprimento, sob pena de perda completa de qualquer eficácia da medida.

Como em todo o Direito – e já fizemos essa observação antes – há que se deixar em aberto a possibilidade da ocorrência de casos excepcionais. Há hipóteses de crimes culposos no trânsito em que o autor é mais que reincidente na conduta de direção embriagada, produzindo e reproduzindo danos e mortes a terceiros. Em situações como essas, por exemplo, e excepcionalmente, se poderá pensar na imposição de cautelares e até mesmo de prisão preventiva, em último caso. Por quê? Porque nas aludidas circunstâncias será possível a condenação definitiva em pena privativa da liberdade, como resultado final do processo. Nesse caso, excepcional é certo, não haveria desproporção na eventual decretação de preventiva, *unicamente como substitutiva de cautelar descumprida*.

Para os demais crimes, em princípio, será sempre cabível a aplicação das cautelares, ressalvadas apenas os casos de vedação expressa na lei, de que é exemplo, como vimos, o art. 283, §1º (delitos para os quais não se admite, nem em tese, a pena privativa da liberdade).

Vejamos, então, a relação entre os fundamentos de sua decretação e a respectiva cautelar.

Dentre aquelas que implicam juízo de receio quanto à fuga ou para garantir a aplicação da lei penal alinham-se as inseridas no art. 319, I (comparecimento periódico e obrigatório em juízo); VIII (fiança) e IX (monitoramento eletrônico).

Para fins de conveniência da investigação e da instrução criminal, pode-se recorrer àquelas do art. 319, IV (proibição de ausentar-se da Comarca) e VIII (a fiança).

No entanto, algumas das novas medidas se relacionam com outra finalidade, já então *específica* e não genérica: *para evitar a prática de novas infrações penais*, consoante o disposto na parte final do art. 282, CPP.

São medidas dessa natureza aquelas arroladas no art. 319, II (proibição de acesso a lugares); III (proibição de contatos com pessoa determinada); VI (suspensão do exercício de função ou atividade) e, VII (internação provisória do inimputável ou do semi-imputável).

Para todas elas é o legislador quem esclarece a finalidade da providência, cabendo ao magistrado o exame de sua pertinência e necessidade, tendo em vista a situação concreta do *fato* e as circunstâncias pessoais dos envolvidos.

No entanto, pensamos que a referência feita na lei às finalidades e propósitos de cada cautelar não pode afastar o juízo de sua pertinência para situações diversas daquelas, como se nota, facilmente, na limitação de uma única hipótese para a garantia e conveniência da instrução e da investigação, referida à proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV, CPP).

E que nem se venha a alegar que entraria em cena o princípio da legalidade em matéria de limitações de direito. Não se trata disso.

É que a perturbação da investigação ou da instrução, com o risco de destruição de provas, de ameaça às testemunhas, bem como de qualquer outro comportamento que venha a atingir a efetividade do processo, não parecem compreendidos unicamente nas hipóteses de proibição de se ausentar da Comarca (IV) ou, muito menos, na de fiança (VIII).

Veja-se, por exemplo, que a medida de suspensão de função pública ou de atividade econômica ou financeira, tal a hipótese do art. 319, VI, pode se revelar muito mais útil em determinadas situações que para aquelas nominadas na lei.

Do mesmo modo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares e a proibição de manter contato com pessoa determinada nos parecem medidas igualmente pertinentes para a conveniência da investigação ou da instrução, não devendo ser limitadas aos riscos de evitação de reiteração criminosa.

Daí se chegar à conclusão que, *desde que mantida a vinculação da fundamentação* da cautelar às finalidades genéricas de sua concessão (art. 282, I e II, CPP), nada impedirá a aplicação de qualquer uma delas, mesmo quando afastada da definição legal de seu objetivo.

Entendimento contrário, além de conduzir a grave retorno a um arcaico positivismo legalista, em que se vê o legislador como ser onipotente e incapaz de erros ou limitações, poderá justificar o incremento e a preferência pela prisão preventiva, sempre que uma finalidade cautelar não estiver contida na respectiva definição legal.

E é sob tais considerações que julgamos cabível a aplicação do *recolhimento domiciliar* (art. 319, V, CPP) também para evitar a reiteração de condutas delituosas, ainda que assim não apontado na lei (que, aliás, sequer declina qualquer finalidade).

Por último, e embora se encontre na penúltima posição dentre as várias alternativas à prisão elencadas no art. 319, CPP, a fiança parece ser aquela que reclamará as maiores atenções na *práxis* judiciária. E não só pela indevida manutenção das expressões *liberdade provisória com fiança e liberdade provisória sem fiança*, a insinuar apenas uma *dualidade* de regimes cautelares. Mas, sobretudo, porque a sua imposição *não é obrigatória*.

No ponto, é bom lembrar que o art. 282, §1º, CPP dispõe que *as medidas cautelares poderão ser aplicadas ISOLADA OU CUMULATIVAMENTE*, o que permite concluir não se exigir do juiz a imposição de fiança para todos os casos em que a sua aplicação não seja proibida.

No entanto, é exatamente o fato de se ter vedado a fiança para determinados crimes, por força de *manifesto equívoco* constitucional (crimes de racismo, crimes hediondos, tortura, drogas etc.), sem qualquer contrapartida, ou seja, sem o estabelecimento de medidas cautelares *mais rigorosas para tais crimes*, é que a tendência parece ser no sentido de, a) se recorrer à fiança, isoladamente, para a generalidade dos delitos, e, b) ao conjunto de outras cautelares, cumulativamente, para os crimes em que seja vedada a fiança.

E que não se assuste o leitor: a previsão de *inafiançabilidade* para os crimes de racismo, tortura, tráfico de drogas, hediondos etc. (art. 5º, XLII, XLIII e XLV, Constituição da República) foi, de fato, uma infeliz opção constitucional.

Primeiro, porque, se o objetivo era *impedir* a liberdade provisória daquele que fosse preso e acusado pela prática de tais delitos, a escolha não foi só infeliz, mas *tola*; é o próprio constituinte quem afirma que *ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial* (ressalvado o flagrante, é óbvio!), o que veda, de modo absoluto, a prisão como decorrência de *ato normativo abstrato* (Lei ou Constituição). As incompatibilidades do texto constitucional em matéria penal e processual penal se resolvem em favor do sistema de garantias individuais! Nem o constituinte é onipotente ou divino!

Segundo, se o objetivo era o estabelecimento de um regime de liberdade *mais gravoso* para os autores de crimes mais graves, não se deveria fazer alusão à inafiançabilidade, cujo sentido, desde o ano de 1977 (Lei 6.416), se reporta apenas à proibição de aplicação da liberdade provisória mediante fiança, não impedindo, contudo, a restituição liberdade mediante o comparecimento aos atos do processo, conforme a antiga redação do art. 310, parágrafo único, CPP.

A matéria se adéqua, bem e melhor, à conformação legislativa, segundo as necessidades de cada momento histórico.

Por tais razões, a fiança merecerá exame específico e detalhado, por ocasião da abordagem acerca da liberdade provisória, mais adiante.

11.4.2. Procedimento das cautelares

Já vimos as modalidades cautelares *em espécie* e as regras gerais das respectivas imposições.

Assentamos também não existir em nosso direito processual penal *um processo cautelar*, preparatório do principal, tal como ocorre no processo civil. Não há, com efeito, uma fase processual cautelar, com os requisitos genéricos de todo processo (demanda, partes, petição inicial, contraditório diferido etc.).

Aqui, no Brasil, a fase de investigação tem *natureza administrativa* e admite inúmeras providências de natureza cautelar, muitas das quais dependentes de autorização judicial, mas, ainda assim, não vinculadas a um *processo*, rigorosamente falando.

Por isso, e somente por isso, as cautelares que dependem de ordem judicial podem ser objeto de *representação* da autoridade policial, nos termos em se acha disposto o art. 282, §2º, CPP, sem que se possa falar em ausência de *capacidade postulatória*. Se não é de *postular* a capacidade da autoridade policial, reservada às partes *no processo*, certamente o é a de *representar* no curso de procedimento administrativo, cuja consequência, ao fim e ao cabo, na fase de investigação, é a mesma.

Art.282. ...

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

Como se vê, podem elas ser pleiteadas tanto na fase de investigação quanto na fase de processo.

As medidas cautelares são *autônomas*, como regra, não dependendo de anterior prisão em flagrante para a sua imposição, embora possam também ser aplicadas como *substitutivas* dessa, quando não for cabível a prisão preventiva (art. 321, CPP).

Podem ser aplicadas *isolada* (uma única) *ou cumulativamente* (duas ou mais), nos exatos termos do art. 282, §1º, CPP.

O parâmetro para a *cumulação* de medidas é dado pela *necessidade e adequação*, conforme tantas vezes aqui apontado. Outro referencial seria a *natureza* ou a *modalidade* das cautelares, na perspectiva de sua compatibilidade.

Assim, a imposição de fiança, por exemplo, dispensa o recurso ao monitoramento eletrônico, que, a seu turno, nos parece mais adequado ao *recolhimento domiciliar* e à proibição de acesso ou frequência de determinados lugares, embora, em relação a essa última cautelar, a execução cumulativa do monitoramento dependerá do grau de tecnologia a ser empregado.

Se imposto o comparecimento periódico e obrigatório, na forma do art. 319, I, não deverá ser imposta a fiança, que já prevê o comparecimento a todos os atos do processo e a obrigação de comunicação de eventual mudança de endereço, além da exigência de indicação do local onde será encontrado, quando do afastamento de sua residência por período superior a oito dias (art. 327, e art. 328, CPP). E vice-versa, é claro.

A fiança, em princípio, e feitas as ponderações acerca de eventual superposição de obrigações cautelares (comparecimento periódico e obrigatório, por exemplo), se mostra compatível com a maioria das cautelares, à exceção do monitoramento eletrônico e da internação provisória (art. 319, VII e IX), desde que o acusado ou investigado tenha condições econômicas para suportar a medida.

A legitimação ativa para o requerimento das cautelares cabe, segundo a lei:

I- na fase de investigação:

- a) ao Ministério Público;
- b) à autoridade policial.

e, II- na fase de processo:

- a) ao Ministério Público e ao querelante;
- b) ao assistente habilitado;
- c) ao juiz, de ofício

Note-se que não se abriu à vítima a capacidade para a representação de providência cautelar na fase de investigação, o que não parece adequado e ajustado às hipóteses específicas de *ação penal privada*, que depende do ofendido até mesmo para que se instaure o inquérito policial. Por isso, em face do sistema de persecução penal privada no Brasil, parece-nos irrecusável a legitimidade do ofendido para o requerimento de providências cautelares na fase de investigação.

Já em relação à prisão preventiva, incluiu-se o assistente de acusação como legitimado para requerer a providência na fase de investigação (art. 311, CPP). Ora, há evidente incorreção técnica no dispositivo, ao ali se referir ao assistente, já que este somente ingressa nos autos *após o oferecimento de denúncia* (art. 268, CPP), ou seja, na fase de processo.

Já na fase de processo (instaurada a ação penal), caberá às partes (querelante, na ação privada e o MP, nas públicas) e ao assistente a iniciativa, bem como ao juiz, de ofício.

Como ainda veremos mais detalhadamente, não há no direito brasileiro qualquer impedimento à decretação de medidas cautelares por iniciativa do juiz, incluindo a prisão preventiva, quando *no curso do processo* e justificada pela necessidade de proteção à sua efetividade. Nosso modelo acusatório não contempla a inércia do magistrado em relação à adoção de medidas tendentes a proteger a efetividade do processo, na linha, aliás, de diversos outros ordenamentos jurídicos.

Do mesmo modo, a medida imposta poderá ser substituída por outra, mais gravosa e adequada, no caso de seu descumprimento, incluindo, em último caso, a prisão preventiva. E essa substituição poderá ser feita na investigação ou no processo; no primeiro caso, dependerá de requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial; no segundo, do mesmo Ministério Público, do assistente, do querelante ou, de ofício, pelo juiz (art. 282, §4º).

E também poderá ocorrer o contrário: a substituição de medida mais gravosa por outra de menor impacto no cotidiano do investigado/acusado e/ou menos onerosa.

Cabe consignar, no particular, que a expressão *em último caso*, relativa à decretação da preventiva, em substituição a outra cautelar imposta e descumprida, não significa dever o juiz aplicar *todas as cautelares possíveis* antes de se recorrer a ela. Significa apenas que a preferência deve ser sempre pelo agravamento das medidas cautelares diversas da prisão. A lógica da nova ordem é a evitação do cárcere, sempre que possível. A escolha na substituição de uma cautelar por outra, e mesmo pela preventiva, dependerá de cada caso concreto, quando se examinará o tipo de cautelar descumprida e a necessidade e adequação de outra (condições pessoais do agente, gravidade do crime e suas circunstâncias – art. 282, II).

E tal como ocorre com a prisão preventiva, art. 316, CPP, também as medidas cautelares se submetem à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, terão sua permanência condicionada às circunstâncias em que tenham sido impostas, podendo o juiz, independentemente de provocação das partes, *revogá-las, substituí-las*, bem como voltar a *decretá-las* se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 282, §5º, CPP).

Observe-se, então, que a prisão preventiva não só substitui outra cautelar, mas pode também ser substituída por uma delas, quando estas se mostrarem adequadas e suficientes (art. 282, §5º, CPP).

Há, ainda, outra importante novidade em tema de cautelares pessoais.

Cuida-se da possibilidade de instauração do contraditório *antes* da decisão judicial impositiva da medida cautelar.

Naturalmente, apenas o exame de caso concreto poderá demonstrar o eventual risco à efetividade da providência pelo fato da abertura do contraditório.

No entanto, pode-se adiantar que a maioria das medidas cautelares nos parece adequada à aludida situação, não justificando maiores receios quanto à perda de efetividade pela discussão prévia da matéria antes da sua apreciação judicial. E isso, sobretudo, pela possibilidade, sempre presente, da decretação da preventiva no caso de eventual descumprimento da medida (cautelar) imposta.

Parece ser esse o caso do inciso I (comparecimento periódico em juízo), do inciso II (proibição de frequência determinados locais), do inciso IV (proibição de ausência da comarca), do inciso V (recolhimento domiciliar), do inciso IX (monitoramento eletrônico) e do inciso VIII (a fiança).

Como se vê, a regra poderá ser a do contraditório nas medidas cautelares.

Mas, certamente haverá exceções. E é o caso evidente da prisão preventiva.

Com efeito, e, agora, esclarecida ainda mais na Lei 12.403/11 a excepcionalidade de tal modalidade de medida cautelar, apenas quando a preventiva se comprovar *indispensável* é que a ela se recorrerá. Em consequência, a comprovação no caso concreto de seus requisitos legais (fáticos e normativos) implicará a necessidade da imediata imposição da medida, *in alidita altera pars*, isto é, sem a ciência e participação da defesa (parte).

E, mais. Pensamos que, em relação à prisão preventiva, a impossibilidade de instauração de contraditório prévio independe das circunstâncias de sua imposição. Tanto faz se trate de *conversão* do flagrante, de preventiva decretada *autonomamente*, quando presentes os requisitos do art. 312 e art. 313, ou, ainda, se cuide de medida decretada *em substituição* a outra cautelar descumprida.

De outro lado, nas demais hipóteses em que houver que se decretar uma medida cautelar sob o fundamento de risco à investigação e/ou à instrução, de receio quanto à destruição de elementos de prova ou, de qualquer modo, de perturbação e obstrução das aludidas fases (de investigação ou de processo), também se deverá evitar a instauração do contraditório prévio.

Assim, se, por exemplo, a proibição de frequentar determinado local estiver relacionada com o fundado receio de prejuízo à instrução, decorrente de eventual acesso ao material incriminatório, há que se decretar a medida sem a *manifestação prévia* da defesa.

