

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

FRANKLIN MENDES ROLIM FILHO

O DIREITO DE LIBERDADE NA DETENÇÃO EM FLAGRANTE:
A CONCESSÃO DA LIBERDADE NO ÂMBITO DOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS

NATAL/RN

2016

FRANKLIN MENDES ROLIM FILHO

**O DIREITO DE LIBERDADE NA DETENÇÃO EM FLAGRANTE:
A CONCESSÃO DA LIBERDADE NO ÂMBITO DOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, na modalidade Monografia, apresentado ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) para obtenção do certificado de conclusão do curso.

Orientação: Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior.

NATAL/RN

2016

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Rolim Filho, Franklin Mendes.

O direito de liberdade na detenção em flagrante: a concessão da liberdade no âmbito dos crimes inafiançáveis / Franklin Mendes Rolim Filho. – Natal, 2016.

56 f.

Orientador: Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior.

Monografia (Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Detenção em flagrante – Monografia. 2. Medidas cautelares pessoais – Monografia. 3. Liberdade provisória – Monografia. 4. Crimes inafiançáveis – Monografia. I. Silva Júnior, Walter Nunes. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU343.2

FRANKLIN MENDES ROLIM FILHO

**O DIREITO DE LIBERDADE NA DETENÇÃO EM FLAGRANTE: A
CONCESSÃO DA LIBERDADE NO ÂMBITO DOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, na modalidade Monografia, apresentado ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) para obtenção do certificado de conclusão do curso.

Aprovado em : ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior
Orientador

Prof. José Albenes
Avaliador I

Prof. Matuzalém Jobson
Avaliador II

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo dom da vida;

Aos meus pais, Franklin e Rúbia, por todo incentivo, paciência, confiança e compreensão, e pelo esforço sem medidas para oferecer os melhores valores e aprendizado;

Aos meus familiares, por todo incentivo, descontração e amizade;

À minha namorada, Tainah Cabral, pelo apoio e paciência, e por compartilhar todos os momentos da minha vida, sempre incentivando na busca pelo meu melhor;

Aos meus amigos, que se fizeram presentes constantemente no apoio e incentivo à conclusão deste trabalho;

Ao professor Dr. Walter Nunes da Silva Júnior, por ter aceitado me instruir na produção deste trabalho, bem como pelas valiosas sugestões ao longo de sua elaboração;

Por fim, a todos que de alguma forma, direta ou indiretamente, possibilitaram a concretização deste projeto.

RESUMO

O direito a liberdade de locomoção poderá ser mitigado durante a perseguição penal, e é protegido pelos princípios constitucionais da presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. Dentre as formas de mitigação da liberdade, teremos as prisões cautelares, que visam a proteção da sociedade, das investigações e do cumprimento da lei penal, não possuindo intenção de punir o agente. Na redação original do Código de Processo Penal a prisão em flagrante era uma das hipóteses de prisão cautelar, entretanto, no atual ordenamento o flagrante não é mais uma prisão e sim uma detenção, pois não é mais possível a manutenção do cárcere apenas por ter havido a captura em situação de flagrante. Portanto, as espécies de prisão provisória são a prisão preventiva e a prisão temporária. A Lei nº. 12.403/11 trouxe as medidas cautelares diversas da prisão, que têm como objetivo sanar o perigo causado pela liberdade do indivíduo, sem que o mantenha preso. Então, atualmente a liberdade provisória deverá ser aplicada como regra, devendo as medidas cautelares terem preferência em relação à prisão cautelar. Uma dessas medidas cautelares é a prestação da fiança, que na redação original do Código de Processo Penal era a única forma de se obter a liberdade em caso de prisão em flagrante. Todavia, alguns crimes não admitem a sua prestação, sendo chamados de crimes inafiançáveis, que estão previstos na Constituição de 1988. Essa regra tinha como objetivo dar tratamento mais grave a determinados crimes. Entretanto não há mais razão de se manter a inafiançabilidade diante do atual ordenamento jurídico, que não admite mais que a fiança seja um requisito essencial para concessão da liberdade provisória. Diante disso, temos uma contradição em nosso ordenamento, já que a fiança poderá ser imposta para crimes de menor gravidade, mas não poderá haver aplicação para crimes mais graves. Para a resolução dessa questão será necessária uma emenda constitucional para revogar os artigos que tratam da inafiançabilidade, ou a criação de uma nova medida cautelar aplicada apenas aos crimes inafiançáveis.

Palavras-Chave: Detenção em flagrante. Medidas cautelares pessoais. Liberdade provisória. Crimes inafiançáveis.

ABSTRACT

The right to freedom of movement can be mitigated during the criminal prosecution and is protected by the constitutional principles of the presumption of innocence and presumption of not guilty. Among the forms of mitigation of freedom, we have the precautionary prisons aimed at the protection of society, investigations and enforcement of criminal law, having no intention to punish the agent. In the original redaction of the Criminal Procedure Code, the arrest in flagrante was one of the hypotheses of precautionary prison, however, in the current system so flagrant is not a prison but a detention, it is no longer possible to maintain the prison only have been the capture in flagrant situation. Therefore, the provisional detention of species are preventive detention, and has the greatest application, and the temporary detention. Furthermore, Law no. 12,403/11 brought the various precautionary measures of the prison, which aim to remedy the danger caused by the freedom of the individual, not to keep it stuck. So, actually the provisional release should be applied as a rule, should the precautionary measures have precedence over the precautionary prison. One such protective measures is to provide the guarantee, that the original wording of the Criminal Procedure Code was the only way to obtain freedom in case of arrest in flagrante. However, some crimes do not admit their provision, being called unbailable crimes, which are provided for in the Constitution of 1988. This rule was intended to give more serious treatment to certain crimes. However there is no reason to keep what does not admit bail before the current law, which does not allow more than the bail is an essential requirement for granting provisional release. Thus, we have a contradiction in our legal system, since the bail may be imposed for minor crimes, but there can be no application to more serious crimes. For the resolution of this issue will require a constitutional amendment to repeal the articles dealing with what does not admit bail, or creating a new protective measure applied only to unbailable crimes.

Keywords: Detention in flagrante. Personal protective measures. Provisional release. Unbailable crimes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 GARANTIA CONSTITUCIONAL À LIBERDADE	12
2.1 RESTRIÇÕES AO DIREITO DE LIBERDADE	13
2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE	16
2.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	17
3 DETENÇÃO EM FLAGRANTE	19
3.1 MODALIDADES DE FLAGRANTE	19
3.2 PROCEDIMENTO	21
4 PRISÕES E MEDIDAS CAUTELARES	27
4.1 PRISÃO PREVENTIVA	31
4.2 PRISÃO TEMPORÁRIA	34
4.3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	36
5 INSTITUTO DA FIANÇA E A LIBERDADE PROVISÓRIA	39
5.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A FIANÇA E SUA FINALIDADE	39
5.2 PROCEDIMENTO DO INSTITUTO DA FIANÇA	41
5.3 LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM A CONCESSÃO DE FIANÇA	45
5.4 SOLUÇÃO PERTINENTE	47
5.4.1 Possibilidade de emenda constitucional para acabar com o instituto da inafiançabilidade de crimes	48
5.4.2 Criação de uma nova medida cautelar diversa da prisão	50
6 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

A essência do estudo em questão visa trazer a evolução do sistema processual penal brasileiro no que se refere às medidas cautelares pessoais. Serão mostradas as alterações ocorridas desde a redação originária do Código de Processo Penal e as suas consequências nas formas de mitigação do direito de liberdade durante a persecução penal.

Um dos institutos que sofreu grandes alterações foi a fiança, que era a única forma de se conseguir a liberdade em caso de prisão em flagrante, salvo o direito de livrar-se solto, e deixou de ser requisito essencial para concessão da liberdade, pois, independente de ser possível ou não a sua prestação, o indivíduo não poderá ser mantido em prisão de natureza cautelar se não estiverem presentes seus requisitos legais.

A importância do tema está no fato de que a inafiançabilidade surgiu para dar tratamento mais gravoso a determinados crimes, todavia no atual ordenamento, vem dando tratamento mais ameno, já que não possibilita a imposição da fiança pelo magistrado à crimes mais graves, entretanto o juiz não poderá deixar de conceder a liberdade provisória se estiverem ausentes os requisitos da prisão preventiva.

Portanto, o estudo visa solucionar essa contradição que surgiu com a evolução da legislação processual penal, além de trazer a atual natureza da captura do agente em situação de flagrante e da necessidade de se evitar a prisão cautelar do indivíduo, devendo esta ser a *ultima ratio*.

Para isso, o trabalho em questão irá se basear na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, sendo analisada a importância e a relevância dos institutos que serão abordados, sendo eles: o direito fundamental à liberdade; a restrição dessa liberdade por meio da prisão; a concessão da fiança; as prisões cautelares; e a liberdade provisória.

O método a ser utilizado será o lógico-dedutivo, sendo realizada pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas, jurisprudência, normas constitucionais e infra-constitucionais.

Primeiramente será abordado a garantia constitucional da liberdade de locomoção, sendo um dos direitos fundamentais do indivíduo, bem como os

princípios que a protegem, sendo eles a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade.

A Constituição de 1988 traz inúmeras garantias aos indivíduos e à coletividade. Tais garantias têm como finalidade limitar a atuação do estado frente aos particulares, para que sejam resguardados seus direitos fundamentais. Esses direitos e garantias fundamentais estão presentes, em sua maioria, no art. 5º da nossa Carta Magna, mas não estão limitadas apenas a esse dispositivo constitucional.

A liberdade de locomoção integra o rol desses direitos, sendo prevista nos incisos LIV, LXI, LXVI, LXVII e LXVIII do art. 5º. Todavia, o direito à liberdade não é absoluto e os incisos citados acima trazem, de forma genérica, as possibilidades de restrição da liberdade do indivíduo, cabendo à lei regulamentá-las de forma mais específica.

Neste diapasão, tratando da restrição da liberdade de locomoção, deve-se asseverar que ela ocorre, via de regra, por meio da prisão. Em regra, a prisão só deve ocorrer em detrimento da prática de uma conduta considerada crime ou contravenção penal pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, para que ocorra o recolhimento ao cárcere, deve haver sentença penal transitada em julgado, isto é, não existindo mais possibilidades de recurso da decisão. Tal entendimento foi alterado pelo Supremo Tribunal Federal que passou a autorizar o início da execução da pena após decisão condenatória de segunda instância.

Temos exceções a essas duas regras. Primeiramente, citamos a possibilidade da prisão civil por dívida de alimentos, prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição. Como exceção à segunda regra temos as prisões cautelares ou provisórias, que são aquelas que ocorrem antes de decisão penal transitada em julgado.

Em seguida entraremos na detenção em flagrante, que já integrou as modalidades de prisões cautelares e ainda é tratada dessa forma por parte da doutrina, todavia não possui mais tal natureza. Pois, quando o indivíduo é flagrado na prática de um crime ele será capturado e, após a remessa do auto de prisão em flagrante, o magistrado terá três opções, quais sejam: relaxá-la, se for ilegal (art. 310, I, do CPP); convertê-la em prisão preventiva (art. 310, II, do CPP), se estiverem presentes seus requisitos, ou conceder a liberdade provisória (art. 310, III, do CPP).

Diante dos princípios constitucionais da presunção de inocência e não culpabilidade, a liberdade provisória deverá ser a regra, enquanto a prisão preventiva deverá ser a exceção, sendo aplicada somente se estiverem presentes os requisitos taxativamente previstos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal e as medidas do art. 319 do CPP forem insuficientes para o caso concreto. Em razão disso, a captura em situação de flagrante não tem natureza de prisão cautelar, sendo apenas a detenção do indivíduo para que o juiz decida sobre a possibilidade de haver ou não a imposição da medida restritiva de liberdade.

Posteriormente falaremos das prisões provisórias/cautelares, que estão disciplinadas no Código de Processo Penal Brasileiro em seus arts. 282 ao 318 e na Lei Federal nº 7.960/1989. Elas se dividem em prisão preventiva e prisão temporária.

A prisão preventiva tem o fim de assegurar o seguimento da investigação criminal ou do processo penal e de livrar a sociedade de um indivíduo com fortes indícios de que irá delinquir se for mantido em liberdade. Já a prisão temporária só pode ser decretada na fase investigativa e tem como fim apenas assegurar a apuração dos fatos.

Diante da proteção constitucional da liberdade verifica-se que a prisão é uma exceção à regra, enquanto as prisões cautelares já são exceções da exceção. Em razão disso, o instituto que se contrapõe a este tipo de prisão é a liberdade provisória com ou sem fiança.

Será ressaltado ainda que a prisão cautelar só poderá ser aplicada caso as medidas cautelares diversas da prisão, trazidas pela Lei nº 12.403/11, forem insuficientes ou inadequadas para sanar o perigo causado pela liberdade do indivíduo. Tais medidas vieram com o objetivo de diminuir a quantidade de prisões cautelares impostas na prática, devendo estar presentes os mesmos requisitos da prisão preventiva, sendo eles o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Então, ao conceder a liberdade provisória do agente, o juiz poderá, se entender necessário, aplicar uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, desde que presentes os seus requisitos. Com a edição da Lei Federal nº 12.403/11, a fiança passou a ser tratada como uma das medidas cautelares, integrando o art. 319 em seu inciso VIII. Trata-se de um meio alternativo de resguardar o devido processo legal, bem como o consequente cumprimento da lei, sem levar o agente ao cárcere antes da condenação transitada em julgado. Essa

é uma prerrogativa de todas as medidas cautelares, já que este foi o fim para qual elas surgiram.

