

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO
VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

ELISANDRA LUSSE

**LIBERDADE PROVISÓRIA E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO
CAUTELAR**

**JUÍNA/MT
2012**

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO
VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

ELISANDRA LUSSE

**LIBERDADE PROVISÓRIA E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO
CAUTELAR**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Marcos Cezar Kaimen

**JUÍNA/MT
2012**

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO
VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

Monografia apresentada em 20/06/2012 e aprovada pela Banca Examinadora,
constituída pelos professores:

Alcione Adame

Orientadora – Presidente da Banca

Luis Fernando Morais de Melo

Componente da Banca

Christiane Splicido

Componente da Banca

Dedico este trabalho, a uma pessoa muito especial na minha vida que já se foi, meu tio Valdir José Huttra (in memoriam), que servia de exemplo há muitas pessoas, devido o seu caráter, humildade e simpatia e a Tia Laura que sempre me deu força, apoio e incentivo durante essa caminhada.

Amo vocês!!!!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me concedido a oportunidade de fazer este curso e que esteve comigo a cada momento difícil no decorrer dessa longa jornada, me iluminando para que desse tudo certo.

Agradeço ainda, a minha família que sempre me apoiou e me aconselhou nas horas em que precisei e também todos aqueles profissionais que tiveram paciência e sabedoria para passar o seu conhecimento da melhor forma possível, no período em que foram meus professores.

Agradeço, sobretudo, a pessoinha que mais amo nessa vida meu filho Thallyson, que ao longo desses cinco anos compreendeu minha ausência e me deu mais forças ainda para chegar até aqui.

Enfim, agradeço a todos que me apoiaram.

RESUMO

Nos últimos anos o índice de criminalidade aumentou significativamente no Brasil e devido a isso cresceu o número de pessoas encarceradas, ocasionando a superlotação do sistema carcerário. Diante desse aumento, o Estado obrigou-se a adotar urgentes providências e dentre essas, editou a Lei n. 12. 403 de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, no tocante a prisão processual, a liberdade e, ainda, inseriu medidas cautelares diversas da prisão, com objetivo de diminuir as prisões cautelares e dar outras opções ao juiz, para assegurar a aplicação da lei penal. Portanto, o presente estudo fará uma breve análise, dessas modificações no que se refere a liberdade e as providências cautelares diversas do cárcere, desde seu cabimento, aplicação e efetividade.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão; Liberdade Provisória; Medidas Cautelares.

ABSTRACT

In recent years the crime rate has increased significantly in Brazil and due to this increased the number of prisoners, leading to overcrowding of the prison system. Given this increase, the State had to adopt urgent measures and among these, he edited the Law no. 12. 403 of May 4, 2011, which amended provisions of the Code of Criminal Procedure, regarding the arrest procedure, freedom, and also entered the prison several precautionary measures, aiming to reduce precautionary prisons and give other options to the judge, to ensure the application of criminal law. Therefore, this study will make a brief analysis of these changes as regards the freedom and the interim several of the prison from its place, implementation and effectiveness.

KEYWORDS: Detention; Freedom Provisional; Provisional Measures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - PRISÃO CAUTELAR	10
1.1 Flagrante	12
1.2 Preventiva	18
1.3 Temporária.....	25
CAPÍTULO 2 - LIBERDADE PROCESSUAL: MODALIDADES	29
2.1 Relaxamento da Prisão.....	30
2.2 Revogação da Prisão Preventiva	33
2.3 Liberdade Provisória	36
CAPÍTULO 3 - MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR.....	50
3.1 Prisão domiciliar como medida cautelar.....	53
3.1.1 Agente com idade superior a 80 anos	54
3.1.2 Agente extremamente debilitado por motivo de doença grave	55
3.1.3 Agente responsável por pessoa menor de 6 anos ou com deficiência	56
3.1.4 Agente Gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco	57
3.2 Comparecimento periódico em juízo.....	58
3.3 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.....	60
3.4 Proibição de manter contato com pessoa determinada	61
3.5 Proibição de ausentar-se da Comarca.....	62
3.6 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.....	63
3.7 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica.....	64
3.8 Internação provisória do acusado	65
3.9 Fiança	67
3.10 Monitoração eletrônica.....	69
CONCLUSÕES.....	71
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

Com a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, o Estado viu a necessidade de tomar urgentes providências e, diante disso, instituiu a Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011, que alterou substancialmente o Código de Processo Penal no que atine as prisões cautelares, a liberdade, e ainda, incluiu as medidas cautelares alternativas a prisão processual.