Certamente, estamos a nos referir aos casos em que ainda não se tiver elementos necessários para a autorização judicial de *busca e apreensão domiciliar*. Se já existirem ou forem suficientes as razões para a quebra da inviolabilidade domiciliar, não se deverá decretar a citada medida cautelar pessoal (a proibição de frequência a determinado lugar) e sim aquela, de natureza probatória (a busca e apreensão).

Aliás, cumpre pontuar: as medidas cautelares *probatórias*, tal o caso da quebra das inviolabilidades pessoais constitucionais (domicílio, sigilo telefônico, bancário, fiscal, de dados etc – art. 5º, X, XI e XII, CF) tem *preferência* sobre essas que estamos a ver, de natureza *estritamente pessoal*. Preferência do ponto de vista de sua *decretação*, na medida em que se revelem necessárias e suficientes para a investigação ou para a instrução criminal. Todas elas, cautelares, implicam restrições de direitos, umas mais outras menos graves, mas, todas, seguramente, devem vir justificadas judicialmente, segundo as necessidades apontadas na Constituição e na Lei.

Haveria um prazo máximo de duração das cautelares?

A Lei 12.403/11, como se percebe, nada dispôs nesse sentido. Aliás, também se omitiu em relação ao prazo máximo de duração das prisões provisórias, o que nos parece de todo lamentável.

Assim, a durabilidade de uma medida cautelar estará condicionada apenas à sua necessidade, podendo permanecer no tempo *enquanto durar o processo*, desde que, evidentemente, repita-se, mantenham-se presentes os requisitos do art. 282, I e II, do CPP.

No particular, há que se mencionar o quanto contido no art. 387, parágrafo único, e no art. 413, §3º, ambos do CPP, a permitirem a *manutenção* e, se for o caso, a *decretação* de medidas cautelares por ocasião da sentença penal condenatória e da decisão de pronúncia, no procedimento do Tribunal do Júri. Assim, nada há que impeça, do ponto de vista legal, a permanência das cautelares em todo o curso do processo.

Os limites temporais, portanto, deverão ser encontradas segundo as finalidades declaradas das cautelares. Aquelas que tenham sido impostas por conveniência da investigação ou da instrução, por exemplo, devem se encerrar ali, após o esgotamento das aludidas fases.

Somente as demais, para garantir a aplicação da lei penal e para evitar a prática de infrações penais (parte final do art. 282, I, CPP) é que, em tese, poderão permanecer após a sentença condenatória e/ou a decisão de pronúncia (no júri).

A nosso aviso, e embora não haja previsão expressa na Lei, pensamos que o Relator de eventual recurso no Tribunal poderia analisar a desnecessidade de se manter uma cautelar, ou mesmo substituí-la, após a prolação da sentença condenatória, a fim de melhor tutelar as garantias individuais no processo.

No caso de sentença absolutória, deverá o juiz revogar toda medida cautelar imposta (art. 386, parágrafo único, II, CPP).

Pelas mesmas razões, quaisquer decisões judiciais que ponham termo ao processo (rejeição da peça acusatória, absolvição sumária, extinção da punibilidade) *sem a condenação do acusado*, terão como efeito a cessação imediata das cautelares eventualmente impostas.

Tratando-se de medida imposta na fase de investigação, a decisão de arquivamento do inquérito produzirá o mesmo efeito.

E, por fim, caberia recurso da decisão que defere e que indefere a medida cautelar?

A nosso juízo, sim, e com fundamento no disposto no art. 581, V, CPP, a prever o recurso em sentido estrito, ainda que ali não se encontre uma referência específica às diversas medidas cautelares ora introduzidas em nosso ordenamento. Mas, basta ver e assinalar que a previsão de impugnação da decisão de concessão de liberdade provisória, como fundamento do recurso em sentido estrito, satisfaz as exigências recursais também para as demais cautelares.

Certamente se tentará a impetração de *habeas corpus* contra a imposição de medida cautelar, ao fundamento de risco *mediato* à liberdade de locomoção, dado que, uma vez descumprida aquela (cautelar) será possível a preventiva.

Não aderimos à tese.

A imposição da cautelar pode até se demonstrar equivocada. Por isso e para isso será cabível o recurso em sentido estrito.

O fato é que, no exemplo (ou especulação) dado, o risco de decretação da preventiva *dependerá unicamente* do investigado ou do acusado submetido à cautelar, estando vinculada, portanto, ao cumprimento da medida a ele imposta. Não há, aqui, e em tese, *risco* de agravamento da situação do investigado/acusado *por ato de órgãos do Estado*.

No entanto, como nossos tribunais já aceitam a impetração de *habeas corpus* contra o simples recebimento da denúncia, não temos qualquer dúvida que o instrumento terá acolhida na jurisprudência. Há que observar, no ponto, porém, que o *habeas* contra o recebimento de denúncia tem prosperado *pela inexistência de previsão de recurso contra tal decisão*, o que não é o caso do *deferimento* de medidas cautelares, para a qual caberá o recurso em sentido estrito.

O problema, para nós, sequer é a possibilidade da utilização do *habeas*, que até pode existir, enquanto instrumento processual e constitucional de proteção individual. No entanto, o que nos parece injustificado, *exclusivamente no caso de réu solto*, é a *preferência no seu julgamento*. A situação atual nos Tribunais, sobretudo os Superiores, indica que as matérias constantes dos inúmeros e infundáveis *habeas corpus* que são ali impetrados rotineiramente são *as mesmas* dos inúmeros recursos de apelação que também deságuam nas instâncias recursais (inépcia da inicial, *error in procedendo*, nulidades várias etc.). Porque então se dar preferência àqueles que impetraram o *habeas*, quando não há ninguém preso???

...

11.7. Prisão Preventiva

Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro, na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo.

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

Em nosso Direito, a partir da Lei 12.403/11, e tal como ocorre no Direito português e no Direito italiano, são previstas várias outras medidas cautelares *pessoais* distintas da prisão preventiva, somente se aplicando esta última, como regra, quando não forem suficientes as demais.

Em razão da sua gravidade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, somente se decretará a prisão preventiva “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme se observa com todas as letras no art. 5º, LXI, da Carta de 1988.

Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente

prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal. Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal.

No sistema anterior à Lei 12.403/11, a prisão preventiva somente seria cabível nos casos expressamente arrolados no art. 313, CPP, e desde que presentes as circunstâncias de fato do art. 312, CPP. É dizer: se o crime em apuração ou sob acusação não se enquadrasse nas hipóteses do art. 313 não caberia a prisão, ainda que em risco a efetividade do processo.

Agora, com a introdução de diversas medidas cautelares alternativas ao cárcere, haverá *nova fundamentação* e novas situações de cabimento da prisão preventiva, independentemente das situações arroladas no art. 313, CPP.

É que também será possível a decretação da preventiva, *não só na presença das circunstâncias fáticas* do art. 312, CPP, *mas sempre que for necessário para garantir a execução de outra medida cautelar*, diversa da prisão (art. 282, § 4º, CPP).

A prisão preventiva, então, passa a apresentar duas características bem definidas, a saber, a) ela será *autônoma*, podendo ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar anterior; e, b) ela será *subsidiária*, a ser decretada *em razão do descumprimento* de medida cautelar anteriormente imposta.

E, mais.

Há três situações claras em que poderá ser imposta a prisão preventiva:

- a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (art. 311, CPP);
- b) como *conversão* da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP), e
- c) em *substituição* à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, §4º, CPP).

Nas primeiras hipóteses, *a* e *b*, a prisão preventiva dependerá da presença das circunstâncias fáticas e normativas do art. 312, CPP, bem como daquelas do art. 313, CPP; na última, apontada na alínea *c*, *retro*, não se exigirá a presença das hipóteses do art. 313, CPP.

Quanto à possibilidade de decretação da preventiva *fora das hipóteses* apontadas no citado art. 313, CPP, há que se ponderar ser essa a única conclusão possível, sob pena de não se mostrarem efetivas as medidas cautelares diversas da prisão, nos casos em que a pena cominada ao crime *doloso* seja igual ou inferior a quatro anos (o *teto* estabelecido no art. 313, I). A prisão preventiva *para garantir a execução das medidas cautelares*, portanto, não se submete aos limites do art. 313, CPP.

De outro lado, não será cabível a preventiva, a) para os crimes *culposos*, com a ressalva que fizemos anteriormente (item 11.4.1), e b) quando não for prevista pena privativa da liberdade para o delito (art. 283, §1º, CPP).

No primeiro caso, dos crimes culposos, a vedação da preventiva decorre do postulado da proporcionalidade, na perspectiva da proibição do excesso, a impedir que uma medida cautelar seja mais grave e onerosa que o resultado final do processo condenatório. Ver, no ponto, as dificuldades concretas para a imposição de pena privativa da liberdade aos crimes culposos (art. 44, I, e art. 77, ambos do CP), e o alerta que fizemos no item 11.4.1, em relação à excepcional possibilidade da pena privativa em tais situações.

No segundo caso, por expressa impossibilidade legal de imposição de cautelares – e, por isso, de sua *substituição* pela preventiva! – para os crimes para os quais a lei não comine pena privativa da liberdade.

De outro lado, a prisão preventiva, diferentemente da prisão temporária, presta-se a tutelar tanto a fase de investigação quanto a fase de processo, podendo ser decretada a qualquer tempo (art. 311, CPP). Tomem-se os exemplos das prisões decretadas por ocasião da decisão de pronúncia (art. 413, § 3º, CPP) e da sentença condenatória (art. 387, parágrafo único, e art. 492, I, d, CPP), somente possíveis na exata medida em que, por meio de fundamentação judicial expressa, seja demonstrada a função cautelar de cada uma delas e que não sejam adequadas e suficientes a imposição das medidas cautelares do art. 319, CPP.

Como toda medida cautelar, também a prisão preventiva tem a sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação. Em outros termos: a prisão preventiva submete-se à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316, CPP).

Que não fique dúvida: a prisão preventiva pode ser *revogada* quando não mais estejam presentes as razões que determinaram a sua decretação; no entanto, quando ainda for necessário manter-se um grau menos gravoso de proteção ao processo, nada impede que ela, a preventiva, seja *substituída* por outra cautelar, desde que e somente se ainda estiverem presentes as hipóteses do art. 282, I, CPP.

Quando o caso for de *revogação*, nada se exigirá do aprisionado, devendo ser restituída a ele, em sua integralidade, a sua liberdade; quando for *substituída*, não.

11.7.1. Requisitos fáticos: situações legais de risco à persecução penal

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

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

Observa-se, primeiro, que os requisitos relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria constituem o que se poderia chamar de *fumus delicti*, ou a

aparência do delito, equivalente ao *fumus boni iuris* de todo processo cautelar. A aparência do delito deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar), como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória.

Por essa razão, e como regra, quando o juiz, pelas provas constantes dos autos, constatar ter o agente praticado o fato em legítima defesa, ou estado de necessidade ou qualquer outra excludente de ilicitude (art. 23, CP), não será decretada a prisão preventiva, nos termos do art. 314 do CPP.

Nessa hipótese (do art. 314) - por isso, fizemos questão de excepcionar a expressão *como regra* - a única previsão de imposição de medida cautelar, *em caso de flagrante delito*, seria a liberdade provisória denominada *vinculada*, tal como se acha prevista no art. 310, parágrafo único, obrigando o aprisionado ao comparecimento a todos os atos do processo, mediante termo de comparecimento, sob pena de revogação.

Apenas nesse caso, ou seja, de prisão em flagrante e de imposição da medida cautelar denominada *liberdade provisória vinculada* ao comparecimento ao processo, é que, pensamos, será possível, em tese, primeiro, o agravamento das cautelares do art. 319, e, por último, se for absolutamente indispensável, a decretação da prisão preventiva, no caso de não observância das obrigações ali estipuladas (art. 310, parágrafo único, CPP).

Se assim não for, não haveria razão alguma para a imposição de qualquer medida cautelar, já que o não atendimento às suas determinações não implicaria qualquer consequência. E, aliado a isso, se tornaria *letra morta* a expressão legal consignada na parte final do citado parágrafo único do art. 310: *sob pena de revogação*. Revogar para quê?

De se ver, no ponto, que a *revogação* da liberdade vinculada (art. 310, parágrafo único, CPP) não implica o restabelecimento da prisão! Evidentemente! O que pode ocorrer é a imposição de outra medida cautelar, que se mostre mais efetiva e eficaz que o simples comparecimento aos atos do processo. Observe-se, aliás, que, em princípio, comparecer ou não aos atos do processo dependeria do juízo de conveniência do acusado. Mas, a exigência do art. 310, parágrafo único, CPP, se justifica como medida cautelar *unicamente em razão da anterior prisão em flagrante*.

Em outra ponta, porém, pensamos ser incabível a imposição de qualquer medida cautelar e, também, da prisão preventiva, quando o juiz, pelos elementos informativos ou de prova da investigação ou do processo, entender presentes as circunstâncias do art. 314, CPP (prova ou elementos de prova da legítima defesa, estado de necessidade etc. - art. 23, CP) e *não houver prisão em flagrante*. Nessa situação, a ausência do flagrante funcionaria como reforço de dúvida quanto à autoria e à materialidade do fato, tal como definido como crime.

Vejamos os demais requisitos.

As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal).

Por conveniência da instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do

qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei.

A prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal contempla as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não-aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória. É bem de ver, porém, que semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu. É claro que em tal situação, e a realidade tem nos mostrado isso, o risco é sempre maior, mas, ainda assim, não é suficiente, por si só, para a decretação da prisão. É nesse sentido a jurisprudência da Suprema Corte (RHC nº 83.179/PE – Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.8.2003).

Quando se tratar de *descumprimento* de medida cautelar, impõe-se o esclarecimento acerca da justificativa – ou não – para o desrespeito à obrigação cautelar, antes da decretação da prisão preventiva, salvo quando se tratar de risco evidente e manifesto à aplicação da lei ou à conveniência da instrução (e da investigação). Em princípio, o descumprimento injustificado da cautelar imposta insinua mesmo situação de maior risco à efetividade do processo.

Enquanto as duas primeiras (conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal) são evidentemente instrumentais, ligadas à proteção do processo penal, a prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica tem em mira alvo distinto.

Com efeito, a tutela da ordem pública e da ordem econômica não implica a proteção do processo no curso do qual teria sido decretada, ainda que fundada em fatos que sejam o seu (do processo) conteúdo e objeto.

Em primeiro lugar, acreditamos que a referência expressa à garantia da ordem econômica seja absolutamente inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça sobre ela. Aliás, semelhante modalidade de prisão foi incluída no art. 312 do CPP, pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, a chamada Lei Antitruste, que cuida de ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica.

A se lamentar – e muito – que, tanto tempo depois e com a introdução de tantas novidades em matéria de prisão e de medidas cautelares, tenha se mantido a expressão *garantia da ordem pública e econômica*.

Na linha de tal raciocínio, que parece ter sido determinante na inclusão da prisão para garantia da ordem econômica, já havia, no art. 30 da Lei nº 7.492/86, que cuida dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei do Colarinho-Branco), a previsão de decretação de prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada.

Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas.

Se, no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública, já prevista antes da Lei nº 8.884/94. Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica).

É tempo, então, de examinarmos da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, tema dos mais controvertidos nos tribunais e mesmo na doutrina. Porque razão a nova Lei 12.403/11, em pleno século XXI, resolveu insistir em manter a esdrúxula expressão?

Percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia de ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

A expressão garantia da ordem pública, todavia, é de difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem.

O Direito português, por exemplo, desce a detalhes para esclarecer os requisitos necessários à imposição de quaisquer medidas cautelares, entre as quais poderíamos incluir a prisão preventiva para garantia da ordem pública. Prevê o art. 204, c, do CPP de Portugal, a hipótese de “perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do argüido, de perturbação da ordem e da tranqüilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa”.