Ela é uma prestação dada em dinheiro, via de regra, arbitrada pelo juiz ou pela autoridade policial, a depender do caso, e tem previsão constitucional. Assim como as outras medidas cautelares, tem o fito de sanar o risco causado pela liberdade do indivíduo fazendo com que o réu/indiciado permaneça no distrito da culpa, já que devem ser cumpridos alguns requisitos para sua manutenção.

Todavia, a Constituição traz em seu texto os crimes que não admitem a prestação de fiança, os chamados crimes inafiançáveis. Eles estão previstos nos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da nossa Carta Magna, quais sejam: o racismo; a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; a tortura; o terrorismo; e os crimes definidos pela lei como hediondos. Seguindo os preceitos constitucionais o Código de Processo Penal, em seu art. 323, também traz a referida proibição.

Antes da reforma de 2011 o art. 323 do CPP trazia algumas hipóteses de crimes inafiançáveis que não estavam previstas no texto constitucional. Com a referida alteração, o CPP passou a considerar inafiançável apenas os crimes que assim eram tratados na Constituição de 1988, o que demonstra que o legislador tinha o objetivo de permitir a imposição da fiança para a maior quantidade de crimes possíveis, ficando limitado apenas pelo dispositivo constitucional.

Será visto também que, a liberdade provisória poderá ser decretada sem ou com a prestação de fiança. Diante dessa alternativa, deve-se verificar as possibilidade da concessão da fiança, bem como o que ocorre caso o crime cometido seja inafiançável, já que estes receberam um trato mais rigoroso do constituinte originário por entendê-los mais graves.

Como já dito anteriormente, a Constituição deu a característica da inafiançabilidade para alguns crimes. Apesar dessa vedação constitucional, não significa que os delitos que admitem fiança terão, obrigatoriamente, a sua concessão. A análise em questão é a mesma para todos os crimes, ou seja, cabe ao juiz definir se irá decretar a prisão preventiva do réu ou se concederá liberdade provisória, sendo a fiança uma das possíveis medidas cautelares a se aplicar no caso da segunda hipótese.

Até hoje existem crimes que não permitem, em seu dispositivo legal, a concessão de liberdade provisória, devendo o réu permanecer preso durante toda

persecução penal. Um exemplo disso é o caso do preso em flagrante pela prática de crime tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Entretanto, essa vedação é incompatível com a Constituição e com o próprio Código de Processo Penal, como será visto adiante.

Atualmente é entendimento amplamente majoritário que a prisão cautelar deve ser aplicada apenas como exceção ou última *ratio*. Nesse contexto, levando-se em conta a evolução legislativa e o que vem ocorrendo na prática do processo penal, entende-se que os acusados pela prática de crimes inafiançáveis têm direito à liberdade provisória, o que é inquestionável, mas, por entender que tais crimes apresentam uma gravidade maior que os demais, o constituinte originário excluiu a possibilidade de concessão de fiança para estes. Entretanto, atualmente não é isso que vem acontecendo, ante a possibilidade de concessão de liberdade provisória para qualquer crime.

Na prática, o que vem ocorrendo é que os acusados pelo cometimento desses crimes, considerados mais graves pelo constituinte, vêm tendo um tratamento mais ameno que os demais, pois o juiz tem o dever de decretar a liberdade provisória, caso sejam detidos em flagrante e não estiverem presentes os requisitos da preventiva, sem a liberdade de exigir-lhes o pagamento da fiança, o que pode ocorrer com indivíduos que praticam outros crimes.

A norma constitucional, que surgiu com o fim de dar uma repressão maior à prática de determinados crimes, hoje em dia, traz limitações ao magistrado na defesa do devido processo legal, o que não ocorre com os acusados pelos demais crimes, que, teoricamente, apresentam um menor grau de gravidade.

O objetivo geral da pesquisa é a análise da liberdade do cidadão como regra durante a persecução penal, mesmo que esteja sendo acusado de ter praticado crime considerado inafiançável pela Constituição, bem como suscitar a hipótese de acabar com a existência dessa restrição de concessão da fiança para indivíduos que praticaram determinados crimes, por meio de uma possível emenda constitucional. Dessa forma estar-se-ia preservando os princípios constitucionais da presunção de inocência e da não culpabilidade, além de acabar com uma contradição prática que o conjunto dessas normas e da Constituição vêm causando. Ademais, verifica-se também a natureza jurídica da detenção em flagrante.

2 GARANTIA CONSTITUCIONAL À LIBERDADE

Primeiramente devemos entender o direito à liberdade, trazendo seu conceito, natureza jurídica e as formas de restrição desse direito.

O direito à liberdade está garantido no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 havendo um conjunto de incisos que trazem a forma de aplicação, bem como as restrições desse direito.

Foi dada grande importância à liberdade no nosso ordenamento jurídico. Walter Nunes Silva Júnior (2015) chega a comparar a liberdade com a vida, dizendo que a primeira tem importância similar à segunda. O referido autor diz que a vida é o bem jurídico mais importante, todavia a vida sem liberdade não teria muito sentido. É por isso que a aplicação do direito criminal deve ser mínima, existindo apenas quando os outros ramos do direito não conseguirem dar uma resposta equivalente ao ato praticado.

O doutrinador supracitado ainda defende que, como forma de assegurar o bem jurídico da liberdade, sempre que possível se dê preferência pela aplicação de medidas alternativas e, quando for necessária a aplicação de pena, que se apliquem penas restritivas de direitos ao invés de privativas de liberdade.

Inicialmente nos cabe observar os incisos do art. 5º da Constituição que garantem tal direito¹, quais sejam o inciso LIV, que veda a privação da liberdade e dos bens sem o devido processo legal; o inciso LXI, que determina que a prisão só ocorrerá em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada do magistrado competente; e o inciso LXVI, que impõe a aplicação de liberdade provisória com ou sem fiança, quando a lei admitir.

Verifica-se que tais dispositivos não trazem apenas a garantia da liberdade, mas também algumas limitações a esse direito que serão vistas mais adiante.

Vale ainda alvitar que, como a liberdade é um bem jurídico defendido pela própria Constituição (direito fundamental), apenas uma norma de igual valor poderia

¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]

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; [...]

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; [...]

trazer restrições a tal direito. Portanto, a norma infraconstitucional apenas repete os dispositivos da Carta Magna e traz algumas definições que complementam a redação constitucional. Como exemplo disso podemos citar o art. 5º, inciso LXI, da Constituição, que fala da possibilidade da restrição da liberdade em caso de flagrante delito, entretanto é o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941) em seu art. 302, que trará as hipóteses em que o indivíduo será considerado em uma situação de flagrante.

Por fim devemos rechaçar a possibilidade de restrição à liberdade por meio de emenda constitucional, haja vista ser uma norma constitucional considerada como cláusula pétrea, ou seja, aquela que não poderá sofrer alterações com o fito de trazer mais limitações à garantia em questão. Existem, inclusive, entendimentos de que mesmo que fosse feita uma nova Constituição, as garantias já conquistadas por aquela sociedade não poderiam ser restringidas (princípio do não retrocesso).

2.1 RESTRIÇÕES AO DIREITO DE LIBERDADE

A forma de restrição da liberdade mais conhecida e também mais rigorosa é a prisão. A Constituição traz as hipóteses de cabimento de prisão e a norma infraconstitucional traz a definição dessas hipóteses.

A prisão, por via de regra, só deverá ocorrer no âmbito do direito criminal. Todavia, a Constituição traz em seu art. 5º LXVII duas exceções que tornam possível a decretação da prisão civil, sendo elas: a prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos. Atualmente não existe mais a prisão do depositário infiel, sendo esta modalidade vedada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sua Súmula vinculante nº 25.

De acordo com o art. 5º, LIV, da Constituição, não pode haver privação da liberdade de um indivíduo sem o devido processo legal. E para que a prisão ocorra deve haver o flagrante delito ou decisão fundamentada da autoridade judiciária competente. Como será visto adiante, a primeira hipótese também necessitará de ordem judicial fundamentada para que o flagrante resulte numa prisão².

Tratando agora das prisões penais, primeiramente viemos destacar que a “prisão em flagrante”, na verdade, não se trata de prisão. Ela é sim uma forma de

² Ver tópico 3.2.

restrição da liberdade, mas se enquadra muito melhor ao termo "detenção em flagrante", já que o indivíduo não poderá ser mantido no cárcere exclusivamente por ter sido pego em uma situação flagrancial. Esse tema será abordado adiante de forma mais detalhada.

Quanto às prisões decretadas pela autoridade judiciária em decisão fundamentada temos a prisão definitiva e a prisão cautelar.

Foi entendimento amplamente majoritário que a prisão definitiva seria aquela decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado. Ou seja, o indivíduo deve necessariamente passar pelo devido processo legal com direito à ampla defesa e contraditório e em seguida ser condenado por uma sentença penal proferida por juízo competente e que não exista mais a possibilidade de se interpor algum tipo de recurso.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu no HC126292/SP em 17/02/2016, de relatoria do ministro Teori Zavascki, que o réu poderá ser submetido a prisão após decisão condenatória em segunda instância. Ao contrário do que havia sido firmado anteriormente em entendimento da própria Corte no HC 84.078/MG em 05/02/2009, de relatoria do ministro Eros Grau, que, em função do princípio da presunção de inocência, a execução da pena só poderia ocorrer após o trânsito em julgado de decisão penal condenatória.

Sendo assim, a Suprema Corte decidiu que não é mais necessário que ocorra o trânsito em julgado para início do cumprimento da pena pelo réu. O Relator, ministro Teori Zavascki (2016), suscitou em seu voto que não há afronta ao princípio da presunção de inocência (tratado aqui como presunção de não culpabilidade) previsto na Constituição, e que eventuais equívocos que tragam danos ao réu poderão ser combatidos por outros meios. Ainda segundo o Relator, se o recurso for plausível o Tribunal Superior poderá conceder o efeito suspensivo da decisão recorrida. Todavia vale acrescentar que não houve unanimidade, já que os ministros Celso de Melo, Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber votaram contra tal posicionamento, enquanto os ministros Luiz Fux, Edson Fachin, Carmem Lúcia, Dias Toffoli e Gilmar Mendes seguiram o Relator.

Silva Júnior (2012) já defendia esse novo posicionamento do STF, alegando que aguardar o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena geraria a sensação de impunidade, tendo em vista o fato de haver quatro instâncias em nosso judiciário. Segundo o autor, após a decisão condenatória já existe um juízo de

culpabilidade, que poderá ser confirmado na segunda instância, exaurindo assim a discussão fática sobre o assunto. Em razão disso, o princípio da presunção de não culpabilidade estaria compatível com tal entendimento.

Essa prisão tem natureza punitiva, ou seja, ela vai punir o indivíduo pelo crime praticado. O tempo dessa prisão será fixado na sentença e não poderá, na prática, ultrapassar os 30 (trinta) anos, conforme o art. 75 do Código Penal (Decreto-Lei nº. 2.848 de 7 de dezembro de 1940). Ela deverá seguir as regras do Código Penal e da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Já a prisão cautelar é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, qualquer prisão decretada antes do trânsito em julgado deverá ter natureza cautelar, salvo quando houver decisão condenatória em segunda instância, hipótese em que poderá se iniciar a execução da pena antes do trânsito em julgado, quando o Tribunal Superior não determinar o efeito suspensivo. Essa prisão não tem o fim de punir o agente, já que até o fim do processo existe a presunção de não culpabilidade, então não pode o indivíduo pagar por um crime que até então não foi definitivamente atribuído a ele.

Conforme Odone Sanguiné (2014), antes da minirreforma processual de 2008 existiam 5 espécies de prisões cautelares, quais sejam a prisão em flagrante delito; a prisão temporária; prisão preventiva; prisão decorrente de pronúncia, nos crimes de competência do Tribunal do Júri; e a prisão por sentença condenatória recorrível.

Todavia, com as Leis nº.11.689, de 9 de junho de 2008 e nº. 11.719, de 20 de junho de 2008, além da nova redação do art. 283, *caput*, do CPP trazida pela Lei nº. 12.403, de 4 de maio de 2011, as duas últimas passaram a ser subespécies da prisão preventiva, devendo estar presentes os requisitos desta para a decretação, de acordo com o autor supracitado. Quanto ao flagrante, como já foi dito anteriormente, deixou de ser modalidade de prisão cautelar.

Portanto, no atual ordenamento jurídico e em uma análise doutrinária e jurisprudencial temos duas espécies de prisão cautelar, quais sejam a prisão preventiva e a prisão temporária. A primeira é trazida pelo CPP nos artigos 311 a 316, enquanto a segunda tem uma lei própria, qual seja a Lei nº. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. A prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da persecução penal, enquanto a prisão temporária só poderá ser aplicada na fase investigativa, ambas se estiverem presentes seus respectivos requisitos.

Os requisitos que autorizam a decretação dessas espécies de prisão serão abordados em capítulo específico.

Ademais, em se tratando das prisões cautelares nos cabe falar um pouco a respeito de sua relação com os princípios da presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, e como é possível a convivência harmônica desses institutos.

2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Este princípio foi trazido pela Constituição de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII. De acordo com Gilmar Mendes e Paulo Branco (2014) ele tem o fim de proteger o indivíduo de algumas consequências jurídicas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por conta desse princípio que as prisões cautelares não podem, em hipótese alguma, ter o fito de punir o agente pelo crime praticado, que na verdade, nessa fase não se pode dizer com certeza que o agente praticou aquela conduta. Seria como punir o indivíduo por algo que ele não fez.