No entanto, o presente estudo tem como objetivo geral a averiguação da viabilidade da aplicação das medidas cautelares substitutivas a constrição processual, bem como se os efeitos pretendidos são atingidos na esfera fática, de modo a garantir a persecução criminal, a ordem pública e eventual aplicação da lei penal, tal como restariam assegurados acaso o indivíduo por ela agraciado estivesse preso.

Nesse passo, mister consignar que o espírito do legislador, ao inserir em nosso sistema processual penal a nova lei de prisões, foi, precipuamente, encontrar uma saída para o judiciário brasileiro evitar o cárcere do indivíduo investigado/denunciado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a fim de enaltecer os princípios constitucionais da presunção de inocência e da liberdade individual, bem assim para esvaziar, por assim dizer, as cadeias e presídios que se encontram, como é mais do que sabido, abarrotados em todo o país, ou seja, buscaram uma saída para amenizar os problemas do sistema carcerário.

Com isso, a novel lei veio atender os anseios da sociedade, a preocupação e pressões sofridas pelos magistrados diante da morosidade na prestação jurisdicional que acaba por manter enjaulado um indivíduo que, muitas vezes, no final do trâmite processual, é considerado inocente.

Logo, não é demais dizer que Lei nº. 12.403 de 2011 é considerada uma verdadeira revolução no nosso sistema jurídico, seja porque expurgou da legislação modalidades de prisão processual, tais como a prisão por decisão de pronúncia, seja porque enrijeceu as hipóteses em que serão admita a prisão preventiva, sendo esta, consagrada, de uma vez por todas, como medida de extrema exceção.

O presente trabalho está dividido em três capítulos, sendo, que, o primeiro capítulo, tratará sobre as modalidades de prisão cautelar, a saber: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, adentrando no bojo de cada uma a fim de esclarecer as hipóteses de cabimento e duração, realizando uma breve análise acerca das alterações realizadas no Código de Processo Penal pela Lei n.12.403/2011, a esse despeito.

Veremos que o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, imediatamente, relaxá-la, se ilegal, convertê-la em prisão preventiva, quando presentes os pressupostos, requisitos e condições de admissibilidade e não se demonstrarem razoáveis/suficientes a imposição de medida cautelar diversa da prisão ou, ainda, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

No segundo capítulo, serão estudadas, as modalidades de liberdade processual, quais sejam, relaxamento de prisão, revogação e liberdade provisória com e sem fiança, pois são essas as medidas de contracautela a serem manejadas pelo advogado para o fim de combater a decisão que deflagrou a constrição da liberdade individual.

E, no último capítulo, serão abordadas as medidas cautelares diversas da prisão processual, de maneira individualizada, a fim de propiciar ao leitor o entendimento aprofundado acerca da nova lei de prisões, consagradora da liberdade individual, esmiuçando sobre a oportunidade da sua aplicação, o procedimento a ser observado, a finalidade de cada uma e a sua efetividade concreta.

Por esse estudo se procura responder se as novas medidas cautelares alternativas à prisão processual insertas no artigo 319 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n.12.403/2011 efetivamente produzem os efeitos almejados pelo legislador.

Vislumbra-se, assim, que, as reflexões e análises que serão efetuadas neste trabalho poderão ser uma chance de aprimorar a eficácia e aplicabilidade no ordenamento jurídico, em especial do processo penal, especialmente por se tratar das medidas cautelares alternativas, as quais denotam irrefutável importância, pois estão alicerçadas no conjugado de direitos dos indivíduos.

CAPÍTULO 1 - PRISÃO CAUTELAR

Assim como ocorre em toda e qualquer área do direito, o processo penal também detém a previsão de providências cautelares, que visam garantir a efetividade da prestação (tutela) jurisdicional a ser concedida ao final, pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, que é a substituição da vontade das partes na resolução de lides ou conflitos envolvendo direitos.

O termo prisão, em sentido *lato*

...significa tanto a privação da liberdade de locomoção (liberdade de ir e vir) da pessoa humana, ou seja, o ato de prender (isto é, limitar a liberdade de locomoção) ou manter alguém preso (isto é, limitado em sua liberdade de locomoção), quanto o próprio lugar fechado onde se coloca alguém para evitar que se locomova (cadeia, cela, cárcere, penitenciária etc.)¹.

Logo, a palavra prisão, em sentido amplo, pode ser qualquer forma de privação da liberdade do indivíduo, entendido como o direito de ir, vir, estar ou permanecer, como a restrição, do direito de liberdade já cerceado, ou, ainda, como o próprio lugar em si, impossibilite o indivíduo de ser livre.