No Brasil, a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão. A Lei 12.403/11 parece ter aceitado essa realidade, prevendo algumas hipóteses de decretação de medidas cautelares *para evitar a prática de infrações penais*, conforme se vê do art. 282, I, CPP.

Houve tempo em que se defendia a prisão preventiva do acusado até mesmo para o fim da proteção de sua integridade física, como se não fosse do Estado a responsabilidade pela atividade não jurisdicional de segurança pública.

Há ainda entendimentos no sentido de se aferir o risco à ordem pública a partir unicamente da gravidade do crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o mencionado sentimento de intranquilidade coletiva que pode ocorrer em tais situações.

Mas o argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão, é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade. Como se percebe, a questão é bastante complexa.

Parece-nos, entretanto, que, sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado quando em risco valores (normatizados) constitucionais igualmente relevantes. Não estamos nos referindo à segurança pública como mera abstração, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses excepcionalíssimas.

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal. Muitas vezes, ou melhor, na maioria destes crimes, o seu autor assume a autoria do crime e nem sempre em situação que se possa identificar, de pronto, o risco de tortura ou de qualquer outra ilegalidade na obtenção da confissão.

É claro que em tema tão complexo e explosivo todo o cuidado é realmente pouco. Mas não é por isso que a autoridade judicial deve recusar, peremptoriamente, qualquer possibilidade de decretação de prisão para garantia de ordem pública. Infelizmente, a realidade dos dias que voam (já não *corremos* mais!) está a comprovar que o nível de *intolerância* humana atingiu patamares estratosféricos, tenha ela as cores que tiverem (religiosa, étnica, sexual, moral etc.). Não bastasse, o desejo incontrolável de sucesso pessoal e de exposição midiática caminha para um verdadeiro abismo no desrespeito à humanidade intrínseca do *outro*.

A Suprema Corte, no julgamento do HC nº 84.498/BA, Rel. o Min. Joaquim Barbosa, em 14.12.2004, reconheceu a possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, em razão da “enorme repercussão em comunidade interiorana, além de restarem demonstradas a periculosidade da paciente e a possibilidade de continuação da prática criminosa”. Tratava-se de apuração de homicídio qualificado, praticado contra o cônjuge. Na oportunidade, ficaram vencidos o Ministro Celso de Mello e a Ministra Ellen Gracie (*Informativo STF* nº 374, 2.2.2005).

Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo a credibilidade das instituições públicas poderia servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública. Tratava-se de caso em que havia fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos do poder público, segundo o seu eminente Relator, Ministro Carlos Britto (QO em HC nº 85.298-SP, Relator para o acórdão, Min. Carlos Britto).

De outra feita, aquela alta Corte justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação, bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e do tipo de crime (Conferir STF – HC nº 89.525-5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 09.03.2007; e mais recentemente, HC nº 92.735/CE, Segunda Turma, Rel. César Peluso, jul. 08.09.2009).

Note-se que nos exemplos dados a existência de um agrupamento, ou organização, dirigida para a prática de crimes também se incluiria na fundamentação acautelatória, sob o argumento do risco de reiteração criminosa.

Costuma-se desconfiar, e muito, de qualquer juízo antecipatório acerca do risco ou do perigo de novos crimes.

Para além do fato de a maioria esmagadora dos países europeus (Alemanha, Espanha, Portugal, Itália etc.) e também dos Estados Unidos incluírem a possibilidade de reiteração criminosa como hipótese de segregação cautelar, é de se observar que a experiência humana não pode ser inteiramente desconsiderada em determinadas situações da vida social. A direção de veículo por pessoa embriagada, por exemplo, é, em si mesmo, um fator de risco e de perigo a terceiros, ainda que nenhum acidente venha a ser causado no caso concreto.

Do mesmo modo, repita-se um milhão de vezes, a intolerância discriminatória, seja quanto à raça, quanto à opção sexual e até mesmo em relação às paixões desportivas, tem demonstrado os enormes riscos da prática de violência, individual e social, contra pessoas e grupos bem identificados, desafiando, assim, as certezas “científicas” fundadas exatamente na “incerteza do conhecimento”.

Para um estudo um pouco mais aprofundado da matéria, prisão para garantia da ordem pública, remetemos o leitor ao nosso *Regimes constitucionais da liberdade provisória*. 2ª ed., Lumen Juris, pp. 61/70, no qual, recorrendo à legislação comparada (particularmente nos países aqui citados, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal), tentamos demonstrar a viabilidade de sustentação de uma prisão cautelar desta natureza, sempre para casos excepcionais.

Na senda, agora, da jurisprudência, colhe-se em ementa do acórdão proferido no julgamento do HC nº 41.857 – RS, Rel. Min. Paulo Medina, no Superior Tribunal de Justiça, a assertiva no sentido de que a barbárie na execução do crime, a repercussão social do fato criminoso – que se revela atual e intensa –, bem como a existência da decisão de pronúncia – a reforçar indícios de autoria –, são elementos que, se conjugados, autorizam a prisão para garantia da ordem pública, como cautela do meio social.

Todavia, repetimos: toda a cautela é pouca. A prisão preventiva para garantia da ordem pública somente deve ocorrer em hipóteses de crimes gravíssimos, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, e quando haja o risco de novas investidas criminosas e ainda seja possível constatar uma situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade (STJ – HC nº 21.282/CE, DJ 23.9.2002). Nesse campo, a existência de outros inquéritos policiais e de ações penais propostas contra o réu (ou indiciado) pela prática de delito da mesma natureza poderá, junto com os demais elementos concretos, autorizar um juízo de necessidade da cautela provisória.

Vale registrar, no particular, jurisprudência da Suprema Corte, validando tais informações (inquéritos) até mesmo para fins de reconhecimento de maus antecedentes (HC nº 72.643, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC nº 74.967, Rel. Min. Moreira Alves).

Em sentido contrário, em relação à impossibilidade da utilização da existência de inquéritos e condenações criminais sujeitas a recurso para fins de exacerbação da pena: STF – HC nº 79.966/SP, Rel. Celso de Mello (Informativo STF nº 318, ago. 2003, p. 4). E a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme Súmula 444.

A questão ainda não foi resolvida em definitivo pelo STF, aguardando julgamento na Repercussão Geral no RE 591.054, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 14.11.2008.

Por fim, e já assentado que o clamor público não seria suficiente para a decretação da prisão cautelar, mas apenas um referencial a mais para o seu exame, observa-se que, para a sua efetiva aferição, o julgador deverá levar em consideração os deletérios efeitos da manipulação da opinião pública, normalmente frequente em tais situações, quando o assunto diz respeito aos males (que são muitos) da criminalidade, cujas razões nunca são tratadas seriamente em tais “reportagens”.

11.7.2. Requisitos normativos: definição dos crimes passíveis de decretação de prisão preventiva

Não basta, porém, a presença dos chamados requisitos fáticos para a decretação da prisão preventiva. Isso porque, como vimos, o postulado da proporcionalidade impõe algumas restrições em matéria de prisão cautelar, de modo a impedir que a medida deferida seja mais grave e mais intensa que a pena a ser aplicada na ação penal, ao final do processo.

Por isso, dispõe o art. 313 do CPP que a regra geral é a permissão da prisão preventiva para os crimes *dolosos* e cuja pena máxima, privativa da liberdade, seja superior a quatro anos (I). Afasta-se, então, de plano e como regra, a prisão preventiva *autônoma* para os crimes culposos e para as contravenções penais.

Para os demais crimes dolosos, com pena igual ou inferior a quatro anos, a prisão somente será possível se, presentes também as situações do art. 312, for *reincidente* (art. 64, I, CP) o aprisionado, por condenação passada em julgado pela prática de outro crime doloso.

Nos casos em que houver dúvida quanto à identidade civil do acusado (ou indiciado), pela ausência de elementos idôneos para o respectivo esclarecimento, a prisão preventiva também poderá ser decretada, para quaisquer crimes dolosos, devendo o preso ser colocado em liberdade tão logo seja esclarecida a questão, sem prejuízo da imposição de alguma outra medida cautelar (art. 313, parágrafo único, CPP), que atenda os requisitos do art. 282, I e II, CPP.

Mais.

A Lei nº 11.340/06, que cuida do sistema de proteção à mulher contra a Violência Doméstica e Familiar, já havia incluído nova modalidade de autorização para a preventiva, quando o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 42).

A recente Lei 12.403/11 manteve a aludida modalidade de prisão preventiva, ampliando-a para a proteção da criança, do adolescente e do idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, de modo a garantir a execução das medidas protetivas previstas em leis (art. 313, III, CPP).

Repetimos: nessas modalidades de prisão preventiva, incisos II e III, do art. 313, e seu parágrafo único:

- a) a preventiva somente será decretada se as demais cautelares não se revelarem suficientes ou adequadas;

- b) somente será possível a preventiva para crimes *dolosos*;
- c) não se exigirá a pena máxima superior a quatro anos, mas, sim, que se trate de pena privativa da liberdade (ver art. 283, §1º, CPP).

A exigência de crimes dolosos com pena privativa da liberdade superior a quatro anos para a decretação da preventiva se refere à modalidade *autônoma* desta cautelar, não contemplando as situações do art. 313, II e III, e nem o seu parágrafo único. Constitui a regra geral das prisões preventivas.

Do mesmo modo, no caso de descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas (art. 282, §4º, CPP), a decretação da preventiva não exigirá as situações do art. 313, devendo atentar-se apenas para os requisitos do art. 312, consoante se extrai do seu parágrafo único. Nesse caso, a preventiva não é *autônoma*, mas *subsidiária*.

11.7.3. Prazo: a construção jurisprudencial

Ao contrário de algumas legislações, o Código de Processo Penal não prevê prazo expresso para a duração da prisão preventiva e nem das demais cautelares. A única exceção em nossa legislação encontra-se na Lei nº 9.034/95, que cuida das ações praticadas por organizações criminosas, cujo art. 8º estabelece o prazo de 81 dias para o encerramento da instrução criminal, quando preso o acusado.

Na realidade, a fixação em lei do mencionado prazo, de 81 dias, quando se tratar de réu preso, tem a sua origem em construção jurisprudencial, firmada, ao longo desses anos, em consideração aos prazos legais fixados para a prática de atos processuais no processo penal.

Entendendo que a ausência, no CPP, de fixação de prazo certo para a duração da prisão preventiva deixava o acusado inteiramente à mercê do Estado, nossa jurisprudência elaborou entendimento segundo o qual, cuidando-se de réu preso provisoriamente no curso da ação penal, esta deveria estar concluída nos prazos previstos em lei, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal. A hipótese, então, estaria a ensejar o *habeas corpus*, com fundamento no art. 648, II, do CPP, cujo comando considera ilegal a coação “quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei”.

Então, do somatório dos prazos para o estabelecimento do que seria o prazo legal para o encerramento da ação penal, alcançou-se o total de 81 dias (de 101 dias, se prorrogado o prazo de quinze dias para a conclusão do inquérito, no âmbito da Justiça Federal), levando-se em consideração desde os prazos para conclusão do inquérito até o prazo para a prolação da sentença, nos termos do art. 800, I, § 3º, do CPP. Referido prazo se referia ao somatório dos prazos apenas no rito comum, ordinário, sendo perfeitamente válida a argumentação no sentido de que, tratando-se de outro rito processual, referido prazo deveria ser alterado e adequado aos limites da lei.

Posteriormente, passou-se ao entendimento de que o prazo de 81 dias deveria ser observado até o final da instrução criminal, entendendo-se, por essa, no processo comum ordinário, a fase do antigo art. 499, reservada a diligências finais, e hoje integralmente modificado. Este é o entendimento que prevalece na jurisprudência de

nossos tribunais superiores, consoante anota Delmanto Júnior (1998, pp. 298-299), tendo o E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, sumulado a questão, consoante se vê na Súmula nº 52, nesses termos: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.” A Súmula nº 21 da mesma Corte é no mesmo sentido, referindo-se, porém, à decisão de pronúncia, nos procedimentos do Tribunal do Júri, para o fim de superar a alegação de excesso de prazo.

A Lei nº 11.719/08, no entanto, veio modificar totalmente os ritos procedimentais do processo comum, ordinário e sumário, com o que haverá que ser feita nova contagem de prazos para a aplicação da antiga jurisprudência.

A contagem do prazo terá início com a prisão do acusado, seja ela preventiva, seja ela decorrente de flagrante delito, *convertida* (em preventiva) em razão da existência de seus requisitos (art. 310, II, parágrafo único, CPP). É que, a partir da prisão, terá início a contagem de prazo para o encerramento do inquérito policial (dez dias na Justiça Estadual; 15 dias, prorrogáveis, na Justiça Federal), seguindo-se os demais atos processuais (oferecimento da denúncia e início da instrução criminal).

A nosso aviso, a nova contagem, no rito ordinário, chegará aos 86 (oitenta e seis) dias, como regra (e de 107 dias, na Justiça Federal), ressalvadas circunstâncias específicas de cada caso concreto:

- a) 10 (dez) dias, ou 15 (quinze) na Justiça Federal, prorrogáveis, para a conclusão das investigações;
- b) 05 (cinco) dias para o oferecimento de denúncia;
- c) 10 (dez) dias para a resposta escrita (art. 396, CPP);
- d) até 60 (sessenta) dias para a audiência de instrução (art. 400, CPP), a serem acrescidos do prazo de vinte e quatro horas para a decisão de recebimento da peça acusatória, e, eventualmente, do prazo de prisão temporária (Lei nº 7.690/89).

No processo do Tribunal do Júri, o prazo de conclusão do procedimento reservado à acusação e à instrução preliminar é de 90 (noventa) dias (art. 412, CPP), aos quais se somariam o prazo de prisão anterior (preventiva e temporária, se houver) ao recebimento da denúncia ou queixa.

Eventuais atrasos na conclusão da instrução, se não imputáveis à defesa, não deverão ter o condão de ampliar o aludido prazo.

Todavia, quando se tratar de instrução complexa ou de pluralidade excessiva de réus, o rito ordinário poderá ser ampliado em mais 20 (vinte) dias, sendo 5 (cinco) para cada parte e 10 (dez) para o juiz sentenciar. Pensamos, porém, que, mesmo nessas situações, ressalvados casos excepcionais (gravidade do crime e dificuldade comprovada de produção da prova), não se deverá ampliar o prazo de 86 (oitenta e seis) dias.

Por se tratar de somatório de prazos específicos, isto é, estipulados para a prática de atos processuais isolados, é perfeitamente ponderável a observação segundo a qual o excesso de prazo estaria caracterizado pelo descumprimento de qualquer um deles. Em outros termos: a contagem seria feita de modo isolado, e não globalmente.

Anota, porém, o já citado Delmanto Júnior, em obra obrigatória sobre o tema (1998, p. 218), que o entendimento francamente majoritário é no sentido da contagem global. Por contagem global deve-se reconhecer a possibilidade de manutenção da prisão, ainda que superado determinado prazo processual pela acusação, durante a instrução, ao entendimento de que, em tese, seria possível a compensação do prazo então superado, nas etapas seguintes.

Estamos em que semelhante ponto de vista pode até ser aceitável, mas unicamente como exceção, nunca como regra. Determinadas infrações penais, quando, por exemplo, praticadas com violência e/ou grave ameaça, envolvendo um número elevado de autores e partícipes, sobretudo quando reunidos em quadrilha, certamente poderiam justificar a superação de um excesso de prazo, desde que ainda possível a sua recuperação nas etapas procedimentais posteriores. Nessa situação, a complexidade da investigação e o risco potencial decorrente da soltura dos agentes reclamariam a adoção de critérios de maior flexibilidade na interpretação da lei.