Os referidos autores também relatam que o Supremo Tribunal Federal decidiu que, por conta do princípio em questão, o nome do réu não poderá ser lançado no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, todavia a prisão cautelar seria legítima, pois ela não tem como propósito a antecipação da pena ou da execução penal ao réu. O mesmo vale para as medidas cautelares presentes no processo (MENDES; BRANCO, 2014).

Aury Lopes Júnior (2013, p. 23) não faz a distinção entre presunção de não culpabilidade e presunção de inocência, ele na verdade fala apenas em presunção de inocência e, de acordo com o autor, este é nada mais que "o princípio reitor do processo penal". A qualidade do sistema processual penal de uma nação seria medido pelo nível de observância desse princípio. A presunção de inocência teria uma aplicação interna e externa. A dimensão interna exige que o juiz determine que toda o ônus probatório seja inteiramente do acusador, não necessitando que o réu comprove nada e que, na dúvida, ocorra a absolvição. Além de que implicaria a limitação do uso das prisões cautelares. Já na dimensão externa, o princípio estaria voltado à impedir a "publicidade abusiva e estigmatização (precoce) do réu" (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 24).

Ao que se preze o entendimento do renomado autor supracitado, com a devida vênia viemos discordar não dos conceitos, mas apenas da expressão

utilizada. Conforme entendimento de Walter Silva Júnior (2015, p. 374), o termo "presunção de inocência", que é muitas vezes usado pela doutrina e jurisprudência como preceito utilizado na persecução penal, é um termo inadequado. A Constituição de 1988 não traz em seu dispositivo que o indivíduo é inocente até trânsito da sentença condenatória, mas sim que ele não pode ser considerado culpado, além de que uma sequência de fatos lógicos e jurídicos nos leva a crer que a nomenclatura "presunção de não culpabilidade" seria a mais adequada.

De acordo com Walter Silva Júnior (2015, p. 378), a partir do momento em que o indivíduo é indiciado já é quebrada a presunção de inocência, tendo em vista que a autoridade policial não faz juízo de certeza ao indiciá-lo. O mesmo vale para o Ministério Público quando denuncia o agente.

Quanto ao juiz, em diversos momentos processuais são dadas decisões contrárias ao réu sem que se faça um juízo de certeza quanto a autoria e a materialidade, como é o caso do recebimento da denúncia, quando se apraza audiência de instrução ao invés de se absolver sumariamente o réu e na decisão de pronúncia no caso dos crimes de competência do júri. Repare que no caso dessas duas últimas decisões deve haver um juízo de certeza para absolver sumariamente o réu. Então aqui vigora o princípio do *in dubio pro societa* e não o *in dubio pro reu*, sendo este último um dos norteadores do processo penal. A dúvida do magistrado leva ao seguimento do processo, todavia a culpabilidade do réu ainda não foi analisada, já que esta só entrará em apreço na sentença/acórdão (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 378).

Por isso que se presume que o réu é não culpável, pois se a presunção de inocência vigorasse durante a persecução penal esta não deveria nem ocorrer, pois já se presumiria que o indivíduo é inocente.

2.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Walter Silva Júnior (2015) ainda relata em sua obra que a presunção de não culpabilidade seria uma espécie do gênero da presunção de inocência *latu senso* e que a outra espécie desse gênero seria a presunção de inocência *strictu senso*.

No que diz respeito ao contexto probatório, a presunção de não culpabilidade só será efetivamente utilizada no âmbito da sentença, pois é nela em que se exige um juízo de certeza da culpabilidade para que se condene o réu. Como

já dito no tópico anterior, as outras decisões do processo contrárias ao acusado devem observar apenas os indícios de autoria e é aí que se observa a presença da presunção de inocência *strictu sensu*.

O autor supracitado leciona que tal presunção pode ser extraída da Constituição em uma análise de consonância da presunção de não culpabilidade com a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da honra e até mesmo o diálogo com diplomas internacionais (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 387).

Para que alguém seja acusado ou indiciado é necessário que exista um contexto probatório mínimo que leve à existência de um crime, bem como aos indícios de autoria. Isso é chamado pela doutrina de justa causa, que, com o advento da reforma de 2008 do CPP (Lei nº 11.719/08) passou a ser entendida como uma das hipóteses de rejeição da inicial acusatória (SILVA JÚNIOR, 2015).

A importância disso está no fato de que as pessoas não podem ser importunadas pelo processo penal ou até mesmo por uma investigação criminal, sem que haja um lastro probatório mínimo. É notoriamente sabido que a simples existência de uma investigação criminal na qual um indivíduo é indiciado já causa uma grande estigmatização ao mesmo, pois teria a vida totalmente dificultada apenas pela existência dessa investigação, além de correr o risco de ser submetido ao cárcere por meio de uma prisão cautelar, sendo uma clara violação à dignidade da pessoa humana³.

Portanto, podemos concluir que todos os cidadãos são presumidamente inocentes e, para que se quebre essa inocência deverá existir um lastro probatório mínimo de que o crime ocorreu e de que há indícios de autoria, devendo ser observados pela autoridade policial, pelo Ministério Público e pelo magistrado sempre que apresentarem peça ou, no caso do magistrado, sempre que proferir decisão contrária aos interesses do réu. E, no momento da sentença, o juiz deverá atender ao princípio da não culpabilidade, só podendo quebrá-lo caso haja certeza da existência do crime e da autoria do fato pelo réu.

³ A exigência da justa causa para o indiciamento em inquérito policial ou oferecimento da ação penal é uma garantia por demais importante, porque assegura que nenhuma pessoa será constrangida, por meio de inquérito ou de processo criminal, quanto ao seu direito de liberdade e mesmo a honra, sem ter contra ela provas de que o fato efetivamente ocorreu, assim como indícios de que, se não autorizam a conclusão de sua culpa, justificam que ela seja apontada como a possível autora do fato criminoso (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 387)

3 DETENÇÃO EM FLAGRANTE

Inicialmente devemos explicar a adoção do termo "detenção" ao invés de "prisão", que é utilizado por grande parte da doutrina. A maioria dos autores trata este instituto como uma espécie de prisão cautelar, entretanto, diante da legislação vigente atualmente, data vênua aos autores que assim o tratam, entendemos não ser a forma mais adequada, já que não é mais admitido que o indivíduo permaneça no cárcere somente por ter sido capturado em uma das situações de flagrante previstas na lei. Para chegar a tal entendimento devemos explicar o procedimento utilizado no caso de um flagrante delito.

Conforme demonstrado por Marcelo Silva (2005), a "prisão em flagrante" (termo usado por este autor) não se submete ao regime cautelar das prisões provisórias, pois a captura poderá ocorrer independente de estarem ou não presentes os requisitos para concessão de liberdade provisória. Então, seguindo posição de Silva Júnior (2012), o flagrante não possui natureza de prisão cautelar, sendo um ato administrativo de captura.

As situações que enquadram o indivíduo em uma das modalidades de flagrante estão previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, sendo elas: no momento em que o indivíduo está cometendo a infração penal, quando acabou de cometê-la, quando é perseguido por qualquer pessoa logo após o cometimento do delito e em situação na qual presume-se que ele seja o autor ou quando for encontrado, logo após o cometimento do delito, com os instrumentos utilizados (armas, objetos ou papéis) podendo-se presumir a autoria da infração.

3.1 MODALIDADES DE FLAGRANTE

Os dois primeiros incisos do art. 302 do CPP caracterizam a modalidade de flagrante próprio. No primeiro caso, o agente é surpreendido durante a execução do ato, evitando-se assim que ele continue na prática do mesmo, decorrendo muitas vezes na tentativa. No segundo caso, Bonfim (2011) entende que o autor do crime é surpreendido após a sua consumação, mas ainda é encontrado na cena do crime e nela há elementos suficientes para indicar que aquele é o autor do fato. Para Lima e Nogueira (2011) basta que o indivíduo tenha acabado de exercer a ação, não sendo necessário que se consuma ou produza resultado.

Em seguida temos o flagrante impróprio ou imperfeito, também chamado pela doutrina de quase perfeito, que se caracteriza quando o agente é surpreendido em uma das formas de flagrante próprio, todavia é necessário que haja perseguição para que ocorra a sua captura, além de que deve-se conseguir presumir que o indivíduo foi o autor da conduta criminosa. A perseguição deverá iniciar logo após o cometimento do delito, evitando assim que pessoas consideradas suspeitas sejam perseguidas na rua. Ademais, não há prazo para que se capture o agente, mas quanto maior a demora mais difícil de caracterizar o flagrante (POLASTRI, 2014). Além disso, a perseguição deverá ser ininterrupta, podendo haver alternância de perseguidores.

A última das hipóteses de flagrante prevista no art. 302 do CPP é o flagrante presumido. Nesta hipótese o indivíduo é encontrado, logo após a prática criminosa, com instrumentos, armas, objetos ou papéis utilizado na execução do delito e tais objetos devem fazer presumir que seu portador realizou a conduta em questão. A diferença entre o flagrante presumido e o impróprio consiste apenas no fato de haver perseguição (OLIVEIRA, 2012), não havendo distinção entre as expressões "logo após" e "logo depois".

Além das hipóteses previstas no Código de Processo Penal a doutrina traz situações que são aplicadas na prática, sendo algumas delas legais e outras não. Lima e Nogueira (2011) tratam as hipóteses não legais como formas não flagranciais.

Primeiramente temos o flagrante esperado. Nessa situação o indivíduo (podendo ser policial ou terceiro) se situa em um local com o fim de esperar que a prática criminosa ocorra, sem exercer qualquer forma de induzimento ou instigação. Nesse caso não existe a criação de uma situação, mas sim uma investigação prévia de que o crime irá ocorrer e a espera da polícia, ou terceiro, para que a execução do delito se inicie e então seja realizada a detenção do agente. Essa hipótese é plenamente válida para doutrina (OLIVEIRA, 2011).

Diferente do flagrante esperado temos o flagrante preparado ou provocado, que é a situação em que alguém induz ou instiga o agente a cometer o crime e toma medidas prévias para que o delito não venha a se consumir. Trata-se de uma hipótese ilegal, devendo a prisão ser imediatamente relaxada, já que o crime não ocorreria sem a ação do provocador, além de que, devido as medidas prévias, o crime jamais viria a se consumir, sendo portanto uma hipótese de crime impossível

(LIMA, 2013). O tema já foi assunto no STF gerando a Súmula nº. 145 que diz que não há crime quando o flagrante preparado pela polícia torna impossível a consumação.

Quanto ao flagrante prorrogado ou retardado, trata-se de modalidade prevista no art. 8º da Lei nº. 12.850/2013 (Lei Contra o Crime Organizado) e consiste em abster-se de realizar a detenção de agente que está cometendo crime, com o fim de salvaguardar as investigações das atividades de organização criminosa, devendo a detenção ser realizada no momento mais eficaz para as investigações, todavia não poderá ocorrer pelo fato em que o policial deixou de realizar a captura (BADARÓ, 2014).

Por fim, a última hipótese trazida pela doutrina se trata do flagrante forjado. Nesse caso, ocorre a criação de provas para atestar crime inexistente ou a autoria de agente que nada teve a ver com a prática criminosa. O exemplo clássico na doutrina se trata da implantação de substância entorpecente em veículo de terceiro. Esta prisão deverá ser imediatamente relaxada, pois não há crime, e o policial que implantou a substância responderá por abuso de autoridade (LIMA, 2013).

3.2 PROCEDIMENTO

O sujeito ativo do procedimento é aquele que realiza a detenção, podendo ser qualquer pessoa, todavia, as autoridades policiais e seus agentes estarão obrigados a realizar a captura (flagrante compulsório), enquanto qualquer do povo terá a faculdade de agir (flagrante facultativo).

O sujeito passivo é aquele encontrado e detido em uma das situações de flagrante citadas acima, não podendo ser menor de dezoito anos (art. 228 da Constituição); Diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratados e convenções internacionais (art. 86, § 3º, da Constituição); quem socorre vítima de acidente de trânsito (art. 301 da Lei nº. 9.503 de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro); e, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF, RT, 616/400) aquele que se apresentar voluntariamente a presença da autoridade policial após a prática do crime.

Além disso, existem pessoas que, por prerrogativa de função, só poderão ser autuadas em flagrante nos casos de prática de crimes inafiançáveis, sendo elas: membros do Congresso Nacional (art. 53, § 2º, da Constituição); os deputados

estaduais (art. 27, § 1º, da Constituição); os magistrados (art. 40, III, Lei Complementar nº. 35 de 14 de março de 1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional); e os membros do Ministério Público (art. 33, II, da Lei nº. 8.625 de 12 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica do Ministério Público). Quanto aos advogados, por motivo de exercício da profissão, só poderão ser detidos em flagrante pela prática de crimes inafiançáveis (art. 7º, § 3º da Lei nº. 8.906/94) (CAPEZ, 2014). Por fim, o Presidente da República, nos crimes comuns, não poderá ser sujeito a prisão enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado.

Realizada a detenção do indivíduo, será seguido o procedimento específico previsto em lei, que deverá ser obedecido sob pena do inevitável relaxamento do flagrante. Então, após a condução à autoridade policial competente, este deverá ouvir o condutor, entregando-lhe cópia do termo e recibo de entrega de preso, bem com colher depoimento das testemunhas, caso haja, lavrando ao final o auto de prisão em flagrante (art. 304 do CPP).

O condutor é aquele que levou o indivíduo à presença da autoridade competente, não sendo necessariamente quem efetuou a detenção. No caso de captura realizada por qualquer um do povo, este, normalmente, chama a polícia, sendo, portanto, o policial o condutor do flagrante.

Sempre que alguém for detido em flagrante deverá ocorrer comunicação imediata ao juiz, ao Ministério Público e a família do flagrantado ou pessoa por ele indicada (art. 306 do CPP). E, em até 24 horas após a detenção, o auto deverá ser encaminhado ao juiz competente e, caso o indivíduo não indique advogado, será remetida cópia integral à Defensoria Pública, além de que, neste mesmo prazo será entregue ao flagrantado nota de culpa assinada pela autoridade com o motivo da detenção, nome do condutor e das testemunhas (art. 306, § 1º e 2º, do CPP).

Após receber o auto da detenção o juiz deverá relaxar prisão ilegal, converter o flagrante em prisão preventiva, se estiverem presentes os requisitos do art. 312 do CPP e serem insuficientes as medidas cautelares, ou conceder a liberdade provisória com ou sem fiança. Repare que o juiz é chamado para decidir se transforma ou não a detenção em prisão, devendo para tanto obedecer os requisitos previstos em lei.

Aqui se faz uma crítica trazida por Silva Júnior (2012) ao legislador da Lei nº 12.403/11, que não trouxe a previsão de audiência prévia para que o juiz decida pela decretação de prisão preventiva ou liberdade provisória do agente. Esta é prevista

nos ordenamentos de diversos países da América Latina, homenageando o princípio da oralidade.

Todavia, em dezembro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº. 213 de 15 de dezembro de 2015 que trata sobre a apresentação de toda pessoa presa ao juiz no prazo de 24 horas. Essa resolução regulamentou o projeto Audiência de Custódia, que vem sendo incentivado pelo CNJ desde fevereiro de 2015. Essa audiência está prevista em pactos e tratados internacionais que o Brasil é signatário (CNJ, 2015).

De acordo com Silva Júnior (2015), no direito comparado existe a distinção entre detenção e prisão. A prisão só pode ser decretada por meio de ordem judicial, enquanto a detenção é efetuada durante o exercício do poder-dever de polícia.

Ademais, verifica-se que o indivíduo não poderá permanecer encarcerado apenas por ter sido detido em flagrante. Daí porque a utilização do termo "detenção" ao invés de "prisão". O que ocorre é que, para que haja prisão, o juiz deverá decretar a prisão preventiva do flagranteado e, caso não estejam previstos os seus requisitos o magistrado deverá, obrigatoriamente, conceder a liberdade provisória. O termo "prisão em flagrante" nada mais é do que uma herança de dispositivos legais, que não estão mais em vigor, que permitiam que o indivíduo permanecesse preso apenas por ter sido pego em uma das situações em flagrante, o que fez com que a doutrina colocasse tal instituto como uma das espécies de prisão cautelar.

Na redação originária do Código de Processo Penal a regra era de que o indivíduo permanecesse preso até o fim do julgamento caso fosse capturado em situação de flagrante, salvo quando a prisão fosse ilegal, o agente estivesse acobertado por uma das situações de excludente de criminalidade ou caso o crime fosse afiançável e não estivessem presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva (SILVA JÚNIOR, 2012). Além disso, mesmo não havendo flagrante, existiam requisitos objetivos que determinavam a prisão preventiva do agente, como será visto adiante, que ocorria nos casos de crimes com pena igual ou superior a dez anos. Isto acontecia porque o Código de Processo Penal foi criado em conformidade com a Constituição de 1937, que dava um tratamento extremamente rigoroso ao direito de liberdade (SILVA JÚNIOR, 2012).

Existiam inclusive alguns crimes que tinham previsão legal vedando a concessão de liberdade provisória, como é o caso do art. 44 da Lei nº. 11.343/06 (Lei de Drogas). Entretanto o STF já reconheceu a inconstitucionalidade do referido

dispositivo no que se refere a parte em que é vedada a liberdade provisória, conforme se pode ver no julgado do HC 111073 TO, em 19/02/2013 da segunda turma, de relatoria da ministra Cármen Lúcia.

Odone Sanguiné (2014) trata este instituto como uma medida pré-cautelar possuidora de três funções, quais sejam, interromper a atividade criminosa, evitar a fuga do flagranteado e colher de imediato as provas de autoria e materialidade.

Quanto à ilegalidade do flagrante, verifica-se que esta ocorre em função do descumprimento de qualquer dos requisitos e do procedimento previsto em lei. O dispositivo legal na verdade cumpre o que está expresso na Constituição de 1988, que dispõe no art. 5º, incisos LXII, LXIII e LXIV sobre a comunicação imediata da detenção ao juiz e a família do flagranteado (ou pessoa por ele indicada), o direito à informação sobre seus direitos de ficar calado e de ter assistência da família e de advogado, bem como a identificação dos responsáveis por sua prisão (detenção) ou por seu interrogatório. Além de que a Carta Magna ainda relata em seu inciso LXV do artigo supracitado que a prisão ilegal deverá ser relaxada imediatamente pelo magistrado.

O que ocorre é que se a ilegalidade só for verificada após a ciência do magistrado este ainda poderá decretar a prisão preventiva, razão pela qual o agente será mantido no cárcere, já que ele não estaria mais detido e sim preso de forma preventiva, pois não é necessária a ocorrência de flagrante para que se decrete prisão cautelar, bem como o agente não poderá ser mantido no cárcere apenas por ter sido detido em flagrante, sem que estejam presentes os requisitos da prisão preventiva. É o que pode se extrair do entendimento em julgado da sexta turma do STJ, em 25/05/2015, no AgRg no HC 322737 RJ 2015/0102062-2, de relatoria do ministro Nefi Cordeiro, que diz que "o exame da alegada ilegalidade do flagrante torna-se prejudicado, quando, posteriormente, o Juízo de primeiro grau o converte em preventiva, constituindo, pois, novo título a justificar a privação da liberdade do paciente".

De acordo com Silva Júnior (2015), essa questão da legalidade do flagrante era muito mais importante quando a realização da prisão era utilizada como justificativa para manter o indivíduo no cárcere, pois, caso o crime fosse inafiançável, era a única forma de se buscar a liberdade do agente.

Portanto, na prática, as únicas formas de ilegalidade em que o relaxamento do flagrante resultaria na liberdade do indivíduo seriam:

a) Quando não estiverem presentes os requisitos para decretação da preventiva, o que não faria muita diferença, pois mesmo que o flagrante fosse legal, caberia ao magistrado decretar a liberdade provisória, ou seja, de uma forma ou de outra o agente seria posto em liberdade;

b) quando feito pela própria autoridade policial, que, verificando alguma irregularidade deverá mandar soltar o indivíduo de imediato, posição esta defendida por Fernando Capez (2014). Entretanto o referido autor entende que se a autoridade policial recebe um indivíduo detido em flagrante e, acolhido pela discricionariedade, decide soltar o indivíduo, não há o que se falar em relaxamento, pois o auto não foi nem concluído, todavia, se o delegado toma conhecimento de novo fato após a emissão do auto, mas antes de enviá-lo ao juiz, aí sim se teria o relaxamento da prisão feito pela autoridade policial, mas, ainda conforme autor supracitado, esse relaxamento só poderá ocorrer em situações que ficasse absolutamente claro a ausência de infração penal ou da autoria;

c) ou caso o magistrado demore a tomar a decisão sobre decretar a prisão preventiva ou liberdade provisória do flagrantado, o que abre a possibilidade de impetração de Habeas Corpus ao Tribunal competente.

Entretanto, nesta última hipótese, mesmo que o Tribunal conceda a ordem de Habeas Corpus, não haverá impedimento do magistrado em decretar a posterior prisão preventiva, pois o Tribunal só teria se manifestado a respeito da ilegalidade do flagrante e não sobre os requisitos da preventiva. E, caso o juiz de primeiro grau tome uma decisão antes do Tribunal apreciar a questão do habeas corpus estará prejudicado. Em razão disso Silva Júnior (2015) entende que esse pedido de relaxamento de prisão, já deverá entrar na questão da possibilidade ou não de decretação da prisão preventiva.

Ainda no que se refere a esta terceira hipótese, a lei não trouxe prazo para que o juiz decida acerca do relaxamento da detenção em flagrante, da imposição de prisão cautelar ou da concessão da liberdade provisória, entretanto, como já deveras explicado, a detenção em flagrante deixou de ser uma prisão cautelar, passando a ser ato administrativo de captura, portanto o ideal é que essa decisão seja dada o mais rápido possível.

O ideal seria que o juiz decidisse assim que recebesse o auto de prisão em flagrante, que deverá ser remetido a ele em até 24 horas após a captura. Marcelo

Polastri (2014), traz essa possibilidade, entretanto o autor diz que em razão da ausência do prazo o magistrado não está obrigado a decidir de imediato, podendo esperar até o fim do inquérito, que deverá se encerrar em 10 dias, para fazê-lo. Data a devida vênia, divergimos desse posicionamento e entendemos que a decisão deverá ocorrer de imediato, conforme podemos extrair do art. 310 do CPP, quando ele diz que "ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...]".

Vale ainda trazer a posição de Renato Brasileiro de Lima (2013), que entende que deve-se aplicar o art. 322, parágrafo único, do CPP, que seria o prazo de 48 horas após o requerimento para que o juiz conceda a fiança, caso ela não seja arbitrada pela autoridade policial. Conforme o autor, se este é o prazo para que se imponha a fiança, o mesmo prazo seria para que o juiz concedesse ou não a liberdade provisória. Então o prazo total que o flagrantado aguardaria seriam de 72 horas (24 horas para remessa do auto e 48 horas para o juiz decidir se impõe prisão cautelar ou concede liberdade provisória). Entendemos que esse prazo seja razoável, entretanto, por ausência de natureza de prisão, o ideal seria que a decisão fosse tomada de imediato.

4 PRISÕES E MEDIDAS CAUTELARES

Esse capítulo visa tratar de forma mais detalhada as prisões cautelares presentes no atual ordenamento jurídico brasileiro e as medidas cautelares diversas da prisão.

Seguindo o entendimento de que a detenção em flagrante não configura uma prisão, então esta não se enquadra mais dentre as prisões cautelares. Como pode ser extraído do texto constitucional a prisão só poderá ocorrer por meio de ordem escrita do magistrado, ressalvados os casos de transgressão militar ou crime militar próprio.

Deste texto podemos extrair a prisão definitiva e a prisão cautelar. A primeira trata-se de prisão após o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, tendo como fim a punição do indivíduo, enquanto a segunda ocorrerá durante a persecução penal (investigações e processo penal).

Além disso, como dito anteriormente, não existem mais as prisões decorrentes de sentença condenatória, mesmo que recorrível e decisão de pronúncia. Durante muito tempo a simples ocorrência desses marcos processuais eram suficientes para impor a prisão do acusado, só podendo ser mantido em liberdade caso fosse prestada fiança, nos crimes afiançáveis, ou se houvesse o direito de livrar-se solto. Essa prisão passou a ser flexibilizada com o surgimento da Lei nº. 5.941 de 22 de novembro de 1973, que possibilitou a concessão da liberdade, nos casos supracitados, quando o réu fosse primário e de bons antecedentes, bem como alterou o art. 596 do CPP, acabando com a regra de que a sentença absolutória apelada deveria manter o réu preso quando a pena máxima cominada ao crime era igual ou superior a oito anos.

Todavia, foram as Leis nº. 11.689/08 e nº. 11.719/08 que acabaram com esse tipo de prisão. A primeira delas deu nova redação ao art. 413, § 3º, do CPP, que diz que em caso de sentença condenatória o juiz deverá decidir de forma fundamentada se mantém, revoga ou substitui a prisão por outra medida, ou, caso o réu já esteja solto, se mantém ou concede a liberdade. A segunda revogou o antigo art. 594 que previa que o réu só poderia apelar caso se recolhesse a prisão ou se prestasse fiança (LIMA, 2013).

Diante disso, atualmente a prisão cautelar se divide em prisão preventiva e prisão temporária e, como já dito anteriormente, esse tipo de restrição de liberdade

não tem o fim de punir o agente pelo mal praticado. Nesse momento não se sabe nem se realmente houve um mal praticado. Então pode-se chamar este tipo de prisão de prisão sem pena, como retrata Edilson Bonfim (2011) para diferenciá-la da prisão com objetivo de punir o indivíduo. Conforme o autor citado, esse tipo de prisão deve ser dotado de cautelaridade.

Entretanto, independente de visar punir ou não o agente, deve-se considerar que estar-se-á submetendo ao cárcere alguém que pode nada ter a ver com o crime. Apenas a restrição da liberdade já seria de grande prejuízo para o indivíduo e, no Brasil a situação ainda é mais problemática, pois diversos direitos humanos são desrespeitados em nossos estabelecimentos penais, que encontram-se, na sua maioria, em situações precárias.

Em razão disso, como já dito por este autor em outra oportunidade (ROLIM FILHO, 2011) as prisões cautelares têm um procedimento específico trazido em lei que deve ser obedecido a risca sob pena de ilegalidade, podendo assim serem combatidas pelos instrumentos processuais pertinentes.

Diante da natureza cautelar desse instituto, existe uma certa confusão com o processo civil no que diz respeito às tutelas antecipadas, que têm como requisitos básicos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. De acordo com Aury Lopes Júnior (2013) a doutrina tradicional utiliza esses requisitos aplicados ao processo penal para a decretação de prisão ou de medida cautelar, entretanto o autor considera um erro tal analogia, pois para que se decrete uma prisão não há o que se falar em fumaça do bom direito, já que como se decretaria a prisão de alguém que tem um bom direito? Então no processo penal o requisito seria o *fumus commissi delicti* (fumaça da ocorrência de um delito). Quanto ao *periculum in mora*, deve-se constar que no processo penal o perigo não está na demora do persecução e sim na liberdade do agente, então o requisito seria o *periculum libertatis*.