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ – HC nº 23.304/AC, Rel. Min. Gilson Dipp), aceitando dilação do prazo para a conclusão das investigações, diante da complexidade da matéria. Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal (STF – HC nº 89.525-5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.03.2007).

Excedido que seja o prazo na prisão cautelar, impor-se-á o seu relaxamento, seja pela via do *habeas corpus*, seja *ex officio*, pelo tribunal, na apreciação de eventual recurso. E isso, independentemente da natureza do crime em apuração. É ver a Súmula nº 697 da Suprema Corte: “A proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”.

Em resumo: a regra é a estrita observância, pelo Estado, dos prazos previstos para a prática dos atos processuais, somente se admitindo a sua não-observância em situações excepcionais, em que se exija uma reflexão hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da necessidade de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância.

11.7.4. Prisão preventiva *ex officio*

Nos termos do art. 311 do CPP, na fase de investigação, a prisão preventiva poderá ser requerida pelo Ministério Público, pelo querelante (na ação privada) e pelo assistente, além da capacidade de representação da autoridade policial. Já na fase de processo, instaurada a ação penal, poderão fazê-lo as partes, o assistente e o juiz, de ofício.

Uma observação já se impõe: a assistência da acusação somente tem início no curso da ação penal, ou seja, na fase de processo (art. 268, CPP), daí porque incorreto afirmar-se possível o requerimento do assistente para a decretação da preventiva na fase preliminar, investigatória, tal como consta do disposto no citado art. 311, CPP.

Cumpra examinar, então, uma objeção que vem sendo feita mais recentemente acerca da possibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva no curso da ação penal, ou seja, na fase de processo. A questão situa-se em torno de eventual violação ao sistema acusatório que teria sido adotado na Constituição da República.

O que nos parece longe de dúvidas é que a referida normatização constitucional afastou o juiz das funções investigatórias, de modo a preservar ao máximo a sua imparcialidade. Para essas funções (de investigação), foram instituídos (ou reconhecidos) o Ministério Público (arts. 127 e seguintes) e a Polícia Judiciária (art. 144). Daí o acerto da Lei 12.403/11 em vedar referida iniciativa ao magistrado na fase de investigação, consoante se acha disposto no art. 311, CPP.

E daí também a inconstitucionalidade manifesta da inovação trazida pela Lei nº 11.690/08, na parte em que esta, modificando o art. 156, CPP, autoriza o juiz a determinar a produção de prova, de ofício, na fase de investigação (art. 156, I, CPP).

Como vimos, a chamada prisão temporária (Lei nº 7.960/89), que tem por destinação, unicamente, a tutela da fase de investigação policial, não contempla a possibilidade de sua decretação quando já em curso a ação penal. E vimos, ainda, que, na prisão temporária, é vedada ao juiz a decretação de prisão *ex officio*, opção legislativa absolutamente correta, tendo em vista que referida prisão (temporária) presta-se a tutelar tão somente a investigação criminal. Ora, se assim é, parece irrecusável a conclusão no sentido de que o juiz deve manter-se afastado da fase investigatória, evitando-se, sempre que possível, o seu (dele, juiz) contato com o material probatório; afinal, referido material destina-se ao Ministério Público.

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

Todavia, o fato de caber a ele o exercício de tais poderes não implica que tal função se realize, sempre, de ofício. Será *ex officio* quando se tratar da tutela de direitos individuais, até porque a missão de proteção aos direitos fundamentais é a finalidade, primeira e última, de um Estado Democrático de Direito.

Quando cuidar-se de medidas destinadas a proteger a efetividade da persecução penal, isto é, de providências que têm por objetivo assegurar a aplicabilidade do Direito Penal, na fase de investigação, tal a hipótese das cautelares, das prisões preventivas e temporárias, caberá aos seus destinatários, isto é, destinatários da missão de promoção ativa da persecução penal, tanto sob a perspectiva dos meios (Polícia) quanto dos fins (Ministério Público), a iniciativa para o exame de sua necessidade.

No entanto, quando já tiver sido instaurada a ação penal, o Juiz Criminal deve dispor de instrumentais necessários à garantia da efetividade do processo, sobretudo porque o interesse jurídico posto ali não é, nem se assemelha, a um interesse de parte. A relação, ou relações jurídicas, ou, enfim, a situação jurídica que integram o processo penal são completamente distintas daquela(s) do processo civil. Não se busca naquele (processo penal) a satisfação de um interesse exclusivo do autor, mas de toda a comunidade jurídica, potencialmente atingida pela infração penal.

É por isso que não se pode deixar ao critério exclusivo do Ministério Público, ou do querelante, o juízo acerca da necessidade de proteção efetiva do processo em curso, dado que o processo não é do interesse exclusivo de ambos; muito ao contrário, a aplicação do direito material ali veiculado funciona na ordem de proteção, preventiva, dos direitos fundamentais. Afinal, para que existiria a intervenção penal estatal senão para a proteção dos apontados direitos?

Não é por outra razão que o art. 385 do CPP prevê a possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público manifeste-se pela absolvição. Como já visto, o conceito de parte no processo penal público é meramente formal, dada a natureza eminentemente pública de seu objeto. Pode-se até não concordar com a adoção do princípio da *obrigatoriedade* ou da *legalidade* da ação penal pública; no entanto, não há como recusar ter sido essa a escolha legislativa. E, mais, que essa escolha, ruim ou péssima, não viola qualquer dispositivo constitucional.

De tudo quanto se disse, chega-se a algumas conclusões, a saber:

- a) a prisão preventiva, na fase de investigação, somente pode ser decretada a requerimento dos responsáveis pela investigação e legitimados à persecução em juízo;
- b) no curso da ação penal, será possível a decretação *ex officio* da prisão preventiva, já que, uma vez em curso a atividade jurisdicional, pode e deve o juiz velar pelo seu desenvolvimento regular e finalístico.

11.7.5. Vedação Legal à Prisão Preventiva

Tema dos mais esquecidos, e aqui nos incluímos (nas primeiras edições desta obra), é o que diz respeito à vedação de prisão cautelar – ressalvado o flagrante delito – em período eleitoral.

Nos termos do disposto no *caput* do art. 236 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), é vedada a prisão ou detenção de qualquer eleitor, no período de cinco dias antes e 48 horas depois do encerramento das eleições, salvo em flagrante delito, em virtude de sentença penal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

Em relação às ressalvas, observamos que a violação a salvo-conduto, por si só, já poderia constituir infração penal (e, daí, flagrante delito), seja por abuso de autoridade, seja por constrangimento ilegal. Já com referência à prisão decorrente de sentença penal condenatória por crime inafiançável, é de se ver que há de ser exigido o trânsito em julgado da mesma, já que a prisão não seria propriamente cautelar.

De outro lado, o § 1º do citado art. 236 prevê que os membros de mesa receptora e os fiscais do partido, bem como todos os candidatos, gozarão do mesmo benefício, vedada a prisão ou detenção, porém, 15 dias antes das eleições (e, também, 48 horas depois).

Tratando-se de norma que amplia o uso das liberdades públicas, não vemos por que infirmá-las, sob qualquer perspectiva, ainda que reconheçamos ser o Código Eleitoral fruto de conturbado período político, no qual as garantias individuais jamais constituíram o horizonte dos governantes. Mesmo a distinção entre candidatos (e me-

sários) e os demais eleitores é aceitável, se entendermos que a lisura e a legitimidade do processo eleitoral são, efetivamente, fundamentais para a construção da democracia. Nesse passo, a tranquilidade de seus participantes há mesmo de ser preservada nos períodos nos quais a disputa tende a se acirrar. É de se lembrar que o exercício do direito ao voto e do direito a ser votado expressa direito político fundamental, reconhecido expressamente na Carta de 1988.

Embora a lei (Código Eleitoral) não se refira à prisão temporária, cumpre assinalar a desnecessidade de qualquer referência expressa, para estender também a ela (a temporária) a vedação contida no citado art. 236 do Código Eleitoral.

Em primeiro lugar, porque tanto a prisão preventiva quanto a temporária são prisões de natureza cautelares, devendo, no ponto, receber o mesmo tratamento.

Em segundo lugar, porque, ao tempo do Código Eleitoral, não existia ainda a prisão temporária, daí por que impossível qualquer referência legislativa a ela.

Já em relação às novas cautelares previstas no art. 319, CPP, pensamos que, em princípio, elas seriam até cabíveis e adequadas ao universo eleitoral.

No entanto, a sua aplicação somente seria possível *por analogia*, dado que a Lei 12.403/11 cuida de normas *gerais*, enquanto a matéria eleitoral se põe como *especial*, impedindo o processo de *revogação* desta por aquela.

E, assim, deve-se recusar a possibilidade de seu cabimento *nos períodos e nas circunstâncias aqui mencionadas*, na exata medida em que elas, cautelares, seriam mais gravosas que a regra da liberdade prevista na legislação eleitoral.

Fora desses casos, quando cabível a preventiva, também serão possíveis e cabíveis as cautelares do art. 319, CPP, CPP.

11.8. Prisão Domiciliar

A Lei 12.403/11 inova também ao prever outra modalidade de medida cautelar, ainda que semelhante às prisões.

Trata-se da *prisão domiciliar*, prevista no art. 317, CPP, que determina o recolhimento *permanente* do indiciado ou acusado em sua residência, dali não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial expressa.

A prisão domiciliar, portanto, não se inclui como alternativa à prisão preventiva, tal como ocorre com as medidas previstas no art. 319. Ela somente será aplicada *como substitutivo* da prisão preventiva e desde que estejam presentes algumas das hipóteses arroladas no art. 318, CPP, ou seja:

- I- ser o indiciado ou acusado maior de 80 (oitenta) anos;
- II- estiver ele extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III- for imprescindível a medida para os cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos ou com deficiência;
- IV- para a gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez, ou quando esta for de alto risco.

Todas essas situações demandarão prova cabal e idônea.

Em relação às questões de natureza mais subjetiva, tal como ocorre em relação à comprovação do *alto risco da gestação*, à *necessidade de cuidados especiais de menor de seis anos ou deficiente*, bem como a *doença grave*, há que se exigir prova técnica, nos casos em que sejam necessários diagnósticos e atestados médicos e comprovação fática das circunstâncias pessoais do acusado, a fim de se demonstrar a necessidade da sua presença na residência.

Evidentemente, nessas situações, o menor haverá que residir no local. Não se há de exigir parentesco de primeiro grau, mas relação de dependência imediata e direta, ainda que sob regime informal.

11.9. O ato prisional: generalidades

O Código de Processo Penal enumera algumas situações e alguns procedimentos específicos em relação aos atos prisionais, cuja leitura, como tudo o mais referente ao tema, deve ser feita com as necessárias cautelas.

Observe-se, por primeiro, que, *em toda prisão*, o preso será *informado de seus direitos*, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal (o direito a permanecer em silêncio, de comunicação de sua prisão aos familiares, de constituir advogado imediatamente, dos motivos de sua prisão e o nome de seus executores).

Quanto à confissão obtida sem o esclarecimento do direito ao silêncio – o famoso julgamento *Arizona x Miranda*, nos EUA, em 1966 - essa é uma regra cuja inobservância não tem os mesmos efeitos em países com o Brasil, na medida em que, aqui, a confissão prestada unicamente na polícia, ou na fase de investigação, não tem o valor da aludida prova (da confissão), quando não confirmada em juízo. A sua consequência, portanto, nem sempre deverá ser o *relaxamento* da prisão, conforme certamente se alegará em muitos setores do pensamento penal nacional, quando apenas se deixar de informar a ele o direito ao silêncio (art. 289-A, §4º, CPP). Nesse caso, e apenas nesse, a consequência se limitaria à invalidade completa da eventual confissão.

A Lei 12.403/11, com a nova redação dada ao art. 306, CPP, insinua possível alteração de salutar regra contida na Lei 11.449/07, que trata da necessidade de comunicação *incontinenti* da prisão à Defensoria Pública, limitando-a aos familiares, ao Ministério Público e ao Juiz competente (art. 306). Note-se, contudo, que o art. 289-A, §4º, CPP, prevê a comunicação da Defensoria Pública já no momento da prisão, desde que o autuado não informe o nome de seu advogado.

Há, então, uma distinção. Uma coisa é a *comunicação* da prisão; outra, o encaminhamento do *auto de prisão em flagrante*. Por isso, pensamos equivocada a Lei no ponto em que não exige o encaminhamento de cópias do flagrante ao Ministério Público, limitando a providência apenas ao juiz e à Defensoria Pública, quando o aprisionado não indicar advogado no momento da prisão (art. 306, parágrafo único, CPP). A nosso juízo, o Ministério Público, como e enquanto *fiscal da legalidade* de todo ato prisional deverá, tanto ser comunicado da prisão, quanto receber cópia do auto de prisão em flagrante.

Feito isso, a autoridade policial deverá encaminhar o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, em vinte e quatro horas. Se o aprisionado não tiver indicado o nome de seu advogado, cópias do auto de prisão serão encaminhadas também à Defensoria Pública (art. 306, parágrafo único). Na mesma ocasião, se entregará ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, da qual deverão constar, a) o motivo da prisão; b) o nome do condutor e das testemunhas do ato, c) a assinatura da autoridade (art. 306, § 2º).

A prisão poderá ser feita em qualquer dia e qualquer hora, respeitadas as restrições atinentes à regra da inviolabilidade do domicílio (art. 283, §2º), que reproduz determinação constitucional prevista no art. 5º, XI, da CF, que garante ser inviolável o domicílio, nele somente podendo adentrar, de dia, por ordem escrita da autoridade judiciária competente, ou, à noite, em caso de flagrante delito ou com o consentimento do morador.

Com isso:

- a) a prisão, *por e com* mandado judicial, somente poderá ser realizada de dia, isto é, até as 18 horas (quando se pode considerar, como regra, o final do expediente de trabalho e, assim, o horário noturno, reservado ao descanso e sossego do morador);
- b) à noite, se não o consentir o morador, a prisão somente poderá ser realizada em situação de flagrante delito em curso, naquele momento, no interior da residência. Do contrário, se à noite, não sendo a hipótese de flagrante e, sim, de prisão por mandado judicial, o executor do mandado deverá guardar todas as saídas do local, e, tão logo amanheça o dia, o que se pode considerar a partir das 6 horas, arrombar as portas da casa, na presença de duas testemunhas, se, intimado o morador (seja ele ou não a pessoa a ser aprisionada), este não autorizar o seu ingresso (art. 293, CPP).

Na hipótese de o morador se recusar a entregar a pessoa, de maneira a se caracterizar possível prática de crime de favorecimento (art. 348, CP), o executor do mandado poderá conduzi-la à autoridade policial para a lavratura do flagrante (art. 293, parágrafo único, CPP).

As prisões, seja em flagrante, seja por mandado judicial, serão efetuadas sem o emprego de força, salvo a indispensável para vencer eventual resistência ou eventual tentativa de fuga (art. 284), ainda que a resistência seja produzida por terceiros, quando, então, será lavrado o respectivo auto (de resistência), na presença de duas testemunhas (art. 292). Nesse campo, o emprego de armas *exclusivamente* para evitar a fuga não pode ser aceito como meio indispensável para vencer a resistência, podendo constituir, isso sim, dependendo do caso concreto, crime doloso contra a vida.

Na prisão por mandado judicial, o executor deverá apresentar o aludido instrumento (mandado) ao conduzido, entregando a este uma cópia acompanhada da declaração do dia, hora e lugar da diligência, mediante recibo; no caso de recusa, ou não sabendo ou não podendo o aprisionado assinar, o fato será registrado em declaração escrita, na presença de duas testemunhas (arts. 286 e 291, CPP).

Também será exigida a apresentação do mandado ao carcereiro ou a quem cumpra essa função, para o efetivo recolhimento do preso, entregando-se àquele a cópia do mandado ou guia (na execução de sentença), mediante recibo de entrega do apriisionado, com declaração de dia e hora (art. 288).