Portanto, para que se decrete qualquer prisão cautelar devem haver prova da existência do crime, indícios de autoria e do perigo que o agente pode causar caso seja mantido em liberdade.

Ademais, o que acontece aqui é a manutenção de alguém no cárcere que não sem a certeza de que praticou um determinado crime, então, mesmo estando prevista em lei e, inclusive, na própria Constituição, devemos aqui trazer os motivos que tornam possível a compatibilidade desse instituto com a essência garantista do nosso ordenamento jurídico.

Conforme explicado por José Santos (2009), a justificativa das cautelares está no fato de que existem situações que podem fazer com que a prestação jurisdicional se torne ineficaz no decorrer de tempo entre a formação da relação processual e o provimento jurisdicional final. Então as medidas cautelares existem para evitar que a prestação jurisdicional seja comprometida. No caso do processo penal, esse risco está presente antes mesmo da formação da relação processual, podendo ocorrer durante as investigações. Além de que ele ainda deverá salvaguardar a sociedade do mal em potencial que o indivíduo poderá causar.

O autor supracitado ainda cita Ada Pellegrini, que leciona que a medida cautelar "é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que a justiça seja feita". Regra esta muitas vezes não observada pelos magistrados que decretam prisões com fundamentações fracas, ou até mesmo sem ela, e membros do Ministério Público, que fazem seu requerimento (SANTOS, 2009, p. 44).

Em sua obra Odone Sanguiné (2014) traz a justificação da prisão e das medidas cautelares, estando dentre elas o direito a tutela jurisdicional, que consiste na utilização de tais medidas a fim de assegurar o seguimento da persecução penal, bem como a certeza do comparecimento do indivíduo no momento da constatação da sua culpa, estando o seu fundamento no "princípio de necessidade de proteção do processo penal" (SANGUINÉ, 2014, p. 30).

Outra justificativa trazida pelo autor supracitado é o princípio da necessidade, que consiste na necessidade da medida, ou seja, não basta estarem presentes os dispositivos legais que autorizem a prisão, mas ela deve ser necessária, razão pela qual o julgador não está obrigado a decretá-la.

Também temos o dever estatal de perseguir o crime de forma eficaz. Nessa justificação Sanguiné (2014) explica que a Constituição se limitou bastante ao tratar de prisões provisórias, razão pela qual se deu uma grande discricionariedade ao legislador quando tratou sobre elas. Então, para que a prisão cautelar seja legítima ela deve "obedecer a um fim constitucionalmente legítimo e esteja configurada e delimitada constitucionalmente com absoluto respeito aos princípios constitucionais" (SANGUINÉ, 2014, p. 40). E, por fim, temos os direitos fundamentais como critérios de legitimidade da prisão cautelar.

No final das contas, o que ocorre é um conflito de direitos fundamentais. Como já dito anteriormente o direito a liberdade é um dos direitos fundamentais de maior importância, razão pela qual, como regra, a prisão só é aplicada após o

trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Então o que justificaria o encarceramento do indivíduo antes desse evento processual? O risco que a sua liberdade poderá causar à outros direitos fundamentais. Como exemplo temos o risco de que o agente voltará a delinquir, deixando a sociedade em perigo e mitigando o direito à segurança pública efetiva.

Então podemos concluir que a prisão cautelar tem natureza provisória, podendo ser revista a qualquer tempo, nunca poderá ser aplicada a título de adiantamento de pena ou da execução penal, servindo para anular o risco que a liberdade do indivíduo pode causar, e se trata de uma exceção à regra, já que a regra é que a prisão só ocorra após a constatação da culpabilidade do réu na segunda instância (prisão definitiva)⁴.

As regras gerais das prisões e medidas cautelares encontram-se nos arts. 282 a 300 do CPP. Os artigos aplicados às medidas cautelares serão estudado em capítulo específico⁵, quanto as prisões provisórias, as principais regras serão vistas agora.

Primeiramente, vemos que o *caput* do art. 283 do CPP traz o disposto no art. 5º, LXI, da Constituição, bem como elenca as espécies de prisão cautelar. O § 2º deste artigo relata que a prisão cautelar poderá ser efetuada a qualquer dia e horário, no entanto estabelece como limite a inviolabilidade de domicílio, que está prevista no art. 5º, XI, da Constituição⁶. Em uma análise desse dispositivo concluímos que a captura do indivíduo, caso ele esteja em sua casa, só poderá ser feita em caso de flagrante delito ou por meio de mandado de prisão durante o dia.

Ademais, o art. 300 do CPP assegura que o preso provisório deverá ficar separado dos que já estiverem definitivamente condenados. A redação anterior desse dispositivo dizia que a separação deveria ocorrer sempre que possível, então diante da mudança trazida pela Lei nº. 12.403/11, o preso provisório, independente da espécie de prisão, deverá ser mantido separado dos que estiverem presos de forma definitiva (prisão com finalidade punitiva), o que entrou em consonância com o art. 102 da Lei de Execução Penal (LEP), que diz que as cadeias públicas são os

⁴ Assunto tratado no tópico 2.1.

⁵ Ver tópico 4.3.

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]
XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

locais para a manutenção de presos provisórios. Silva Júnior (2012) defende a mudança trazida pela lei e ainda acrescenta que toda comarca deveria ter uma cadeia pública para obedecer o art. 103 da LEP, entretanto o dispositivo legal não é cumprido, sendo comum o recolhimento de presos provisórios em delegacias e penitenciárias.

Por fim, cabe aqui relatar que o art. 295 traz um rol de indivíduos que deverão ser recolhidos em quartéis ou prisões especiais, caso seja decretada sua prisão cautelar. Não havendo prisão especial, este será mantido em cela especial que atenda a condições de salubridade adequadas à vida humana e não poderá ser transportado junto de presos comuns. Estas pessoas são: os Ministros de Estado; os governadores ou interventores de Estados ou Territórios; o prefeito do Distrito Federal e seus respectivos secretários; os prefeitos municipais; os vereadores; os chefes de Polícia; os membros do Parlamento Nacional; membros do Conselho de Economia Nacional; membros das Assembléias Legislativas dos Estados; os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito"; os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; os magistrados; os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; os ministros de confissão religiosa; os ministros do Tribunal de Contas; os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; os delegados de polícia; e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

Agora trataremos de forma mais detalhada as regras pertinentes às espécies de prisão cautelar e às medidas cautelares diversas da prisão.

4.1 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é a espécie mais utilizada e mais abrangente de prisão cautelar, tendo o seu regulamento previsto nos arts. 282 a 300 e 311 a 316 e, como o próprio nome já diz, ela tem como finalidade prevenir algo. Conforme Renato Brasileiro de Lima (2013) essa prisão poderá ser decretada pelo juiz durante a investigação policial ou o processo criminal, sempre antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória, desde que cumpridos os requisitos previstos em lei e os motivos que a autorizam, além de demonstradas insuficientes ou inadequadas as medidas cautelares diversas.

É importante ressaltar que na redação original do Código de Processo Penal, o seu art. 312 trazia a chamada prisão preventiva obrigatória, que obrigava o encarceramento do indiciado/acusado se a pena máxima cominada ao crime cometido fosse igual ou superior a dez anos. Todavia, com reforma trazida pela Lei nº. 5.349 de 03 de novembro de 1967 esse tipo de prisão deixou de existir.

Por ser uma espécie de prisão cautelar, para que ocorra a sua decretação são necessários o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Tais requisitos são na verdade os motivos autorizadores dessa modalidade de prisão previstos no art. 312 do CPP (de forma específica para a prisão preventiva) e no art. 282, I, do CPP (aplicado a todas as medidas cautelares pessoais). Desses dispositivos pode-se extrair que a prisão preventiva poderá ser decretada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar que a lei penal seja cumprida, ou seja, para suprir os riscos que o acusado/indiciado poderia causar caso seja mantido em liberdade (*periculum libertatis*). Ademais a redação do artigo supracitado também exige que haja prova de que o crime ocorreu e indícios suficientes de que foi o acusado/indiciado que o praticou (*fumus commissi delicti*).

Nesse ponto é importante ressaltar que só são exigidos apenas indícios de que houve autoria por parte do agente, então basta que no momento em que o juiz proferir a decisão existam provas nos autos que o levem a crer haverem indícios suficientes. Todavia, quanto à materialidade, é necessário que haja um juízo de certeza, pois a lei é bem clara quando menciona "prova da existência do crime" (BADARÓ, 2014).

Como já defendido por este autor (ROLIM FILHO, 2012), não basta que o magistrado decrete a prisão alegando apenas, por exemplo, que o indivíduo é um risco à ordem pública, mas deverá explicar os motivos pelos quais ele foi levado a crer que tal risco existe.

O parágrafo único do referido artigo ainda autoriza a decretação da preventiva caso o agente descumpra uma das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, mas a prisão só poderá ocorrer caso não seja possível a substituição da medida cautelar por outra (art. 181, § 6º, CPP).

Além desses motivos que a fundamentam, ainda temos os requisitos objetivos que admitem a decretação da preventiva, presentes no art. 313 do CPP. Então esta só poderá ocorrer nos casos de prática de crimes dolosos com pena

privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; nos casos de reincidência, que ocorrerá se houver condenação prévia transitada em julgado durante os cinco anos que antecedem a nova prática criminosa, devendo o crime anterior ser doloso; se o crime envolver violência doméstica; ou caso haja dúvida sobre a identidade civil do indivíduo e ele não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Cabe frisar que tais requisitos são alternativos, ou seja, a presença de apenas um deles já torna possível a decretação da prisão preventiva, logicamente desde que existam os requisitos do art. 312.

A antiga redação desse artigo previa apenas a prisão preventiva para os casos de crimes dolosos, na redação atual, apenas os incisos I e II trazem tal menção, entretanto, apesar do inciso III não fazer tal distinção ele possibilita a prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência para garantir o cumprimento das medidas protetivas de urgência, portanto, o crime em questão só pode ter sido praticado de forma dolosa (LIMA, 2013). Já quanto ao caso do parágrafo único, será admitida a prisão preventiva nos casos de crimes culposos e dolosos (LIMA, 2013).

De acordo com Aury Lopes Júnior (2013) deve-se conjugar o art. 312 e 313 para que se decrete a preventiva, portanto é impossível a prisão preventiva do indivíduo que não se enquadre no rol do art. 313 do CPP, mesmo que estejam presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, salvo os casos em que houver descumprimento de uma das medidas cautelares e não for possível a substituição por outra, já que o art. 282, § 6º, do CPP não faz ressalva ao art. 313. Esse é o entendimento do STJ, conforme julgado de sua quinta turma, em 23/10/2014, no processo RHC 52314 SP 2014/0257301-0, de relatoria do ministro Jorge Mussi, que relata que "A prisão preventiva decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta não está submetida às circunstâncias e hipóteses previstas no art. 313 do CPP, de acordo com a sistemática das novas cautelares pessoais".

Até porque, essa seria a única forma de se obrigar o cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão em caso de reiterados descumprimentos. Se essa prisão não fosse aceita, existiria um convite para que o imputado desobedecesse as medidas cautelares, pois ele poderia descumprir todas elas sem que houvessem consequências.

Entretanto, deve ser verificada a proporcionalidade, que impede a decretação de prisão ao acusado/indiciado por crime culposos, ademais não poderia perdurar a prisão preventiva por tempo maior que duraria a própria pena, por exemplo, o indivíduo fica preso preventivamente por um ano porque descumpriu uma medida cautelar e, ao final do processo, é condenado a oito meses de prisão (BADARÓ, 2014).

Também não será possível a decretação de prisão preventiva se estiver presente, no caso prático, uma das cláusulas de excludente de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal (CP), sendo elas o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito, conforme redação do art. 314 do CPP. Todavia, a lei não faz previsão caso esteja presente uma das excludentes de culpabilidade. Nesse caso, ressalvada a hipótese da inimputabilidade (art. 26, *caput*, do Código Penal) entendemos também caber a aplicação do art. 314 do CPP, já que o magistrado poderá absolver sumariamente o réu, conforme art. 397, II, do CPP (LIMA, 2013). Além disso, ainda poderia haver a aplicação subsidiária do art. 258 do Código de Processo Penal Militar, que impossibilita a decretação de prisão preventiva caso hajam provas constantes nos autos de ter o agente praticado a conduta em diversos casos de excludente de culpabilidade (LIMA, 2013).

Quanto ao tempo de duração, o legislador não trouxe um prazo específico de duração da prisão preventiva, entretanto a manutenção do acusado no cárcere por um tempo extremamente longo, em razão da demora da tramitação da persecução penal não obedeceria a proporcionalidade, que deve ser observada para a decretação desse tipo de prisão.

Por fim, em se tratando de uma prisão provisória, esta poderá ser revogada a qualquer tempo, sempre que o juiz entender por não existirem mais os fundamentos que a motivaram, mas poderá ser decretada novamente caso surjam novos fundamentos (art. 316 do CPP).

4.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária é regulamentada pela Lei nº.7.960/89, que logo em seu art. 1º fala das hipóteses de cabimento da mesma. Cumpre aqui asseverar que,

como se está falando em restrição do direito a liberdade tais hipóteses devem ser seguidas a risca para que a prisão possa ser decretada.

Diferente da prisão preventiva a prisão temporária só poderá ser utilizada durante as investigações do inquérito policial, conforme o art. 1º, I, da Lei nº. 7.960/89. Portanto, se o inquérito estiver concluído ou a denúncia for recebida pelo juiz torna-se impossível a decretação ou manutenção da prisão temporária. Ademais, a prisão deverá ser imprescindível para as investigações, estando presente nesse inciso o requisito do *periculum libertatis*.