Dizia (e diz, porquanto não revogado expressamente) o art. 287, CPP, que, tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado. Reputamos encontrar-se tacitamente revogado semelhante dispositivo, não só pela exigência constitucional de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, mas por manifesta incompatibilidade com todo o sistema de garantias constitutivo do devido processo legal, cuja violação poderá alimentar abusos e atuações contrárias ao direito por parte das autoridades policiais. A exibição do mandado é, para nós, requisito essencial para a prática do ato. Observe-se, porém, que o exame de cada caso concreto poderá, eventualmente, afastar a ilegalidade e a nulidade da atuação, na hipótese em que a perseguição for evidentemente pública e notória.

A prisão poderá ainda ser feita por meio de precatória, quando o indiciado ou réu estiver fora da jurisdição da autoridade judicial, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado (art. 289, *caput*).

Nos termos do §1º do referido dispositivo (art. 289), se houver urgência, a prisão poderá ser requisitada pelo juiz por qualquer meio de comunicação, devendo conter as razões da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança. A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as providências necessárias para constatar a autenticidade da comunicação (fac-símile, correio eletrônico etc.), conforme o disposto no art. 289, §2º, e, nas prisões no mesmo território do juiz processante, bastará a apresentação do mandado, segundo a regra do art. 299, ambos do CPP.

Para fins de facilitar o cumprimento de prisão daquele que se encontrar fora do território em que tramitar a investigação ou o processo, a Lei 12.403/11 instituiu uma novidade das mais esperadas, diante dos avanços tecnológicos da era pós-moderna.

Trata-se de da introdução de *banco de dados* ou, melhor, *de mandados de prisão*, a ser mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

A partir da criação desse banco de dados, os mandados de prisão serão ali registrados (art. 289-A, CPP), para fins de acesso das autoridades executoras das prisões por mandado.

Nesse passo, qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada pelo mandado devidamente registrado, ainda que exerça suas funções fora do território de jurisdição do juiz responsável pela sua expedição (dele, mandado).

Diz a nova regra que qualquer agente policial também poderá executar uma prisão já decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, caso em que, após certificar-se da autenticidade do mandado a ele repassado, deverá comunicar ao ato ao juiz, que determinará o registro do mandado (art. 289-A, §2º).

Nas hipóteses de prisões executadas com base em mandados registrados, a prisão será também imediatamente comunicada ao juiz local (da prisão), o qual providenciará a certidão extraída do registro no Conselho (CNJ).

Caberá ao Conselho Nacional de Justiça a regulamentação do registro do mandado de prisão aqui mencionado (art. 289-A, §6º).

No caso de haver perseguição, seja em flagrante delito, seja em cumprimento de mandado judicial, o agente de polícia poderá efetuar a prisão em qualquer lugar em que for alcançado o perseguido, devendo, então, apresentar o preso à autoridade local, que lavrará o auto de prisão (se de flagrante se tratar).

Caberá ao juiz processante, ou seja, aquele perante o qual transita a ação penal (ou o processo penal) providenciar a remoção do preso no prazo máximo de trinta dias, contados da efetivação da prisão, para que ele fique à sua disposição (art. 289, §3º), com o que parece revogada a parte final do art. 290, que impunha o dever de remoção à autoridade policial.

A prisão poderá ser precedida de perseguição, sobretudo para fins de preservação da situação de flagrante, que ocorrerá quando o agente policial (ou terceiro, no flagrante), tendo avistado o réu (ou indiciado, ou suposto autor do fato), persegui-lo sem interrupção da diligência. O que caracteriza a interrupção é a desistência da perseguição, diante da impossibilidade antevista da consecução da diligência, a ser aferida, também, pela ausência de qualquer providência efetiva no sentido da captura. Enquanto a polícia estiver no encalço da pessoa, todavia, ainda que não mais avistando-a (o que ocorrerá quando a perseguição se fizer de cidade a cidade, e assim progressivamente), não estará interrompida a busca (art. 290, § 1º, a, CPP).

Por isso, se o agente policial, sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o perseguido tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, sair em seu encalço, será suficiente para caracterizar a perseguição (art. 290, § 1º, b).

Assente-se, por fim, que o uso de algemas, do mesmo modo que ocorre com quaisquer medidas de coerção física, deve ser excepcional e justificado por razões de cautela, quando houver risco à integridade física dos envolvidos no ato prisional (policiais, terceiros e o aprisionado).

No particular, mencione-se a recente Súmula Vinculante de nº 11, do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: *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*".

Embora acertada a decisão, quanto à essência de seu conteúdo, relativamente ao uso das algemas, pensamos que a Suprema Corte foi além do que se espera na edição de uma súmula de jurisprudência. Os pressupostos e limites da responsabilização penal, civil ou administrativa de quaisquer agentes públicos decorrem *exclusivamente de Lei*, não sendo possível aos órgãos do Poder Judiciário a imposição de requisitos *supralegais* para a prática de atos administrativos (justificativa *por escrito*, por exemplo).

De mais a mais, a situação de risco é questão essencialmente *prática*, ou seja, dependente de cada situação concreta, não sendo reduzível a fórmulas abstratas.

De todo modo, ao que parece, a edição da citada Súmula veio contextualizada: houve inúmeros excessos em atos prisionais *espetaculosos*, com objetivos nitidamente *institucionais*, a merecer a reprimenda e o controle do Poder Judiciário. É o que trans-

parece da referência expressa à nulidade do ato prisional ou de qualquer ato processual a ele associado.

Nesse particular, a Suprema Corte não só não andou bem, como foi muito além na atividade judicante. A irregularidade de ato administrativo somente pode dar causa à sua nulidade se houver violação ao seu conteúdo. O uso irregular de algemas não pode se prestar a anular ato *processual* algum, embora se possa aceitar a anulação *da prisão*, em si. Contudo, não se pode sequer pensar em pretender a nulidade da prisão *preventiva*, na medida em que esta *decorre de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária*. Assim, o uso indevido das algemas pelo executor do mandado jamais teria como consequência a anulação *da decisão judicial nesse sentido* (da necessidade da custódia), de modo que o eventual *relaxamento* da prisão, nesse caso, não impediria a *repetição imediata* (sem algemas) *do ato prisional* pela óbvia razão da permanência integral da decisão judicial que decretara a preventiva.

O mau uso das algemas pode e deve gerar consequências administrativas, civis e até mesmo penais, no ponto em que se referem a violações do direito material (integridade física, imagem, dignidade humana etc.); mas a anulação de todo o processo ou do procedimento no curso dos quais ele (ato prisional) se realiza não se justifica (ressalvada a hipótese de relaxamento da prisão *em flagrante!*) a não ser enquanto *pedagogia suprallegal* dos poderes públicos.

11.10. Prisão Especial

O art. 295 do CPP cuida das chamadas prisões especiais, cabíveis para determinadas pessoas, em razão das funções públicas por elas exercidas, da formação escolar por elas alcançada e, finalmente, em razão do exercício de atividades religiosas.

O referido dispositivo refere-se às prisões provisórias, ou seja, às *prisões cautelares*, não se aplicando àquelas resultantes de sentença penal condenatória passada em julgado, também tratadas como definitivas.

À exceção de uma ou outra situação, sobretudo quando fundada no exercício de determinadas funções públicas, ligadas à própria persecução penal, parece-nos absurdamente desigual o tratamento reservado a algumas pessoas, especialmente quando baseado no grau de escolaridade de que são portadoras (art. 295, VII, CPP).

De outra perspectiva, a distinção e a desigualdade revelam, de modo subliminar, uma confissão estatal expressa no sentido de que os nossos estabelecimentos prisionais (delegacias, cadeias públicas etc.) devem mesmo ser reservados para as classes sociais menos favorecidas (econômica, financeira etc), o que, aliás, iria exatamente na direção de uma outra realidade, ainda mais sombria, qual seja, a da seletividade do sistema penal.

O tema, abordado em profundidade pela criminologia denominada crítica e tantas vezes anunciado pelos defensores do abolicionismo penal teria o seguinte espectro: o sistema penal, aqui envolvendo todo o aparato estatal persecutório (agentes de polícia, Ministério Público, magistratura, penitenciárias, cadeias etc.), é propositadamente seletivo, dirigindo-se mais e mais aos autores que aos fatos por eles praticados; é seletivo também no sentido de afirmar a exclusão social, visando atingir e proteger

apenas determinados e específicos interesses, de determinados e específicos grupos ou camadas sociais.

O problema maior que resulta da apontada desigualdade diz respeito à possibilidade prática de aplicação do princípio da isonomia na sua solução: o que deveria ser feito é a reivindicação das prisões especiais, ou melhor, prisões melhores e mais adequadas para a generalidade dos presos provisórios e não a extinção de qualquer prisão especial. Em outros termos: a melhoria de todos os cárceres, em vez da socialização do terror.

A Lei nº 10.258, de 11 de julho de 2001, anunciada como o fim dos privilégios carcerários, alterou a redação do art. 295, nele incluindo diversos parágrafos, além da modificação de alguns incisos, entre os quais avultam:

- a) a prisão especial consistiria exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum (§ 1º);
- b) não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento (comum) (§ 2º);
- c) os demais direitos e deveres do preso especial (além daqueles expressamente arrolados naquela lei) serão os mesmos do preso comum.

Ora, é bem de ver que as mudanças não são tantas assim, até por que a simples manutenção da possibilidade de recolhimento em quartéis, quando constatada a ausência de prisões especiais, não deixa de ser uma porta aberta para a manutenção da diferença de tratamento.

De outro lado, se superada a questão (se algum dia puder sê-lo), tem-se que a prisão especial é cumprida em quartéis e/ou prisão especial e reservada às pessoas arroladas nos diversos incisos do art. 295, entre as quais os ministros de Estado, os Governadores, os Prefeitos, Vereadores, Magistrados, Delegados de Polícia, os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República, os Ministros de confissão religiosa, os Ministros do Tribunal de Contas etc.

Mas não é só. Há também leis específicas cuidando de reservar ou mesmo ampliar semelhantes prerrogativas aos membros de determinadas carreiras, como ocorre em relação à Lei nº 8.625/93 e à Lei Complementar nº 75/93, que cuidam da legislação orgânica do Ministério Público dos Estados e, respectivamente, do Ministério Público da União, bem como a Lei Complementar nº 35/79, Lei Orgânica da Magistratura. Há também outras vedações de prisões antes do trânsito em julgado, como ocorre com os membros do Congresso Nacional (art. 53, CF), com as ressalvas ali previstas, e o Presidente da República (art. 86, § 3º, CF).

Por fim, estabelece o art. 300 do CPP que sempre que possível os presos provisórios, isto é, aqueles submetidos às prisões cautelares, ficarão separados das pessoas que já estiverem definitivamente condenadas. E diz mais: que o militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará à disposição das autoridades competentes, sejam civis (Justiça Comum) seja militar.

A regra, entretanto, é diariamente contrariada pela nossa realidade prisional, havendo inúmeros presos em cadeias e delegacias públicas, já definitivamente condenados, aguardando vagas em penitenciárias.

11.11. Prisão para extradição e prisão civil

Não há mais, por revogação, a previsão de prisão de natureza administrativa, como havia na anterior redação do art. 319, do CPP. A Lei 12.403/11, corretamente, aboliu semelhante despautério.

O ideal é que ela tivesse se referido de modo expresso à prisão cautelar para fins de extradição. Não o fez, porém.

Por isso, somente será possível a aludida modalidade de prisão quando as circunstâncias do crime e dos fatos se enquadrem nas hipóteses do art. 312 e art. 313, ambos do CPP, embora, nos processos de extradição não se encontrem os riscos para a instrução ou investigação ali previstos. A prisão seria, então, para garantir a aplicação da lei (não a lei penal, que não seria a nossa!).

Já a prisão civil por dívida, que não tem natureza criminal e nem administrativa, somente pode ser decretada em razão do inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia, consoante se extrai do julgamento dos Res 349.703 e 466.343, pelo Plenário daquela Corte. Ver, ainda, mais recentemente: STF – HC 92.817, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 12.02.2009. Também: HC 96.772-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª. Turma, unânime, DE, 21.08.2009.

Vedada, portanto, a prisão civil do depositário infiel, por força da adesão nacional a tratados internacionais que não a autorizam.

11.12. A liberdade provisória, com e sem fiança

As modificações do sistema geral de prisões no Brasil, iniciadas já desde a Constituição da República e passando pela Lei 11.689/08 e Lei 11.719/08, chegam então ao ápice com a Lei 12.403/11, que, atendendo a uma grande demanda de vários setores da sociedade civil – malgrado os discursos emocionalmente punitivos! – cria uma série de alternativas ao cárcere, instrumentalizando o juiz com inúmeras medidas cautelares diversas da prisão.

Antes da citada lei, ou o juiz determinava a prisão ou optava pela concessão de liberdade provisória, mediante o cumprimento de determinadas condições, podendo, ou não, incluir o recolhimento de fiança. Aliás, para os crimes contra a ordem tributária e contra as relações de consumo, a única liberdade cabível era aquela com fiança, segundo a antiga redação do art. 325, CPP.

Os tempos agora são outros. Impõe-se uma completa revisão do sistema.

E, somente por isso, não passaremos em revista *toda* a história da liberdade provisória no Brasil, avançando, desde logo, para o exame dos regimes/modelos atuais, fundados na necessidade e na adequação da medida, conforme já antecipado, atentos

também ao postulado da proporcionalidade, de modo a evitar que uma medida cautelar seja mais gravosa que os resultados finais de uma condenação penal.

E, também como já o afirmamos, a manutenção da expressão *liberdade provisória* não tem a menor justificativa, senão o fato – nem tão relevante assim – de sua utilização na Constituição da República. Ao fim e ao cabo, cuida-se de *medida cautelar*, diversa da prisão.

No entanto, a sua manutenção, para além da inutilidade, poderá causar algumas dificuldades na compreensão do novo sistema de cautelares. Afinal, o que significa a liberdade provisória *com fiança* e a liberdade provisória *sem fiança*, se, segundo o disposto no art. 282, §1º, CPP, referido ao art. 319, VIII, CPP, a fiança *pode ser aplicada isolada ou cumulativamente*, junto a outras medidas cautelares???

Seria correto falar em liberdade provisória *antes da prisão*, como leva a crer o art. 321, CPP? Ou ela deveria ser aplicada somente *após* o flagrante, como sempre foi???

Uma coisa é certa: não fosse a referência expressa na Constituição da República, a nova legislação não manteria qualquer forma de liberdade *provisória*, e, sim, se limitaria a estipular as diferentes modalidades de medidas cautelares diversas da prisão, regulando as condições de respectiva aplicação, seja de modo *autônomo*, isto é, independente de prisão anterior, seja de modo *subsidiário*, para o fim de *substituir* a custódia (prisão) provisoriamente (essa sim) aplicada.

Portanto, que fique logo esclarecido: as prisões previstas no CPP (em flagrante e preventiva) e na Lei 7.960/89 (prisão temporária) constituem, agora, apenas espécies das várias medidas cautelares pessoais de nosso ordenamento.

A prisão temporária segue mantendo sua regulação autônoma, desvinculada das hipóteses do art. 319, CPP, limitando-se à proteção da fase de investigação e somente quando presentes as circunstâncias nela mencionadas, além de ser cabível apenas para os crimes nela definidos.

E, mais.

Segundo nos parece fora de dúvidas, quando se tratar de prisão temporária para o fim de identificação civil do aprisionado – havendo dúvidas relevantes quanto a ela – o seu esgotamento (de sua função) se dará tão logo seja feito o esclarecimento das dúvidas, não havendo qualquer razão para o alongamento da custódia, se feita a identificação *antes* do prazo fixado para a prisão temporária. Deve-se aplicar, assim, e por analogia, o quanto disposto no art. 313, parágrafo único, CPP.