Quanto ao inciso II do dispositivo legal supracitado, este diz que a prisão poderá ser decretada quando o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários que comprovem a sua identidade. Entretanto, seguindo a posição de Odone Sanguiné (2014) este seria apenas uma das hipóteses que se enquadraria no inciso I, pois a finalidade seria evitar o perigo causado às investigações. Além disso a aplicação isolada do referido inciso, ou em cominação com apenas um dos outros dois, iria gerar a prisão temporária de todos os indigentes ou de quem não tem moradia, ou seja, os menos favorecidos economicamente.

Portanto, para que se decrete a prisão temporária devem estar presentes no caso concreto as hipóteses dos incisos I e III do art. 1º, servindo o inciso II apenas para reforçar a decisão. Em hipótese alguma será permitida a imposição dessa prisão estando presente apenas um dos incisos referidos.

Já o inciso III trará o requisito do *fumus commissi delicti*, pois exige fundadas razões de autoria e participação do indiciado no rol de crimes previstos no próprio inciso.

Como o próprio nome já diz, esse tipo de prisão terá um prazo determinado, qual seja 5 dias, podendo ser prorrogada por igual período em casos de extrema necessidade, e só poderá ser decretada se houver representação da autoridade policial ou do Ministério Público (art. 2º, Lei nº 7.960/89), não havendo, portanto, a possibilidade de decretação *ex officio* pelo juiz (BADARÓ, 2014).

O prazo dado ao magistrado para decretá-la será de vinte e quatro horas a contar do recebimento da representação (art. 2º, § 2º da Lei) e, caso esta tenha sido feita pela autoridade policial o juiz deverá ouvir o Ministério Público antes de decidir (art. 2º, § 1º da Lei).

O magistrado poderá impor qualquer prazo à esta prisão, desde que respeitado o prazo máximo. Encerrado o tempo de duração, o agente deverá ser colocado em liberdade independente de expedição de alvará de soltura (art. 2º, § 7º da Lei).

4.3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

As medidas cautelares diversas da prisão foram trazidas pela Lei nº. 12.403/11 e, para a sua decretação, assim como nas prisões cautelares, devem estar presentes os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, que estão presentes no art. 282, I, do CPP (Badaró, 2014), pois, mesmo não sendo uma restrição tão rígida quanto a prisão, ainda ocorrerá o cerceamento de alguns direitos, inclusive o direito a liberdade de ir e vir. Em razão disso as regras que preconizam essas medidas são similares às regras aplicáveis às prisões cautelares, especialmente à prisão preventiva. A intenção aqui é excluir o perigo que a liberdade do indivíduo pode causar sem manter ele recolhido às condições precárias do cárcere (ROLIM FILHO, 2012). Todavia, não é necessário que estejam presentes os requisitos do art. 313 do Código de Processo Penal para que se imponha uma das medidas cautelares diversas da prisão (SILVA JÚNIOR, 2012).

Essas medidas vieram para reforçar ainda mais a idéia de subsidiariedade das prisões cautelares, pois o objetivo delas é tornar ainda mais excepcional a decretação da prisão. Então, como já explicado por este autor (ROLIM FILHO, 2012), as medidas cautelares diversas da prisão devem ser tratadas como exceções e as prisões provisórias só podem ser aplicadas se houver fundamentação de que as medidas diversas não são indicadas ao caso concreto para esgotar ou minimizar o *periculum libertatis*.

Além disso, para a decretação de uma dessas medidas deve-se observar as regras gerais presentes nos arts. 282 a 300 do Código de Processo Penal, que apontam regras tanto de prisões como de medidas diversas.

Inicialmente vale constatar que as medidas do art. 319 do Código de Processo Penal só poderão ser decretadas para os indivíduos acusados ou indiciados pelo cometimento de crimes que prevêm de alguma forma (isolada, alternativa ou cumulativa) a pena restritiva de liberdade (art. 283, § 1º, CPP).

Em observância do inciso I do art. 282 do CPP, tais medidas poderão ser aplicadas para assegurar a aplicação da lei penal, a investigação ou instrução criminal e, quando for expressamente previsto, para evitar a prática de novas infrações penais. Já o inciso II relata que a medida imposta deverá se adequar à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado/acusado.

Também devemos acrescentar que essas medidas poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (art. 282, § 1º, CPP) devendo o magistrado ponderar de acordo com o caso concreto, podendo decretar, após o início da ação penal (recebimento da denúncia), de ofício ou a requerimento das partes, ou durante a investigação criminal por meio de requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial (art. 282, § 2º, CPP).

Conforme o § 3º do artigo supramencionado o juiz deverá intimar a parte contrária sempre que receber um pedido de decretação de medida cautelar acompanhado de cópia do requerimento e das peças pertinentes. De acordo com Lima(2014) a defesa prévia só seria exigida em casos de pedidos realizados pelas partes, todavia, seguindo posição do referido autor, entendemos que ela também deverá ocorrer nos casos em que a medida for decretada de ofício pelo magistrado ou quando proveniente do descumprimento de medidas cautelares já impostas. A defesa prévia deverá ocorrer se a medida for requerida tanto em sede processual quanto nas investigações. Todavia, em caso de urgência ou de perigo de que a medida se torne ineficaz caso o indiciado tome ciência, o magistrado poderá decretá-la antes de ouvi-lo, entretanto a oitiva deverá acontecer após a aplicação da medida (LIMA, 2014).

A revogação de uma medida cautelar ou a sua substituição poderá ser feita a qualquer tempo pelo magistrado sempre que deixar de existir o motivo que a justificou (art. 282, § 5º, CPP). E, em caso de descumprimento, o juiz poderá, de ofício, a requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação ou do querelante, cumular outra medida ou substituir por uma que entenda ser mais pertinente ao caso, devendo decretar a prisão preventiva apenas em último caso (art. 282, § 5º, CPP). Em uma análise desse dispositivo verificamos que só o descumprimento da medida cautelar imposta não dá ao juiz a faculdade de decretar a prisão preventiva, devendo justificar o motivo de não aplicar outra medida diversa para ordenar o encarceramento do indivíduo (ROLIM FILHO, 2012).

Na atual redação do Código de Processo Penal essas medidas estão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal e, conforme Aury Lopes Júnior (2013) este artigo traz um rol taxativo, não podendo o juiz utilizar o poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, pois este seria um instituto exclusivo do direito processual civil. Conforme o entendimento do autor não se pode aplicar uma medida que irá restringir direitos do indivíduo sem que haja previsão legal. Portanto, desde que a medida esteja presente em lei ela poderá ser aplicada, mesmo estando fora do rol do art. 319.

As medidas do art. 319 consistem no comparecimento periódico em juízo; na proibição de acesso a determinados lugares; na proibição de manter contato com pessoa determinada; na proibição de ausentar-se da comarca; no recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; na suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira; Na internação provisória nos casos de inimizabilidade ou semi-inimizabilidade; na prestação da fiança para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e na monitoração eletrônica.

Como já mencionado anteriormente, essas medidas, em sua maioria, também afetam o direito de ir e vir do agente, como podemos observar no caso dos incisos I, II, III, IV, V e VII do art. 319, já que proíbem que o indivíduo se dirija a algum lugar (incisos II, III e IV), exigem que o indivíduo vá ou esteja em algum lugar em determinado horário (incisos I e V) ou restringe totalmente a liberdade, como é o caso do inciso VII, que nada mais é que uma forma de prisão do agente inimizável ou semi-inimizável.

Quanto ao inciso VI tem-se a proibição do exercício de determinadas funções. Já a monitoração eletrônica (inciso IX) tem como principal serventia garantir que outras medidas cautelares possam ser cumpridas, pois o réu/indiciado seria monitorado o tempo todo, possibilitando que as autoridades competentes tomem conhecimento do descumprimento da medida imposta.

O inciso VIII traz a prestação da fiança, que será tratada em capítulo específico a seguir.

5 INSTITUTO DA FIANÇA E A LIBERDADE PROVISÓRIA

No atual ordenamento jurídico brasileiro a fiança é uma das medidas cautelares diversas da prisão prevista no art. 319 do Código de Processo Penal. Entretanto, em uma análise da redação original da legislação supracitada, a fiança era a única forma de se obter a liberdade durante o processo caso o agente fosse detido em flagrante delito.

Quanto à liberdade provisória, atualmente é um direito que o flagrantado tem, que consiste em aguardar o trânsito em julgado da ação penal em liberdade, entretanto, conforme novo entendimento do STF, já mencionado, a execução da pena poderá se iniciar após decisão penal condenatória em segunda instância⁷. O juiz estará obrigado a conceder a liberdade provisória caso não estejam presentes os requisitos que autorizem a decretação de prisão cautelar, bem como ficar demonstrado serem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Adiante trataremos de forma mais detalhada esses institutos.

5.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A FIANÇA E SUA FINALIDADE

A fiança é uma prestação pecuniária, paga pelo pólo passivo da persecução penal, que tem como fim, para o estado, garantir a aplicação da lei penal, servindo também para pagar as custas processuais, eventuais multas e indenizações, caso haja condenação. O valor da fiança, serve como inibidor de fuga do flagrantado/indiciado/acusado, devendo seu valor ser proporcional com a gravidade da infração, bem como a situação financeira do imputado (LOPES JÚNIOR, 2013). Em contrapartida, o pagamento da prestação, para o imputado, tem como finalidade evitar a prisão cautelar ou substituí-la.

O pagamento poderá ser realizado por meio de depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou hipoteca inscrita em primeiro lugar (art. 330 do Código de Processo Penal). A avaliação dos imóveis, pedras, objetos e metais preciosos, conforme § 1º do referido dispositivo legal, será feita por perito nomeado pela autoridade que

⁷ Assunto tratado no tópico 2.1.

impôs a fiança. Quanto aos títulos da dívida pública, conforme § 2º, terão seu valor determinado por cotação na bolsa de valores.

Antes da reforma trazida pela Lei nº. 12.403/2011, a fiança funcionava apenas como forma de se conseguir a liberdade provisória em caso de detenção em flagrante, entretanto, com a entrada em vigor do referido dispositivo legal o instituto passou a integrar as medidas cautelares diversas da prisão, podendo ser aplicada independente de haver ou não flagrante delito. Portanto, esta poderá ser imposta mesmo que não estejam presentes os requisitos da prisão preventiva previstos no art. 313 do CPP.

O que ocorre é que ao longo das alterações legislativas feitas no Código de Processo Penal, a fiança foi tendo sua finalidade alterada. Na redação original do código a regra era que o indivíduo aguardasse o julgamento em cárcere, caso o crime fosse inafiançável, razão pela qual a fiança era o meio pelo qual o agente podia conseguir sua liberdade provisória (SILVA JÚNIOR, 2012).

Além disso, era o único meio, salvo houvesse direito de livrar-se solto, em que o agente poderia conseguir liberdade provisória caso houvesse sentença condenatória, mesmo que passível de recurso, e de decisão de pronúncia (LIMA, 2014).

Então, atualmente podemos dividir a fiança em autônoma e substitutiva. A substitutiva é a que sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico, que poderá ser concedida, caso haja detenção em flagrante e estejam presentes os requisitos da prisão preventiva, como condição para que o imputado consiga a liberdade provisória, podendo haver também a cumulação com outras medidas cautelares diversas da prisão (SILVA JÚNIOR, 2012).

Quanto à fiança autônoma, foi implantada com a reforma trazida pela Lei n. 12.403/2011, e está prevista no art. 319, VIII, do CPP, podendo ser decretado mesmo que não estejam presentes os requisitos para imposição da prisão preventiva previstos no art. 313 do CPP. Entretanto, sempre devendo obedecer os requisitos para decretação de medida cautelar diversa da prisão, qual sejam os previstos no art. 282, I, do CPP, bem como seus requisitos próprios, só podendo ser imposta para assegurar o comparecimento do indivíduo aos atos processuais; evitar a obstrução de seu andamento; ou por resistência injustificada de ordem judicial.

Repare que nesses casos a fiança pode servir para assegurar o cumprimento das outras medidas cautelares. Isso é bem demonstrado no caso da

última hipótese, pois a fiança poderá ser imposta para obrigar o indivíduo a cumprir ordem judicial já descumprida por ele, e essa ordem pode ser a imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão. Na segunda hipótese, a fiança poderá ser cumulada com a proibição de ausentar-se da comarca ou de manter contato com ofendido ou testemunha, assegurando assim a ausência de obstrução no processo (SILVA, JÚNIOR, 2012).

Quanto à primeira hipótese, verificamos que dificilmente haverá um caso em que seja de extrema imprescindibilidade que o agente compareça aos atos processuais, até porque não se pode obrigar o indivíduo a produzir provas contra si mesmo (SILVA JÚNIOR, 2012), podendo o processo seguir normalmente se a presença do agente nos atos.

As regras pertinentes à fiança estão previstas no capítulo VI do título IX do Código de Processo Penal e, conforme o art. 330, que será visto no tópico a seguir.

5.2 PROCEDIMENTO DO INSTITUTO DA FIANÇA

A fiança poderá ser concedida pelo magistrado ou pela autoridade policial, a depender da pena máxima cominada ao crime praticado. O delegado só poderá arbitrar a fiança nos crimes em que a pena máxima prevista não seja superior à quatro anos (art. 322 do Código de Processo Penal). Ultrapassado esse limite, apenas o magistrado poderá concedê-la, tendo o prazo de 48 horas após o requerimento (parágrafo único do referido dispositivo). Nesse caso estamos tratando apenas da fiança substitutiva da prisão cautelar. A fiança autônoma, independente da pena cominada ao crime, só poderá ser imposta pelo magistrado.

Ademais, como o referido dispositivo legal está tratando da fiança substitutiva, é de uma certa lógica que para que ela seja imposta como condição de liberdade provisória do indivíduo, devem estar presentes os requisitos para a decretação de preventiva previsto no art. 313 do Código de Processo Penal. Ocorre que, o seu inciso primeiro relata que a prisão preventiva só poderá ser decretada para os crimes com pena máxima igual ou superior à quatro anos, então sendo o indivíduo detido em flagrante e a pena não exceder 4 anos, não há razão para que o delegado imponha a fiança como condição de liberação do agente, pois será impossível a decretação da preventiva e, no atual ordenamento, não é possível manutenção de detenção em flagrante.

No atual ordenamento jurídico a fiança poderá ser imposta em quaisquer crimes, desde que respeitados os requisitos do art. 282, I do CPP e que o crime tenha prevista pena privativa de liberdade. Entretanto, os delitos previstos no art. 323 do Código de Processo Penal não comportam a concessão de fiança (crimes inafiançáveis), sendo eles, os crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e nos crimes definidos como hediondos pela Lei nº. 8.072 de 25 de julho de 1990, além de crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Essa proibição é uma consequência do texto constitucional, que veda a fiança para estes delitos. Este assunto será melhor debatido adiante.

Também não poderá haver concessão de fiança para aqueles que já a quebraram naquele processo ou descumpriram as obrigações constantes nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal, para os casos de prisão civil ou militar e quando estiverem presentes os motivos que autorizam a decretação de prisão preventiva. No primeiro caso, obviamente não se pode confiar em alguém que já quebrou a fiança, ou seja, o indivíduo já demonstrou que não pretende cumprir os requisitos desta. Quanto à prisão civil, no atual ordenamento ela só poderá ser aplicada para exigir o pagamento de alimentos, portanto seria incongruente conceder a fiança, mas os alimentos permanecerem em débito. Já a prisão militar merece tratamento especial previsto no Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar. Por fim, quanto ao inciso IV, o que ele quer dizer é que, se estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva e ela for realmente necessária, ou seja, a única medida capaz de resguardar o que se pretende, a fiança não poderá ser imposta (LOPES JÚNIOR, 2013).

Para efeitos de cálculos do seu valor, deverá ser levado em conta, a natureza da infração, a condição financeira do acusado, bem como sua vida pregressa, além de circunstâncias que indiquem periculosidade, bem como a provável importância das custas processuais (art. 326 do CPP). A lei traz ainda, em seu art. 325, os limites para a valoração da fiança. O valor será de 1 a 100 salários mínimos nos crimes em que a pena máxima não ultrapasse os 4 anos e, nesse caso entendemos que, por via de regra, só poderá haver a decretação da fiança autônoma, só podendo ser imposta a fiança substitutiva caso presente um dos requisitos do art. 313, incisos II e III. Se a pena máxima superar os 4 anos, a fiança deverá ser de 10 a 200 salários mínimos.

Em caso de baixa condição econômica do agente a fiança poderá ser reduzida até dois terços (art. 325, § 1º, II, do CPP) ou dispensada (art. 325, § 1º, I, do CPP), desde que respeitados os arts. 326 e 327, podendo haver a decretação de outras medidas cautelares diversas da prisão (art. 350, CPP). Seria inconstitucional exigir a fiança de quem é impossibilitado de pagar como condição para concessão de liberdade provisória, pois a condição de pobreza seria um fator determinante para a decretação da prisão preventiva (SANGUINÉ, 2014).

Entretanto, em caso de elevada situação econômica o valor poderá ser aumentado em até 1.000 vezes (art. 325, § 1º, III, CPP). Portanto, levando-se em conta o atual valor do salário mínimo de R\$ 880,00 o maior valor que a fiança poderá chegar no Brasil é de R\$ 176 milhões.

Em alguns casos, poderá o magistrado exigir que se faça um reforço da fiança, casos estes que configuram a redução de seu valor econômico ou por insuficiência do valor já pago, sem que o imputado tenha dado causa. As situações estão previstas no art. 340 do CPP, quais sejam, sempre que o magistrado tenha imposto, por engano, valor insuficiente, quando houver depreciação ou perecimento dos bens utilizados para o pagamento, ou quando houver inovação na classificação do delito. O parágrafo único relata que o imputado será mantido em cárcere até que a fiança seja reforçada. Notadamente deve ser feito um juízo de necessidade e de estarem presentes os requisitos da preventiva, pois nem em caso de quebra da fiança é exigido que o imputado seja recolhido à prisão.

Concedida a fiança, o imputado deverá comparecer toda vez que for intimado para os autos do inquérito, instrução criminal e julgamento (art. 327 do CPP), e não poderá mudar de residência sem prévia autorização da "autoridade processante" ou ausentar-se por mais de oito dias sem aviso prévio (art. 328 do CPP). Em caso de descumprimento poderá haver a quebra da fiança.

Ocorrendo o quebramento da fiança ocorrerá de imediato a perda de metade de seu valor, além de que o magistrado deverá decidir se decreta a prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa (art. 343 do CPP). Nesse ponto, vale lembrar que a fiança não é um valor destinado ao poder público, na verdade os valores pagos continuaram pertencendo ao imputado, servindo para pagar as despesas por ele devidas em caso de condenação, sendo o restante devolvido após o trânsito em julgado da decisão condenatória e, como dito, caso esta seja quebrada o imputado perderá metade de seu valor, mesmo que seja posteriormente absolvido.

As hipóteses de quebramento de fiança, além das citadas acima, estão previstas no art. 341 do CPP, sendo elas, quando o acusado deixar de comparecer sem motivo justo ao ato do processo quando previamente intimado, praticar ato que obstrua o andamento do processo, descumprir medida cautelar imposta junto com a fiança (caso em que a fiança serve como garantia para o cumprimento de outras medidas cautelares, como já visto anteriormente), resistir injustificadamente a ordem judicial, ou praticar nova infração penal dolosa.

Após o trânsito em julgado do processo, havendo condenação, ocorrerá a perda da fiança pelo imputado. O valor, como já dito anteriormente, se destinará ao pagamento das custas processuais, de multas e eventuais indenizações às vítimas do delito praticado. Diante disso, verifica-se que a perda é parcial, já que, quitados esses valores o saldo será devolvido ao agente (art. 347 do CPP). Mas, caso o valor dessas despesas ultrapasse o valor da fiança, não haverá saldo a ser devolvido, sendo cobrado judicialmente a diferença. Todavia, caso o imputado não aparecer para começar a cumprir a pena, o valor será totalmente perdido (art. 344 do CPP), já que a fiança serve como garantia para a aplicação da lei penal (Silva Júnior, 2012). Havendo a perda total da fiança, após descontos das despesas supracitadas, o saldo será recolhido ao fundo penitenciário (art. 345 do CPP), o mesmo vale para o caso de quebramento (art. 346 do CPP).

5.3 LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM A CONCESSÃO DE FIANÇA

Primeiramente devemos aqui frisar mais uma vez que, caso o indivíduo seja detido em flagrante, e não estiverem presentes os requisitos para decretação de prisão cautelar, à ele deverá ser concedida a liberdade provisória. Se presentes os requisitos da preventiva, mas mesmo assim o magistrado entender serem suficientes as medidas cautelares diversas, este deverá conceder a liberdade provisória impondo alguma(s) dessas medidas. É assim que funciona a liberdade provisória atualmente no Brasil.

Portanto, em uma análise disso podemos concluir que a regra é que o indivíduo aguarde seu julgamento em liberdade, sendo ou não detido em flagrante, e não importando se o crime admite prestação de fiança. Em razão disso não existem mais hipóteses nas quais se admita a aplicação da prisão cautelar como regra, independente da modalidade de crime praticado. Além de que, obviamente, não

existe mais a vedação da liberdade provisória para determinados crimes, como previsto na Lei de Drogas e na Lei de Crimes Hediondos.

Antes da reforma do Código de Processo Penal trazida pela Lei nº. 12.403/11 existia um rol de crimes que não admitiam a prestação de fiança, entretanto, mesmo antes dessa reforma não era mais admitida a imposição da prisão cautelar apenas pelo fato do crime ser inafiançável, pois a Lei nº. 6.416 de 24 de maio de 1977 acrescentou um parágrafo único ao então art. 310 do CPP, e esse dispositivo impôs ao magistrado que colocasse o indivíduo em liberdade provisória caso não estivessem presentes os requisitos para decretação de prisão preventiva. Portanto, independente da prestação de fiança, não estando presentes os requisitos da preventiva era impossível a manutenção do cárcere.

Diante disso podemos dizer que a inafiançabilidade do crime praticado não pode, por si só, impor a prisão do agente. Esse entendimento é admitido por doutrina amplamente majoritária, em função do princípio da não culpabilidade, bem como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como pode-se extrair do julgado no HC 99278 em 04/05/2010, de sua Segunda Turma, de relatoria do ministro Eros Grau, que relata que "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". Além de que o mesmo julgado ainda veda a imposição de prisão, estando ausentes os requisitos do art. 312 do CPP, sendo a imposição do cárcere uma afronta aos princípios da presunção de inocência (tratado por nós como presunção de não culpabilidade), do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Pelo fato da fiança ter deixado de ser um requisito essencial para obtenção da liberdade provisória, a Lei nº 12.403/11 excluiu boa parte das hipóteses de inafiançabilidade, mantendo apenas os casos trazidos na Constituição de 1988.

Ademais, a lei supracitada ainda colocou a fiança como uma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP e mesmo sendo vedada para alguns crimes, ainda é perfeitamente cabível a liberdade provisória sem fiança.

O problema surge porque a inafiançabilidade tinha como objetivo dar um tratamento mais gravoso a determinados crimes, vedando assim a liberdade provisória, todavia, hoje essa situação traz um benefício aos acusados de cometer esses delitos, pois não estando presentes os requisitos da preventiva, o juiz deverá

conceder a liberdade em ambos os casos, entretanto, só poderá aplicar a fiança para os crimes afiançáveis. E, mesmo que estejam presentes todos os requisitos da prisão, cabe ainda ao magistrado analisar se as medidas cautelares diversas não são suficientes para suprir o risco trazido as investigações, ao processo ou a sociedade, entretanto, nos crimes inafiançáveis não poderá haver a decretação de fiança.

De acordo com Walter Nunes da Silva Júnior (2012), como já dito anteriormente, a fiança poderá ser autônoma ou substitutiva da prisão preventiva. No primeiro caso o magistrado decretaria a fiança quando não estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva, sendo obrigatória a concessão da liberdade provisória. Por outro lado, no segundo caso estariam presentes todos os requisitos para a decretação da preventiva, entretanto, sendo o crime afiançável, o magistrado poderia conceder a liberdade provisória com fiança. Em razão disso, o autor supracitado entende que a fiança substitutiva não poderia ser aplicada aos crimes inafiançáveis, mas quanto à fiança autônoma, não haveria a proibição constitucional, todavia o legislador preferiu proibir a concessão de fiança em qualquer hipótese para os crimes inafiançáveis (art. 323 do CPP).

O que ocorreu em razão dessas alterações legislativas foi que em crimes afiançáveis o magistrado, ao conceder liberdade provisória, poderá impor ao agente nove medidas cautelares diversas da prisão, enquanto nos crimes inafiançáveis esse número seria reduzido à oito, ante a impossibilidade de decretação da fiança. Então, aparentemente, não havendo requisitos para manutenção da prisão preventiva, os crimes afiançáveis receberiam tratamento mais gravoso que os inafiançáveis e o dispositivo que tinha como intenção trazer um malefício, acabou trazendo um benefício à crimes mais graves (CAPEZ, 2011).

Todavia, se estiverem presentes os requisitos da preventiva (art. 312 e 313 do CPP), mas o magistrado entender serem suficientes a imposição de medidas cautelares diversas, no caso de crimes inafiançáveis seria uma medida a menos que poderia evitar a prisão e tal medida na verdade seria essencial, pois diante da gravosidade do crime, tornam-se necessárias a existência de mais medidas para que não seja necessária a decretação da prisão, pois devemos lembrar que essa medida deve ser evitada ao máximo, já que não pode haver juízo de certeza de que o agente realmente praticou aquele delito, podendo existir a submissão de alguém às condições do cárcere brasileiro sendo ele inocente.

O ocorrido nada mais é que uma das questões que surgiram em função das inúmeras alterações do Código de Processo Penal, posto que o postulado data de 1941, passando pelas constituições de 1946, 1967, 1969 e a atual Constituição de 1988. Entretanto, tais mudanças não foram suficientes para suprir algumas incongruências do código, razão pela qual há ainda muito o que avançar, almejando-se uma reforma global (CARVALHO, 2015). Essa questão está dentre essas incongruências.

Daí surge a necessidade da possibilidade de concessão da fiança para todos os crimes, pois seria mais uma outra forma de salvaguardar os bens jurídicos trazidos no art. 282, I e art. 312 do CPP, caso ausentes os requisitos do art. 313 (hipótese em que não pode haver decretação de preventiva) e, ao mesmo tempo uma forma a mais de evitar a prisão de alguém que ainda não foi nem julgado, caso presentes os requisitos do art. 313.

A manutenção do cárcere simplesmente por o crime não admitir prestação de fiança é uma afronta à natureza cautelar da prisão processual, pois a intenção seria uma punição prévia do agente ante a gravosidade do delito praticado. Em função dessa problemática, traremos adiante algumas soluções para o caso, além de suas repercussões no ordenamento jurídico.