Assim, se as medidas cautelares podem ser impostas tanto *antes* da prisão em flagrante, quanto *depois* dela, o que significaria a liberdade provisória?

Um pequenino recorte histórico nos ajudará a chegar às conclusões adiante expostas, no sentido de que a liberdade provisória passa a ser apenas a explicitação de diferentes maneiras da *restituição da liberdade* daquele que tenha sido *preso em flagrante*, ou, agora, *preventivamente*.

Já vimos que, em sua redação primitiva, de 1941, a prisão em flagrante tinha como consequência uma antecipação do resultado final do processo, fundada, sobretudo, na presunção de culpabilidade, decorrente do próprio flagrante, mas também de uma antecipação do juízo de necessidade, decorrente de uma presunção de fuga.

Com efeito, desde antes da legislação imperial, ao tempo, portanto, da vigência das Ordenações do Reino, particularmente as Filipinas, do século XIV, o nosso ordenamento processual ocupou-se da privação da liberdade antes do trânsito em julgado, justificada a partir do risco de não-apresentação do acusado para julgamento.

As cartas de seguro, a homenagem, os fiéis carcereiros e já a fiança constituíam modalidades de liberdade provisória, de natureza fidejussória, por meio das quais era garantida a apresentação do preso no dia do julgamento.

A liberdade provisória, àquele tempo, era uma exceção à regra da prisão, concedida mediante certas garantias, não como direito do preso, mas como faculdade do Poder Público.

Na legislação imperial, a Constituição de 1824 e, posteriormente, o Código de Processo Criminal de 1832 resumiram todas as diversas modalidades de liberdade provisória a uma única: a liberdade mediante o pagamento de fiança, já transformada, então, em garantia real, e não mais fidejussória.

Foi nesse cenário que se implantou o regime de prisão e liberdade do Código de Processo Penal de 1941, no qual, como regra, foi mantida, como única modalidade de liberdade provisória, aquela realizada mediante o pagamento de fiança, salvo quando se pudesse comprovar, desde logo, que o crime tinha sido praticado por meio de conduta penalmente justificada, isto é, quando presente alguma excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa etc.).

O Código de Processo Penal partia, então, inequivocamente, de uma presunção de culpa de quem fosse preso em flagrante delito.

A liberdade provisória, com fiança ou sem ela, portanto, somente tinha cabimento a partir da prisão em flagrante, e encontraria nessa (prisão em flagrante) a sua legitimação.

E, a nosso juízo, assim devem permanecer as coisas, enquanto não se varrer do mapa de nossa legislação a inapropriada expressão (liberdade provisória), conforme o disposto no art. 310, II, ambos do CPP, a dispor:

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

I- relaxar a prisão ilegal; ou

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

III- conceder liberdade provisória, com ou sem fiança

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

A primeira hipótese (I) não diz respeito a qualquer forma de liberdade provisória. A ilegalidade da prisão determina o seu *relaxamento*, sem que se possa impor qualquer medida cautelar ao libertado. As demais, sim.

Note-se que o parágrafo único do art. 310 prevê a única modalidade de liberdade provisória distinta das demais medidas cautelares do art. 319 e daquela do art. 320, CPP. Trata-se da situação em que o juiz, ao exame dos autos da prisão em flagrante, entende presentes indícios de ter sido praticado o fato nas circunstâncias do art. 23 do Código Penal (legítima defesa, estado de necessidade etc.).

Ali, como parece claro, *não será possível a imposição nem de fiança e nem de qualquer outra modalidade de cautelar*, limitando-se a medida à exigência de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Podemos até prosseguir na antiga classificação doutrinária que denomina a aludida liberdade provisória de *vinculada* (ao processo), expressão pouco técnica, mas, agora, útil para a distinção da providência com as demais cautelares do art. 319 e art. 320, ambos do CPP, que podem ser impostas isolada ou cumulativamente, incluindo a fiança.

Então, adotando-se tais diretrizes, poderíamos traçar o seguinte quadro das liberdades provisórias:

- a) liberdade provisória *em que é vedada a fiança*: cabível sempre após a prisão em flagrante, com a obrigatória imposição de qualquer das cautelares do art. 319 e do art. 320, CPP, *com exceção da fiança*, quando não for necessária a prisão preventiva e quando for expressamente proibida a imposição daquela (fiança - art. 323 e art. 324);
- b) liberdade provisória *com fiança*: cabível sempre após a prisão em flagrante e quando não necessária a preventiva. Será imposta, obrigatoriamente, a fiança, além de outra cautelar, se entender necessário o juiz;
- c) liberdade provisória *sem fiança*: cabível após a prisão em flagrante, quando inadequada ou incabível a preventiva, com a imposição de qualquer outra medida cautelar, por julgar o juiz desnecessária a fiança;
- d) liberdade provisória *vinculada*, ao comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único).

Note-se que a liberdade provisória com a *proibição da fiança* é fruto de delírio legislativo, fundamentado na Constituição da República, que previu a *inafiançabilidade* para vários e graves delitos. A idéia parece ter sido a *proibição de qualquer restituição da liberdade* para aquele preso em crimes inafiançável. Equívoco manifesto!

É a própria Constituição que exige *ordem e escrita e fundamentada* de *autoridade judiciária* competente para qualquer modalidade de prisão.

Não bastasse, a redação do art. 283, CPP, *reafirma* essa exigência, introduzindo, porém, um novo regime de irrecusável contradição: autoriza a liberdade provisória para *todo e qualquer crime*, quando ausentes as razões da preventiva, vedando a exigência de fiança justamente *para os crimes mais graves e de maior reprovação social!* Ou seja, permite a liberdade com a imposição de uma ou de várias cautelares, desde que não seja a fiança!

E, para os demais crimes, cuja inafiançabilidade não esteja consagrada na bo-
bagem do art. 323, CPP, a liberdade poderá ser obtida mediante a imposição de uma
ou de outras medidas cautelares, *incluindo a fiança!* Resumo: para crimes menores, a
liberdade e a possibilidade de imposição de *todas as cautelares*; para os mais graves (do
art. 323), a liberdade e apenas *algumas cautelares!* A história, como sempre, se repete...

Portanto, que ninguém se fie na distinção entre liberdade provisória *com* ou *sem*
fiança. Existirá uma ou outra se o juiz impuser ou não a fiança. Apenas nos casos já
citados, em que for proibida a imposição de fiança, se poderá falar, rigorosamente, em
liberdade *sem fiança*. E quando não se tratar das hipóteses do art. 323 e art. 324, CPP,
para as quais é *vedada a fiança*, nem por isso deverá o juiz, obrigatória e necessariamente,
impô-la, isolada ou cumulativamente a outras.

Já a liberdade *vinculada* implicará a restituição da liberdade ao preso, com a única
exigência do comparecimento a todos os atos do processo (art. 310, parágrafo único),
não sendo cabível, em princípio, qualquer outra medida cautelar, desde que ele cumpra
as obrigações resultantes da vinculação (comparecimento a todos os atos do processo).

Adiante, faremos um exame mais detalhado da matéria.

Cumpre, porém, e antes, pontuar que a Lei 12.403/11 é lei *geral*, não revogando,
em princípio, a legislação especial que cuida da matéria. Há leis no Brasil que ainda ve-
dam a concessão de liberdade provisória, com e sem fiança, para determinados crimes,
além daqueles para os quais o CPP, agora, estabelece a inafiançabilidade ou a proibição
de imposição de fiança.

Todas essas vedações legislativas à restituição da liberdade são *inconstitucionais*,
por todas as razões de índole constitucional que já alinhamos aqui.

Agora, diante da nova sistemática do art. 283, CPP, a exigir fundamentação cau-
telar para as prisões anteriores ao trânsito em julgado, ainda que não se fale em *revoga-
ção*, rigorosamente, o fato é que uma interpretação *sistemática do direito processual penal*
caminha inexoravelmente no sentido de recusar aplicação a qualquer norma que vede
a restituição da liberdade ao preso em flagrante *sem ordem judicial escrita e fundamenta-
da*, baseada em razões cautelares.

Arrolam-se nesse sentido: A Lei 8.072/90, que cuida dos crimes hediondos; a Lei
9.034/95, das organizações criminosas; a Lei nº 9.613/98, dos chamados crimes de “lava-
gem” de bens, dinheiro e valores, e, ainda, o Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/03,
todas vedando a liberdade provisória, ou, melhor dizendo, a restituição da liberdade.

Todas evidentemente inconstitucionais.

Na mesma linha, a Lei de Tóxicos, Lei nº 11.343, de agosto de 2006, a vedar a con-
cessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, para os crimes previstos no art. 33, *caput*
e § 1º, art. 34 e art. 37 (tráfico de drogas, fabrico de instrumentos para o tráfico e associação
para o tráfico), tudo consoante o disposto no art. 44 da referida legislação.

E a Suprema Corte, em decisões emanadas de sua Primeira Turma, vem acei-
tando a proibição (*Habeas Corpus nº 101.101-MG, STF, 1ª Turma, unânime, Relatora*
Ministra Cármen Lúcia, julgado em 25.05.2010, publicado no DJ em 24.11.2010), con-
trariando, segundo nos parece, as exigências constitucionais, e divergindo da Segunda
Turma daquele Tribunal (*Habeas Corpus n. 99.278/RS, Relator Ministro Eros Grau, 2ª*
Turma, unânime, julgado em 04/05/2010, publicado no DE em 21/05/2010).

Parece-nos que, agora, a citada (Primeira) Turma terá que contornar, não só uma lei específica, mas todo o sistema prisional nacional inaugurado com a nova redação do art. 283, *caput*, CPP.

11.12.1 Relaxamento da Prisão

Nos termos do art. 5º, LXV, da CF, a “prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

A palavra relaxamento significa unicamente uma via de controle da legalidade da prisão, independentemente da modalidade, não se restringindo à hipótese de flagrante delito, embora a sua aplicação prática, em regra, ocorra em relação a essa.

Assim, chegando ao conhecimento da autoridade judicial a existência de uma prisão ilegal, deverá ela, nos limites de seu poder jurisdicional, determinar *incontinenti* o seu relaxamento.

É o que se encontra no art. 649 do CPP, que autoriza a concessão *ex officio* do *habeas corpus*, com fundamento na ilegalidade da coação, cujas hipóteses, ou melhor, em que algumas delas, encontram-se explicitadas também no art. 648.

O relaxamento da prisão ocorrerá, portanto, em todos os casos de ilegalidade, dirigindo-se contra todas as modalidades de prisão previstas no Código de Processo Penal, desde que tenham sido determinadas sem a observância das previsões legais, dentre os quais, como já visto (item 11.8, relativo ao *ato prisional*), o uso indevido e abusivo das algemas, quando manifesta a desnecessidade da medida. No particular, renove-se a observação no sentido de que somente o exame de cada caso concreto poderá demonstrar a *efetiva desnecessidade* das algemas, não havendo qualquer critério *a priori* que possa antecipar eventual ilegalidade (prisão de mulher? de idoso?).

De outro lado, vale registrar que, havendo excesso de prazo na prisão preventivamente decretada, o tribunal, por via do *habeas corpus* ou mesmo de recurso nominado, deverá cassar a decisão, determinando o relaxamento da prisão, cuja continuidade já seria ilegal. É de se observar, ainda, que, ao contrário do relaxamento, a *revogação* da prisão preventiva, que tanto pode ser decidida pelo juiz que a decretou quanto pelo tribunal, em grau de revisão (reforma), deverá ter por fundamento a falta de motivo para que subsista, nos termos do art. 316 do CPP. Nessa oportunidade, entendendo o juiz ou o tribunal que o caso não é de *revogação*, mas de *substituição* da cautela, poderá ser imposta outra medida cautelar do art. 319, CPP.

Como se trata de controle judicial da ilegalidade na imposição de restrição da liberdade individual, o relaxamento será cabível, como é óbvio, em qualquer procedimento e para quaisquer crimes, quando houver excesso de prazo ou outra irregularidade na constrição da liberdade (ver Súmula nº 697, STF).

Uma vez relaxada a prisão, a consequência imediata será a soltura do preso, sem a imposição a ele de quaisquer restrições de direitos, uma vez que não se cuida de *concessão* de liberdade provisória, mas de *anulação* de ato praticado com violação à lei. A liberdade deverá ser plenamente restituída, tal como ocorre na revogação da preventiva, por ausência dos motivos que justificaram a sua decretação.

11.12.2. Liberdade Provisória com Fiança

A Lei 12.403/11, como vimos, introduziu um novo sistema de medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, reunindo, em uma mesma estrutura, a (prisão) preventiva e inúmeras outras medidas diversas da prisão.

Desse modo, criou-se um sistema *alternativo*, de tal modo que a prisão preventiva seja, em regra, a última providência cautelar.

Isso não significa, contudo, que ela *dependerá* da anterior aplicação de alguma medida cautelar. Não. A preventiva poderá ser imposta, a) *autonomamente*, quando presentes as situações do art. 312 e as circunstâncias do art. 313, ambos do CPP; e b) *subsidiariamente*, quando descumprida uma cautelar (art. 319 e art. 320), quando se exigirá apenas os requisitos do art. 312, CPP.

De modo que a expressão *liberdade provisória*, além de absolutamente desnecessária, serve apenas para causar algumas confusões acerca da estrutura do novo sistema.

É que, em princípio, a simples imposição de *fiança*, isolada ou cumulativamente com outra cautelar, em qualquer fase da investigação ou do processo, poderia ser entendida como uma forma de *liberdade provisória com fiança*.

E, da mesma maneira e pelas mesmas razões, a imposição de qualquer outra medida cautelar desacompanhada da fiança poderia se qualificar como *liberdade provisória sem fiança*.

Evidentemente, se for assim, sequer haverá a necessidade do uso dessa expressão (liberdade provisória), sendo ela em tudo equiparada a modalidades diferentes de medidas cautelares.

Por isso, e seguindo a tradição de nosso direito, pensamos que ela, a expressão *liberdade provisória*, deve ser reservada para as diversas formas de *restituição da liberdade*, após a prisão em flagrante, exatamente como era o nosso regime anterior à Lei 12.403/11.

Note-se que, no caso de eventual substituição da prisão preventiva por outra cautelar menos gravosa, não se poderá falar em liberdade provisória, mas de *substituição entre cautelares* (art. 282, §5º, CPP).

Apresentado o auto de prisão em flagrante ao juiz, no prazo de vinte e quatro horas (art. 306, §1º), deverá ele adotar as providências alinhadas no art. 310 e seu parágrafo único, CPP, a saber, a) será relaxada a prisão ilegal (I), e, b) se concederá alguma forma de liberdade provisória, com ou sem fiança (III), ou, ainda, mediante o comparecimento a todos os atos do processo (art. 310, parágrafo único), se não for o caso de sua conversão (do flagrante) em prisão preventiva (II).

A liberdade provisória *com fiança*, portanto, se distinguirá das outras, sem fiança, ou *vinculada*, pela simples imposição da fiança, que poderá, ou não, vir acompanhada de outra cautelar (art. 282, §1º e art. 319, §4º, CPP).

A imposição de fiança será cabível para todos os crimes, à exceção:

- a) dos crimes aos quais não seja imposta pena privativa da liberdade (art. 283, §1º);

- b) no caso em for cabível a transação penal, e, ainda, na hipótese de efetiva (proposta e aceita) suspensão condicional do processo (art. 76 e art. 89, da Lei 9.099/95);
- c) nos crimes culposos, salvo situação excepcional, em que seja possível a aplicação da pena privativa da liberdade ao final do processo, em razão das condições pessoais do agente;
- d) dos crimes para os quais é vedada a fiança, expressamente, conforme art. 323 e art. 324.

A primeira e a última hipótese de não cabimento da fiança estão previstas em lei e apresentam justificativas totalmente diferentes e quase contraditórias, como já alertamos.