5.4 SOLUÇÃO PERTINENTE

Primeiramente, vale aqui citar mais uma vez a solução trazida por Silva Júnior em sua obra (2012). O referido autor entende que a Constituição de 1988 veda a aplicação da fiança apenas quando esta tem a finalidade de substituir a prisão preventiva, já que a fiança autônoma só foi trazida em 2011, dezessete anos após a atual Carta Magna. Entretanto o legislador preferiu manter a proibição total.

Nesse caso, a lei poderia prever a distinção entre fiança autônoma e substitutiva (distinção feita pela doutrina) e permitir a imposição da fiança autônoma para todo e qualquer crime, respeitados os requisitos para decretação de medida cautelar diversa da prisão.

Entretanto, ainda existiria a problemática de que, mesmo presentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz teria uma possibilidade a menos, nos crimes inafiançáveis de proteger a ordem pública e econômica, a instrução criminal e a

aplicação da lei penal sem impor a prisão ao indivíduo. Caso este, onde a medida seria ainda mais necessária ante a gravidade da conduta praticada.

Vale salientar que a possibilidade de concessão de fiança substitutiva não impede a decretação da prisão, pois se o magistrado entender que as medidas diversas não são suficientes, mesmo estando a fiança entre elas, ainda poderá impor a prisão preventiva. O que se quer aqui é assegurar os bens jurídicos do art. 312 sem a necessidade de prisão. Ora, para que decretar prisão cautelar se as medidas diversas são suficientes para tal proteção? A população em geral entenderia isso como forma de impunidade, entretanto não nos cabe falar em punição nessa fase. Isso só demonstra a natureza de punição prévia que a prisão preventiva possuía quando era a regra para crimes inafiançáveis. Antes da condenação transitada em julgado, quanto mais se puder evitar a prisão melhor será.

5.4.1 Possibilidade de emenda constitucional para acabar com o instituto da inafiançabilidade de crimes

Uma forma de resolver a questão apresentada acima seria uma emenda constitucional para acabar com a inafiançabilidade. Nesse caso todos os crimes com pena privativa de liberdade iriam admitir a prestação da fiança autônoma e da substitutiva, logicamente desde que presentes seus requisitos legais.

A emenda visaria a alteração dos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da Constituição a fim de acabar com a inafiançabilidade para os crimes de racismo, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, os definidos como hediondos e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Vale salientar que os incisos supracitados não seriam revogados, mas apenas sofreriam uma alteração no que diz respeito à inafiançabilidade.

Além disso, seria necessária também uma mudança no art. 53, § 2º, da Constituição, já que o dispositivo prevê a possibilidade de prisão em flagrante de membro do Congresso Nacional pela prática de crime inafiançável. Nesse caso basta que se coloque quais crimes admitiram a medida administrativa citada. O ideal seria que se repetissem os crimes que atualmente são considerados inafiançáveis.

Com a referida emenda constitucional, alguns dispositivos legais teriam que ser reformados, como sendo o caso art. 40, III, da LOMN; art. 33, II, da LOMP e do

art. 7º, § 3º da Lei nº. 8.906/94. Todos tratam de imunidades, sendo respectivamente para membro da Magistratura, membros do Ministério Público e advogados. Nesse caso também é prevista a prisão em flagrante por crime inafiançável, podendo haver a mesma alteração do art. 53, § 2º, da Constituição.

E, por fim, ocorreria a alteração do próprio Código de Processo Penal, devendo haver a revogação dos arts. 323 e 339. O art. 324 deverá ser mantido, pois ele não trata da inafiançabilidade para determinados crimes, mas sim para casos em que já houve quebraimento de fiança, prisões civis ou militares e caso seja decretada prisão preventiva, conforme já detalhado anteriormente.

O problema que esta solução poderia trazer seria a impossibilidade de emenda constitucional para alterar cláusulas pétreas da Carta Magna com o fim de suprimir direitos já conquistados pela população. Entretanto, entendemos que a reforma não iria de encontro com o art. 60, § 4º, da Constituição.

As cláusulas pétreas são normas constitucionais que têm caráter de imutabilidade, com o fim de se evitar a chamada erosão constitucional, ou seja, evitar que se altere sua matriz, que ela perca o sentido de quando foi criada. Nas palavras de Gilmar Mendes e Paulo Branco "pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro" (2014, p. 192). Ainda seguindo o entendimento dos autores supracitados o que se busca não é a imutabilidade do texto constitucional, mas sim evitar que se perca a essência e princípios que permeiam o dispositivo.

Essa imutabilidade está prevista no art. 60, § 4º da Constituição e traz em seu rol quais seria as cláusulas pétreas, sendo elas a forma federativa de Estado; o voto secreto, direto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais. No caso em questão as normas que prevêm inafiançabilidade tratam-se de direitos e garantias individuais, que engloba todo o artigo 5º, além de outros dispositivos constitucionais. De acordo com a redação do art. 60, § 4º, da Constituição, o que se proíbe é a abolição dos direitos citados acima, então, no caso de direitos e garantias individuais a vedação se limita a proibir mudanças que minimizem a sua proteção (MENDES; BRANCO, 2014).

Na questão discutida nesse trabalho a inafiançabilidade foi criada para dar tratamento mais rigoroso à alguns crimes. Então a sua exclusão não seria uma minimização de garantia. Muito pelo contrário, seria o surgimento de uma nova forma de se evitar a prisão cautelar do agente, ou seja, estar-se-ia criando uma nova

garantia individual para os que praticaram os crimes previstos no art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da Constituição, qual seja a possibilidade de prestar fiança.

Assim estaria resolvido o problema da fiança substitutiva e, como o dispositivo nunca visou vedar a fiança autônoma, conforme já explicado, não haveria impedimento para que se possibilite a imposição da fiança nessa modalidade, pois entendemos que, mesmo que exista a proibição da concessão de fiança na Constituição, a imposição da fiança autônoma não iria de encontro com o que a Carta Magna realmente defende ao prever a inafiançabilidade.

5.4.2 Criação de uma nova medida cautelar diversa da prisão

Diante da vedação constitucional para que se preste a fiança no caso de cometimento de determinados crimes, poderia haver a criação de uma nova medida cautelar diversa da prisão similar à fiança, sendo ela exclusiva para os crimes inafiançáveis e, como tais crime são entendidos por mais graves, esta medida deveria ser mais rígida.

Não seria nada mais que uma nova caução prestada pelo agente, podendo ser paga da mesma forma que a fiança, entretanto poder-se-ia prever valores limites maiores, mas sempre lembrando que a impossibilidade de realizar a prestação por incapacidade financeira não pode, por si só, manter o indivíduo encarcerado, devendo portanto estar presente, assim como ocorre na fiança, a possibilidade de dispensa.

6 CONCLUSÃO

O Código de Processo Penal foi criado em 1941, época que ainda era vigente a Constituição de 1937, tendo esta um caráter extremamente rigoroso no que se refere à restrição da liberdade. Por ter passado por outras quatro constituições é óbvio que ele sofreu várias alterações. E o objetivo desse trabalho foi verificar a consequência dessas alterações no que se refere às prisões cautelares, a liberdade provisória e, de forma mais específica a fiança.

As principais reformas, que foram aqui trazidas, tiveram o fim de acabar com a regra de que o indivíduo deveria aguardar seu julgamento recolhido ao cárcere. Primeiramente veio a Lei nº. 5.491/73, que trouxe o dispositivo de que, após sentença em primeira instância ou decisão de pronúncia o réu só seria preso caso fosse reincidente ou possuísse maus antecedentes, além de que não era necessário que o réu fosse mantido em cárcere no caso de haver recurso de sentença absolutória. Antes dessa lei só era possível a liberdade do agente - em casos de sentença condenatória, decisão de pronúncia, bem como sentença absolutória recorrida - mediante pagamento de fiança, se o crime fosse afiançável, ou se tivesse o direito de livrar-se solto.

Em seguida tivemos a Lei nº. 6.416/77, que trouxe o direito a liberdade provisória caso o indivíduo fosse capturado em situação de flagrante e não estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva, acabando assim, conforme já explicado com a prisão em flagrante como medida cautelar, passando a entendê-la como detenção, sendo um ato administrativo de captura (SILVA JÚNIOR, 2012).

Em 2008, com as Leis nº. 11.689/08 e nº. 11.719/08 ocorreu a alteração dos procedimentos comum e do júri, respectivamente, acabando com a ideia de decretação de prisão cautelar automática pelo fato de haver sentença recorrível ou decisão de pronúncia, devendo o magistrado fundamentar sobre a necessidade de decretação da prisão.

E por fim veio a Lei nº. 12.403/11, que acrescentou as medidas cautelares diversas como uma alternativa à prisão, devendo ser aplicadas sempre que possíveis para sanar o *periculum libertatis* sem recolher o indiciado/acusado ao cárcere.

Foi diante de tais reformas que a fiança começou a, de certa forma, perder a importância, já que anteriormente era o único meio pelo qual se conseguia a

liberdade provisória caso o agente fosse detido em flagrante, nos casos de sentença condenatória, decisão de pronúncia e até em caso de sentença absolutória recorrida. E com tais mudanças, deixou de existir as prisões decorrentes de pronúncia ou decisão condenatória, além de que não é mais admitida a manutenção do cárcere apenas pelo fato do indivíduo ter sido capturado em flagrante. Atualmente, para que o indivíduo permaneça preso durante a persecução penal é necessária a decretação de prisão temporária (apenas durante o inquérito policial e por prazo determinado) ou a prisão preventiva, caso estejam presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Com isso, o instituto dos crimes inafiançáveis, que tinham como objetivo manter o réu, que cometeu crimes entendidos como mais graves, encarcerado durante a persecução penal. Todavia, a atual legislação, bem como doutrina e jurisprudência, não admite imposição de prisão cautelar apenas pelo fato do crime ser inafiançável. Além disso, a inafiançabilidade não foi totalmente revogada pelo legislador por estar presente na Constituição.

Diante disso verificamos um problema, pois o magistrado não teria a opção de impor a fiança ao agente que cometeu crime inafiançável, mas se ausentes os requisitos da preventiva, seria obrigado a conceder liberdade provisória sem fiança, enquanto nos crimes afiançáveis, tidos como menos graves, a fiança seria cabível. Em outro diapasão, caso estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva o juiz só poderia impor oito das nove medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP com o fim de evitar a decretação da prisão, sendo que nesses casos aí sim que seriam necessárias mais medidas para sanar o *periculum libertatis* e evitar a prisão preventiva.

Com isso, entendemos que não há vedação constitucional de imposição da fiança caso não estejam presentes os requisitos para decretação de prisão preventiva do art. 313 do CPP, pois se trata de uma nova modalidade de fiança, qual seja a fiança autônoma, trazida pela Lei nº 12.403/11. Quanto à fiança nos casos em que estejam presentes os requisitos da preventiva, concluímos que para que ela possa ser aplicada aos crimes inafiançáveis é necessária a criação de emenda constitucional para extinguir a inafiançabilidade de crimes, assim o juiz poderá conceder liberdade provisória aplicando também a fiança como medida cautelar, tornando-se mais fácil suprir o *periculum libertatis* sem impor prisão preventiva ao indiciado/acusado.

Por fim, também apontamos como solução a criação de uma nova medida cautelar diversa da prisão, que só poderia ser aplicada aos crimes inafiançáveis e teriam regras similares a fiança, entretanto deveria ser mais forte, ante a gravidade dos crimes praticados.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. **Processo Penal**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal: Prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança**. São Paulo. Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Resolução n. 213 de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_12012016161831.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no HC: 322737 RJ 2015/0102062-2, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 26 Maio 2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: **DJe02 Jun. 2015**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194976306/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-322737-rj-2015-0102062-2>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - RHC: 52314 SP 2014/0257301-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 23 Out. 2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: **DJe04 Nov. 2014**. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153482469/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-52314-sp-2014-0257301-0>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº111073 TO, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19 Fev. 2013, Segunda Turma, Data de Publicação: **DJe-101**. DIVULG: 28 Fev. 2013. PUBLIC: 29 Maio 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508260/habeas-corpus-hc-111073-to-stf>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05 Fev. 2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: **DJe-035**. DIVULG: 25 Fev. 2010. PUBLIC: 26 Fev. 2010. EMENT VOL-02391-05. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº99278 RS, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 04 Maio 2010, Segunda Turma, Data de Publicação: **DJe-091** DIVULG: 20 Maio 2010. PUBLIC: 21 Maio 2010. EMENT VOL-02402-04. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9226214/habeas-corpus-hc-99278-rs>>. Acesso em: 29 Mar. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **A Lei 12.403/2011 e as polêmicas prisões provisórias**. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-29/consideracoes-sobra-lei-124032011-prisao-provisoria-polemicas>>. Acesso em: 09 maio 2015.

CARVALHO, Tallita de. Resenha crítica do livro “reforma tópica do processo penal”: considerações a respeito da influência da constituição federal de 1988. **Revista Transgressões**, Natal, v. 3, n. 1, p. 1-15, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6909/5346>>. Acesso em: 23 out. 2015.

LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

POLASTRI, Marcellus. **PA tutela cautelar no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

ROLIM FILHO, Franklin Mendes. **Prisões e medidas cautelares**: espécies de prisão cautelar e os novos parâmetros trazidos pela lei n. 12.403/2011. Graduação (Monografia). Natal: UnP, 2012.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, José Carlos Daumas. **Prisões Cautelares e Liberdade Provisória no Processo Penal Brasileiro**. 2009. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9011>. Acesso em: 23 out. 2015.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal**. 2 ed. Natal: Owl, 2015.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **A prisão em flagrante na constituição**. 2005. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7316/000498160.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 out. 2015.

ZAVASCKY, Teori. **Voto no HC 126292/SP do STF**. Data de Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2016.