A vedação de imposição de cautelar para crimes aos quais não seja prevista a pena privativa da liberdade (a) se fundamenta em juízo de proporcionalidade. É que, à consideração de que qualquer das medidas cautelares previstas no Código implica significativa restrição de direitos, evita-se a sua imposição em processos em que não se chegará a resultados mais gravosos. Fez-se, então, juízo de ponderação entre a *necessidade* das cautelares e a efetividade do processo.

Já a outra proibição (b), na qual se reproduz a pífia tentativa constitucional de reduzir a complexidade da vida real em fórmulas abstratas, decorre da inafiançabilidade prevista para determinados crimes na Constituição da República (crimes de racismo, de drogas, hediondos, tortura etc. – art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

Note-se, contudo, que a pretensão do constituinte, nesse caso, parece ter sido a de proibição de *qualquer forma de restituição da liberdade*, seja *com*, seja *sem* fiança, seja, enfim, mediante qualquer alternativa à prisão. A referência feita então à inafiançabilidade partia da equivocada suposição de que a vedação da fiança equivaleria à proibição de restituição da liberdade.

Bem se vê que nosso constituinte sequer conhecia o fato de que, desde o ano de 1977, com a Lei 6.416, a liberdade provisória no Brasil era cabível para quaisquer crimes, independentemente de ser ou não afiançáveis. A esse tempo, a fiança perdeu qualquer utilidade, na medida em que o art. 310, parágrafo único, em sua redação já agora *revogada*, estipulava a restituição da liberdade mediante o comparecimento a todos os atos do processo, *como regra geral*.

Apenas em 1990, a Lei 8.035, passou a exigir a liberdade somente com fiança para os crimes contra a ordem tributária e contra a economia popular (antiga redação do art. 325, CPP).

Depois disso é que outras e várias leis passaram a ressuscitar a proibição de liberdade provisória, retrocedendo décadas na evolução do processo penal. Mais adiante as veremos.

O que queremos assentar, portanto, é que a inafiançabilidade constitucional, embora pretenda a proibição de qualquer forma de restituição da liberdade, não se compadece com o sistema de garantias individuais estruturado nela própria (Constituição), sobretudo no ponto em que se exige *ordem escrita e fundamentada da autoridade JUDICIÁRIA* (e, não, *legal*, ou *constitucional*) *para qualquer privação da liberdade* (art. 5º, LXI).

Veja-se, então, o despropósito da lei, beirando à contradição: de um lado, evita-se a fiança para não onerar excessivamente autores de *infrações menos graves*, para as quais sequer se prevê pena privativa da liberdade; do outro, proíbe-se a fiança *para as mais reprováveis e graves infrações penais!*

As demais exceções à imposição de fiança repousam, como já antecipamos, no postulado da proporcionalidade, na perspectiva da proibição do excesso.

Com efeito, as infrações penais de menor potencial ofensivo, tais aquelas para as quais são previstas a *transação penal* (Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais Criminais), não ostentam riscos significativos à efetividade do processo, diante de sua baixíssima apenação (crimes e contravenções). A imposição de restrições de direitos nessas hipóteses seria também excessiva e contrária à lógica dos Juizados Criminais, voltados para a conciliação.

Pelo mesmo fundamento, pensamos que a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95) deve *anteceder* a qualquer pretensão acautelatória, a não ser quando se tratar de prisão em flagrante, caso em que se deverá, desde logo, impor a medida cautelar que se revelar necessária e suficiente. Mesmo nessa situação, porém, se e quando efetivada a suspensão do processo, deverá ser revogada a cautelar eventualmente imposta.

Quanto aos crimes culposos, remetemos o leitor às observações que fizemos no item 11.4.1. (Regras gerais da aplicação).

Vamos, então, ao procedimento da fiança.

A primeira observação, e que constitui uma vantagem prática da fiança, é que ela poderá ser arbitrada imediatamente pela autoridade policial, nos casos de infração penal cuja pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos (art. 322).

Se a autoridade policial recusar ou retardar a *restituição da liberdade* mediante fiança, o preso, ou qualquer pessoa em seu nome, poderá prestá-la, por simples petição ao juiz, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito horas), nos termos do art. 335.

A vantagem prática aqui é manifesta, dado que, uma vez prestada a fiança, a restituição da liberdade é imediata, independentemente do pronunciamento do juiz, que, em tese, somente receberia o auto de prisão em flagrante no prazo de vinte e quatro horas após a prisão (art. 306, §1º).

Outra curiosidade: o art. 322, parágrafo único, CPP, prevê que, nos demais casos, ou seja, quando não for possível à autoridade policial o arbitramento da fiança, o juiz decidirá sobre o requerimento de fiança no prazo de 48 (quarenta e oito horas).

Eis aqui mais um exemplo da falta de sistematização da matéria, depois de tantas idas e vindas do projeto de lei 4.208/01, afinal transformado na Lei 12.403/11. Após a prisão em flagrante, nos termos do art. 310, *caput*, do CPP, o juiz *deverá*, ou relaxar a prisão, ou converter o flagrante em prisão preventiva, ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança! Ou seja, a concessão de liberdade provisória *não depende de qualquer requerimento do aprisionado* ou de quem quer que seja!

Por isso, e como o auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juiz no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, o prazo para deliberação acerca das providências do art. 310, I, II e III, bem como de seu parágrafo único, não excederá vinte e quatro horas, a fim de que não se ultrapasse o prazo de 48 (quarenta e oito) horas

previstas para a apreciação do tal pedido de liberdade provisória com fiança (art. 322, parágrafo único).

E, mais. Nada impedirá que o juiz imponha outra medida cautelar além da fiança, ainda quando se trate de requerimento *unicamente* desta (fiança) pelo aprisionado.

Outro resquício do sistema anterior reside na disposição do art. 334, que continua prevendo que a *fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória*.

Ora, essa disposição, que vem desde a redação originária do CPP, somente fazia sentido quando prevista a possibilidade de execução provisória da condenação. Quando ela era possível, sendo afiançável a infração, o acusado poderia *escapar* da prisão prestando fiança! Assim, e porque vedada a execução provisória, a expressão *a qualquer tempo* é redundante.

De se ver, então, que a fiança *independe* de requerimento e, por isso, pode ser *imposta* de ofício, após a prisão em flagrante (art. 310, II), além das outras oportunidades em que ela se mostre necessária e adequada (art. 282, §2º e §6º).

Não se trata mais de *benefício* a ser *concedido*, mas de imposição de restrições de direito por necessidade acautelatória. E isso muda tudo, do ponto de vista da aplicação da fiança, e, sobretudo, quanto ao momento e a pertinência de sua apreciação.

Não há novidades no que se refere aos critérios para a determinação do valor da fiança. Deverão ser considerados, a) a natureza da infração; b) as condições pessoais do preso; c) o custo geral das despesas processuais (art. 326, CPP). A vantagem das novas regras é que a *medida* da fiança recebeu agora um referencial mais estável: o salário mínimo, acabando com a loucura das variações financeiras.

Permanecem também os critérios mensurados pela gravidade da infração (menor, igual ou superior a quatro anos), segundo o disposto no art. 325, I e II, CPP, e da situação pessoal do afiançado (art. 325, §1), I, II e III, CPP. A curiosidade é a previsão da possibilidade de aumento da fiança em até mil vezes!

Ora, é preciso ter em conta que estamos tratando daquele ainda não condenado definitivamente. Portanto, há que se ter cautela na fixação dos valores da fiança, sob pena de, por vias transversas, se voltar ao regime de prisão preventiva obrigatória, por impossibilidade econômica de sua prestação. Naturalmente, e em tese, haverá *clientela* para o aludido exagero, mas a depender do exame mais cuidadoso quanto aos elementos indiciários (de autoria, de materialidade, da disponibilidade financeira etc.)

Quanto às obrigações resultantes da imposição da fiança, bem como das consequências de seu desatendimento, veja-se o que dispõem o art. 328 e o art. 328.

Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processan-

te, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Atente o leitor para o seguinte: a Lei 12.403/11 *aproveitou* vários dispositivos da redação anterior do CPP, que não guardam mais pertinência com o atual modelo da fiança. Repita-se: não se cuida de *concessão* ou de *benefício*, mas de obrigações *impostas*.

E a fiança, que, aparentemente, impõe apenas o dever de prestação de obrigação pecuniária ou de valor econômico – sua essência, sem dúvida! – exige que o afiançado acompanhe regularmente a tramitação do processo, devendo comparecer sempre que a tanto intimado.

Naturalmente que referida obrigação é uma exigência de natureza nitidamente cautelar, por isso que somente cabível quando necessário (art. 282, I e II). A liberdade provisória mediante fiança, portanto, encontra a sua justificação mais clara a partir da prisão em flagrante, apto a justificar maiores receios quanto à efetiva aplicação da lei penal.

Observe-se, ainda, que, historicamente, a fiança sempre teve por escopo a garantia de apresentação do afiançado para o julgamento, de modo, então, a evitar a sua fuga. Essa é uma tradição que vêm desde a legislação imperial.

A nova redação do art. 341 do CPP não é muito clara quanto a tais propósitos, sobretudo no ponto em que afirma que a fiança seria *quebrada* quando o afiançado *resistir injustificadamente a ordem judicial* (art. 341, IV) e/ou *praticar nova infração penal dolosa* (art. 341, V), além, é certo, do descumprimento das obrigações fixadas na sua imposição (art. 327 e art. 328), ou de outra medida cautelar eventualmente imposta (art. 282, §1º).

Quanto a tal resistência injustificada à ordem judicial, repetimos o que já afirmamos por ocasião do exame das medidas cautelares em espécie (item 11.4), relativamente àquela constante do inciso VIII (a fiança).

Cuida-se de explicitação dos deveres constantes dos dispositivos legais antes transcritos, que impõem obrigações de comportamento ao afiançado, resultantes da lei, e que deverão constar do Termo de Fiança, como verdadeiras determinações judiciais. Fora daí, não acreditamos que a recusa do afiançado em obedecer outras e eventuais determinações judiciais, tais como a participação em meio de prova que eventualmente o incrimine, possa justificar a imposição de fiança. Ora, porque razão se esperaria o cumprimento de uma ordem judicial com aptidão para demonstração da procedência da acusação se ele pode prestar fiança? Seria totalmente inútil a aludida razão para a imposição da fiança.

Julgar-se-á também quebrada a fiança pela prática de nova infração penal dolosa.

Não se refere à Lei aqui à reincidência (art. 63, CP), a exigir condenação passada em julgado.

Tudo aqui gira em torno da *fundamentação* para a *imposição de medidas cautelares*, o que significa que se está em busca de razões suficientes para justificar o receio quanto aos riscos à efetividade do processo. A hipótese de *suposta* prática de nova infração dolosa, então, não carece de comprovação definitiva, mas, da solidez dos elementos informativos nesse sentido.

Pensamos mesmo que apenas quando se tratar de prisão em flagrante sob o fundamento da prática de infração penal dolosa se poderá pensar no *quebramento* da fiança sob essa perspectiva (art. 341, V). Sobre tal questão remetemos o leitor ao tema da

prisão preventiva para garantia da ordem pública, no ponto em que se discute o risco de reiteração criminosa.

Mais.

Quando o aprisionado for pobre ou não tiver condições financeiras e nem econômicas para se submeter à fiança, o juiz poderá impor, além de outras cautelares que entender pertinentes, as obrigações constantes dos arts. 327 e 328, sob pena de seu quebramento (da fiança).

Em resumo:

- a) a fiança consiste em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos etc., conforme se observa no art. 330 do CPP, e poderá ser prestada por qualquer pessoa;
- b) descumpridas as condições fixadas na sua imposição (art. 327 e art. 328, CPP), será ela julgada quebrada, cuja consequência é a perda de metade de seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares mais gravosas, incluindo a prisão preventiva (art. 343);
- c) Será igualmente tida por quebrada a fiança quando o acusado deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; descumprir outra medida cautelar eventualmente imposta; resistir injustificadamente a ordem judicial, e, por fim, praticar nova infração legal.
- e) O dinheiro e objetos dados em fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa impostas na sentença penal condenatória passada em julgado, ainda quando ocorra a prescrição da pretensão executória do art. 110, Código Penal (art. 336);
- f) Se a fiança for declarada sem efeito, por qualquer razão, ou for definitivamente absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor da fiança será integralmente restituído, sem desconto e devidamente atualizado (art. 337).
- g) No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei (art. 345);
- h) No caso de quebramento da fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei (art. 346);

Observe-se, então, que, no que toca à restituição dos valores, corrigidos, da fiança, o CPP se refere à sentença absolutória e à extinção da ação penal, ressalvando, contudo, a hipótese de prescrição da pretensão executória, na forma do art. 110 CP, caso em que não se deveria devolver o valor afiançado.

Cabem aqui importantes considerações.

É que, se a prescrição da pretensão *punitiva* – antes da condenação definitiva – faz varrer quaisquer efeitos da sentença condenatória, o mesmo não ocorrerá com

a prescrição da pretensão *executória* – após o trânsito em julgado da condenação. A primeira diz respeito ao processo *condenatório*; a segunda, ao processo *executório*.

É de se atentar, de todo modo, que a prescrição executória a que se refere a ressalva do art. 337, pressupõe decisão *condenatória*, o que não é caso da regra geral ali estipulada, cabível para as decisões absolutórias e para as demais formas de extinção da ação penal.

Na verdade, o legislador demonstra, mais uma vez, desconhecimento da técnica do processo.

Não há previsão de extinção da ação penal em nosso CPP. O que é extinto, e quando o é, é o *processo* e não a ação, exercida com a provocação do Judiciário, por denúncia ou por queixa.

De se ver, também, que, ao contrário de nosso Código de Processo Civil, a legislação processual até hoje não contempla hipóteses de extinção antecipada do processo, sobretudo sem a resolução do mérito.

Como quer que seja, cumpre esclarecer:

- a) Qualquer que seja a decisão judicial que *deixe de condenar o acusado*, a fiança deverá ser devolvida em sua integralidade. Incluem-se, então, rejeição da peça acusatória (art. 395, CPP), absolvição sumária (art. 397, CPP); absolvição definitiva (art. 386, parágrafo único, II, CPP) e qualquer modalidade da extinção da punibilidade (art. 107, CP), ressalvada, unicamente, a prescrição da pretensão executória, que, repita-se, pressupõe sentença condenatória passada em julgado;
- b) Da mesma maneira, as decisões de arquivamento do inquérito ou das peças de investigação terão o mesmo efeito: a devolução integral da fiança eventualmente prestada.

11.12.3. A Restituição da Liberdade do Art. 283, §1º, do CPP

Se a liberdade provisória, como vimos, é uma medida cautelar, na qual se impõe ao indiciado ou acusado algumas restrições de direitos, devidamente previstas em lei, não há como enquadrar como uma espécie ou modalidade da aludida cautela a hipótese prevista no art. 283, §1º, do CPP.

Aliás, a redação atual do citado dispositivo legal não deixa margem à dúvidas: *as medidas cautelares previstas nesse Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa da liberdade.*

A regra anterior era semelhante, conforme antiga redação do já modificado art. 321, que previa a hipótese em que o réu *se livrava solto*.

Trata-se, portanto, de restituição integral da liberdade, quando se tratar de réu preso em flagrante. Daí afirmar-se não ser hipótese de liberdade provisória, já que essa seria uma ou mais modalidades de medidas cautelares.

E mesmo quando não houver prisão em flagrante, não se poderá recorrer às cautelares no caso de apuração de delitos para os quais não se preveja pena privativa da

liberdade. Corretamente, o legislador entendeu ser *desnecessária e inadequada* a imposição de qualquer medida cautelar àquele que, ainda que procedente a acusação, não sofrerá sanção privativa da liberdade, não se justificando, por isso mesmo, receios quanto à eficácia na aplicação da lei penal. De outro modo: o custo (restrição de direitos) não vale o benefício (garantia de aplicação de pena diversa da privativa da liberdade).

Assim, lavrado o auto de prisão em flagrante, a autoridade policial deverá restituir *incontinenti* a liberdade ao aprisionado, que passaria, então, a dela usufruir como se, para efeitos práticos, não tivesse sido preso.

11.12.4. A inafiançabilidade constitucional e a vedação *ex lege* à liberdade

Eis que se chega a uma questão que, aliás, já tivemos oportunidade de abordar (item 11.2, relativo às determinações constitucionais da não culpabilidade). Evitemos repetições, sem prejuízo de alguns acréscimos.

A Constituição da República, ao lado de inúmeras garantias individuais, demonstrou seu alto grau de reprovação a determinados delitos, fazendo-o, porém, de modo juridicamente equivocado, a demonstrar imenso desconhecimento do ordenamento jurídico de sua época.

Evidentemente, o poder constituinte é soberano, não devendo obediência a qualquer forma de normatividade anterior. Sabemo-lo todos.

No entanto, quando ele (constituinte) se propõe a regular matéria legislativa a partir de conceitos e institutos já em vigor e em aplicação é preciso certa cautela a fim de se evitar a criação e a profusão de confusões.

Pois bem.

Diz a Constituição que os crimes de racismo, de tortura, os crimes hediondos, o tráfico ilícito de entorpecentes e outros seriam inafiançáveis.

Constituição. Art. 5º- XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Tanto bastou para que, a partir da compreensão, logicamente aceitável, no sentido de que a expressão *inafiançabilidade* escolhida pelo constituinte perderia eficácia se o tratamento a ela reservado fosse apenas o de vedar a concessão de liberdade provisória *com fiança*, mas autorizando-a *sem a prestação dela*, se passasse a enxergar na regra

da inafiançabilidade – quando *prevista na Constituição!* – a *proibição* da restituição da liberdade às pessoas aprisionadas sob tal fundamentação.

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

O raciocínio, do ponto de vista lógico, está correto.

Mas, do ponto de vista jurídico ele é *limitado*.

É que a questão atinente às restrições de direito e, enfim, à liberdade provisória daquele aprisionado em flagrante, constitui matéria de conformação legislativa.

Explicamos: cabe à Lei estabelecer os diversos regimes de liberdade, segundo seja a maior ou menor gravidade do crime e segundo seja a maior ou menor necessidade da medida cautelar. A legislação brasileira não poderia se julgar *subordinada* à péssima e indevida escolha de palavras do texto constitucional, sobretudo porque a liberdade provisória é e sempre foi uma medida cautelar e não um benefício generosamente concedido pelo Estado.

Toda restrição de direitos fundamentais exige ordem judicial escrita e fundamentada.

E isso quem reconhece é o próprio constituinte, no ponto em que afirma que *ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária*, ressalva o flagrante delito e os crimes militares (art. 5º, LXI).

Haveria contradição no texto constitucional?

Não necessariamente, desde que se saiba sistematizar a matéria, tarefa da qual deveria se desincumbir o legislador.

Nada impediria e impedirá que a Lei futura viesse (ou venha) a reservar tratamento cautelar *mais gravoso* para os crimes *mais graves*, e regimes cautelares *menos gravosos* para infrações menos graves.

A afirmação, no texto constitucional, no sentido de que determinados crimes seriam *inafiançáveis*, não apresenta, necessariamente, um obstáculo intransponível à restituição da liberdade. Bastaria que o legislador, posterior à Constituição, estabelecesse um regime de cautelares diversos da fiança para os tais delitos inafiançáveis, mais igualmente eficientes. Por que o legislador não se valeu, por exemplo, da expressão *caução*, a ser prestada *unicamente em dinheiro*, para a restituição da liberdade para aqueles crimes inafiançáveis? Bastaria distinguir a fiança da caução, tanto pelo valor mínimo quanto pela espécie de garantia. A fiança poderia voltar a ser *fidejussória* (fiador) e não mais *real* (dinheiro e objetos), enquanto a *caução* implicaria o imediato recolhimento de dinheiro. Com isso, afastar-se-ia a problemática utilização da expressão inafiançabilidade.

Mas, pode-se querer especular um pouco mais sobre as reais intenções do constituinte.

Não terá sido a sua intenção a *proibição de restituição da liberdade* àquele aprisionado sob suspeita ou sob acusação da prática de um daqueles delitos inafiançáveis? Afinal, o constituinte não pode tudo?

A resposta há de ser negativa.

E, sobretudo, quando ele, *no mesmo texto*, institui garantia individual incompatível com a literalidade de qualquer proibição ou de restrição de direitos.

Para que se pudesse pensar no acerto inevitável ou na impossibilidade de erro na recusa à restituição da liberdade, tal como parecem fazer crer algumas interpretações da expressão *inafiançabilidade*, seria preciso que a *abstração legislativa* e, no caso, *constituente*, fosse produto de alguma divindade ou de alguma clarividente e onipotente entidade humana, das quais não temos notícia.

A imposição de qualquer restrição de direitos e de quaisquer medidas cautelares no processo judicial dependerá de *necessidade*, a ser aferida por *ordem fundamentada da autoridade judiciária*.

Não cabe à lei, e nem à Constituição, afirmar *necessidades prévias* em matéria de *prevenção contra determinados riscos*, quando estes, os riscos, fundamento daquelas, somente podem ser constatados, *in loco*, em cada caso concreto. Essa vem a ser, de fato, a hipótese de qualquer medida acauteladora em processos de conhecimentos humanos. Medida Cautelar é *antecipação* de juízo (de conhecimento), a depender, sempre, de um certo nível de *visibilidade* do perigo (*periculum in mora*), o que somente será possível ao exame das situações e circunstâncias concretas de cada caso. Jamais no plano abstrato das normas.

A Lei 12.403/11, nesse contexto, reforça tudo aquilo que vem de afirmar, prevendo medidas cautelares alternativas, tanto à prisão quanto à fiança, oferecendo às partes e ao magistrado um leque mais amplo de opções na tutela da efetividade do processo.

O art. 283, *caput*, CPP, por exemplo, reitera a necessidade de ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação de qualquer prisão, incluindo a *conversão* da prisão em flagrante para preventiva (art. 310, II).

Portanto, são absolutamente inválidas e inconstitucionais todas as proibições *ex lege*, ou seja, como mera decorrência da lei, de restituição da liberdade, tais como aquelas previstas, a) na Lei 8.072/90, dos crimes denominados hediondos; b) da Lei 9.455/97, que trata dos crimes de tortura; c) da Lei 10.826/03, do Estatuto do Desarmamento; d) da Lei 9.034/95, do crime organizado; e) Lei 9.613/98, de lavagem de bens e direitos; f) Lei 11.343/06, relativa ao tráfico de entorpecentes.

São inconstitucionais por violarem a garantia individual da exigência de fundamentação judicial para toda e qualquer restrição de direitos no processo penal. Aponta-se nesse sentido, aliás, julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal, relativamente ao Estatuto do Desarmamento, cuja proibição de restituição da liberdade, contudo, *não consta da Constituição*. Ver ADIn 3.112 (julgada em 2007 e publicada em 10 de maio de 2007), na qual se reconheceu a inconstitucionalidade da vedação de liberdade provisória aos crimes capitulados na Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), tal como previsto nos arts. 14, 15 e 21. A decisão foi por maioria, sendo Relator o Min. Ricardo Lewandowski.

A se observar, no ponto, duas relevantes questões relevantes.

Em primeiro lugar, note-se que, em relação aos crimes de tráfico de drogas, terrorismo (inexistentes, ainda), tortura e aqueles considerados hediondos, o texto constitucional valeu-se da seguinte expressão: a lei *considerará inafiançáveis* tais crimes (art.

5º, XLIII). Já em relação ao racismo, dispôs expressamente constituir crime inafiançável (art. 5º, XLII).

No primeiro caso, se a Lei respectiva não obedecer à Constituição, permitindo algum tipo de liberdade provisória, nada poderá ser feito, em face do princípio da legalidade. Por isso, quando a Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97) e a atual Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.464/07) autorizam a restituição da liberdade mediante outras restrições que não a fiança, não se poderá argumentar com a norma constitucional da inafiançabilidade, já que ela remeteu a matéria à regulação em Lei.

No segundo caso, de racismo, o texto normativo que prevê a inafiançabilidade encontra-se na própria Constituição da República, não dependendo, portanto, da chancela legal. A se aceitar a previsão constitucional, tais delitos merecerão tratamento muito mais gravoso que aquele reservado aos crimes hediondos e de tortura.

Esperemos para ver quais serão as razões a serem evocadas por aquela Corte quando tiver que se deparar com a prisão em flagrante em crime de racismo, para o qual a Constituição prevê, expressamente (não dependente de Lei), a inafiançabilidade. Deverá o suposto autor ser mantido preso até o final do processo?

Mais. E se, eventualmente, não houver prisão em flagrante de um dos corréus no crime de racismo? Haverá, por acaso e para ele, a decretação obrigatória da prisão preventiva?

De se ver, mais, que as novas regras de prisão e de cautelares introduzidas pela Lei 12.403/11 constituem normas de caráter geral e não especial.

Por isso, não se pode afirmar que a nova redação do CPP teria *revogado* as citadas disposições proibitivas da restituição da liberdade, com ou sem fiança.

No entanto, não há como recusar que, ainda que se ultrapasse o fundamento óbvio da inconstitucionalidade, poder-se-ia recusar a aplicação delas (das leis proibitivas da restituição da liberdade) com fundamento em interpretação sistemática do novo sistema de cautelares do CPP, por força e com arrimo na analogia.

Nem se diga que o novo sistema a que nos referimos permanece guarnecendo a inafiançabilidade constitucional, conforme o disposto no art. 323, CPP (racismo, drogas etc.).

Isso é fato, mas daí não impõe a conclusão de se tratar de proibição de *restituição da liberdade*, mas, unicamente, da vedação de uma das várias medidas cautelares cabíveis (art. 319 e art. 320, CPP).

E quanto a isso já esclarecemos: a nova legislação permanece no erro, autorizando a imposição de cautelares menos graves para crimes mais graves (vedando a fiança para crimes graves – art. 323), e permitindo *inclusive* a fiança para crimes menos graves.

Em consequência, não temos dúvidas em afirmar que, nas hipóteses em que não for cabível a fiança para os crimes alinhados no art. 323, CPP, o juiz imporá certamente o maior número possível de medidas cautelares (art. 319, CPP).

De todo modo, perdeu uma ótima oportunidade o legislador para corrigir os desvios produzidos pela previsão de inafiançabilidade na Constituição da República.

Uma palavra ainda deve restar acerca dos crimes de drogas, regulados na Lei 11.343/06.

Ali se prevê a inafiançabilidade dos crimes previstos no art. 33, *caput* e § 1º, no art. 34 e no art. 37 (tráfico de drogas, fabrico de instrumentos para o tráfico e associação para o narcotráfico), todos da Lei nº 11.343/2006, conforme previsto no art. 44 da citada Lei.

A se registrar decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo eminente Min. Hamilton Carvalhido, jurista de escol e magistrado da mais alta envergadura, no sentido de que a inafiançabilidade no processo penal brasileiro significaria a inversão do ônus probatório a partir de uma presunção legal de necessidade da prisão. Assim, e segundo o julgado (HC nº 53.503/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJ 09.04.2007, p. 271), caberia ao aprisionado demonstrar a inexistência de razões da preventiva.

Com as redobradas vênias ao ilustre Ministro e àqueles que o acompanharam, é bem de ver que a Constituição da República, ao assegurar o princípio da não-culpabilidade, exige que todo tratamento destinado ao inocente tenha por base ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI), como convém, aliás, às inevitáveis restrições de garantias individuais emanadas de um Estado Democrático de Direito, assentado na realização dos direitos fundamentais.

De outro lado, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal vem reafirmando a impossibilidade de restituição da liberdade para tais crimes. Ver, por exemplo: STF – HC nº 86814/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 26.05.2006; HC nº 89183/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 25.08.2006; HC nº 86118/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 14.10.2005.

Mais.

1. 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): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 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 n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão ‘e liberdade provisória’ do art. 2º, inc. II, da Lei n. 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 deste Supremo Tribunal, 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.

2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, *caput*), aplicável ao caso vertente.

Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

4. Ordem denegada. (*Habeas Corpus nº 101.101-MG, STF, 1ª Turma, unânime, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 25.05.2010, publicado no DJ em 24.11.2010*)

A Segunda Turma, contudo, sinaliza em sentido contrário, recusando a proibição *ex lege* da liberdade provisória.

1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado.

4. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória.

5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação *ante tempus*. Impõe-se porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelamente. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por *al* não estiver preso. (*Habeas Corpus n. 99.278/RS, Relator Ministro Eros Grau, 2ª Turma, unânime, julgado em 04/05/2010, publicado no DE em 21/05/2010*)

Resta saber quais serão as consequências da nova legislação naquela Corte.

11.12.5. Execução Provisória

O Plenário da Suprema Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078-MG, decisão publicada no DJ em 26.02.2010, alterando radicalmente sua posição sobre a matéria, afastou a possibilidade de execução provisória da pena, na pendência de recurso especial ou de recurso extraordinário.

A partir da aludida decisão, as prisões, na pendência de recursos da via extraordinária, reclamam a devida fundamentação acautelatória.

O problema no processo penal é que, ao contrário do juízo cível, no qual a execução provisória é precedida de garantia real ou fidejussória, a execução provisória penal não contempla semelhante possibilidade. Uma vez executada, o provimento do recurso ou a concessão de *habeas corpus* (que, aliás, são muito frequentes) nada poderá fazer em relação ao tempo de encarceramento provisório. Nesses casos, como diria o ilustre poeta lusitano, *Inês é morta*. E a liberdade, *idem*.

Nesse passo, a Lei 12.403/11 parece ter afastado definitivamente a possibilidade de execução provisória da condenação, conforme se vê do *caput* do art. 283, a exigir, ou ordem escrita e fundamentada para a imposição da prisão, ou sentença condenatória com trânsito em julgado.

Por isso, o adequado e prudente manejo das medidas cautelares pode se revelar suficiente para garantir a efetividade do processo.

De outro lado, não podemos deixar de fazer uma observação.

O Brasil parece ser o único país de que se tem notícia a prever o julgamento do processo penal em três instâncias para a execução da sentença condenatória. Nos demais ordenamentos - a maioria deles essencialmente garantista - privilegia-se o julgamento das instâncias ordinárias, reservando às Cortes Constitucionais ou Tribunais Superiores a excepcional revisão dos julgados.

O Direito, e já aqui o afirmamos, deve sempre manter-se aberto às exceções, ainda que se mova no cotidiano pela aplicação de suas *regras*.

Há casos, inegavelmente, em que não se duvida ou que não se põe sob qualquer dúvida a questão da autoria e da materialidade do fato criminoso, e, do mesmo modo, acerca de sua qualificação jurídica.

Nessas hipóteses, a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário, de agravos contra o seu indeferimento e de infundáveis embargos declaratórios, com o único objetivo de protelação do trânsito em julgado, não deveria impedir a execução da condenação, sempre que, *excepcionalmente*, não restasse dúvida alguma sobre essas questões.

O recurso à via extraordinária, é bom que se ressalte, vem agora limitado pela necessidade de *repercussão geral* da matéria, o que torna ainda mais inacessível a apreciação do recurso meramente protelatório.

De todo modo, a regra há de ser mesmo a proibição da execução provisória, mantida, então, a abertura para a sua excepcional exceção, enquanto a nossa Constituição garantir a proibição de tratamento de culpado àquele ainda não definitivamente condenado (art. 5º, LVII).