De outro vértice, o termo prisão, *stricto sensu*, é o cerceamento da liberdade do cidadão, através de decisão judicial, ou, ainda, por meio de prisão em flagrante.

Nestes termos, reza o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar,

...prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva. No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. (...) Surge assim a possibilidade de prisão sem pena, também conhecida por prisão

¹ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Niterói, 2009, p. 830.

cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade...²

Portanto, há duas espécies de prisão processual, a prisão pena ou prisão definitiva, que se dá após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e a prisão cautelar, também denominada provisória, cautelar e sem pena, que é quando o Judiciário ainda não fixou a reprimenda a ser cumprida pelo cidadão.

Norberto Avena, conceitua a prisão provisória como sendo

...aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não tendo por objeto a punição do indivíduo, mas sim impedir que venha ele a praticar novos delitos (relacionados ou não com aquele pelo qual está segregado) ou que sua conduta interfira na apuração dos fatos e na própria aplicação da sanção correspondente ao crime praticado.³

A prisão processual, a qual será debatida ainda neste capítulo, se subdivide em: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

Tangente a natureza jurídica das prisões processuais, estas possuem natureza cautelar, ou, ainda, instrumental, portanto se prestam para assegurar a eficácia do processo ou investigação policial, garantindo eventual aplicação da lei penal, a segurança pública, etc⁴.

Essa natureza, segundo Feitoza, decorre, principalmente, do princípio constitucional da presunção de inocência, também podendo ser corroborado pelos princípios da necessidade e da liberdade, no sentido de que alguém somente pode ser preso ou nesta condição mantido acaso não seja admissível a liberdade provisória, com ou sem fiança⁵.

A título de conhecimento, vale ainda ressaltar que além das prisões penais, existem ainda as denominadas extrapenais, sendo estas impostas extrajudicialmente, ou seja, por autoridade que não a judiciária e sem finalidade penal, que pode ser tanto administrativa, imposta por ordem administrativa, como a prisão civil, no caso do devedor de alimentos e disciplinar, determinada no âmbito militar.

² ALENCAR & TÁVORA. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ª.ed. JusPodivm, 2011, p. 515.

³ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 5ª.ed. São Paulo: Método, 2010, p. 299.

⁴ ALENCAR & TÁVORA, *op cit*, 2011, p. 530

⁵ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Niterói, 2009, p. 830.

Nessa senda e voltando ao tema objeto deste trabalho de conclusão de curso, há que se ressaltar que antes da chamada “reforma” do Código de Processo Penal, havia outras modalidades de prisão, a saber: a prisão decorrente de decisão de pronúncia, prevista no artigo 408 do Código de Processo Penal e a imposta por sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado, disciplinada pelo vetusto artigo 393, inciso I e artigo 594 do mesmo Diploma Legal.

Luiz Flávio Gomes ainda discorre que também existia a prisão decorrente de acórdão dos Tribunais Superiores ainda recorríveis, em decorrência da ausência do efeito suspensivo nos Recursos Especial e Extraordinário⁶.

Gomes prossegue explicando que a mudança na sistemática das prisões somente se deu “após o advento das Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 e da atualização do direito levada a cabo pela jurisprudência do STF passamos a contar com três situações de prisão cautelar: (a) temporária; (b) preventiva e (c) flagrante”⁷.

Assim, diante das modificações ocorridas na sistemática processual penal, não pode-se limitar em dizer simplesmente que diante da reforma do Código de Processo Penal há apenas três modalidades de prisão, visto que, muito embora não deixe de ser a mais pura verdade, não fora meramente isto que ocorrera com o advento das leis supra e, notadamente, da Lei nº. 12.403/2011, a qual modificou o cabimento de cada uma destas prisões, o que será discutido a seguir.

1.1 Flagrante

A origem da palavra flagrante vem do latim *flagrare*, o qual significa queimar. Logo, quando se pronuncia a palavra flagrante, deve se vir em mente que o delito está sendo cometido ou acabou de sê-lo, encontrando-se, ainda, queimando.

⁶ BIANCHINI, Alice. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

⁷ BIANCHINI, *op cit*, 2011, p.25.

Nesse sentido, Fernando Capez leciona que a chamada prisão em flagrante se trata de:

...medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independentemente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.⁸

Portanto, se o indivíduo é surpreendido, acabando de cometer um ilícito penal ou, ainda, praticando-o, seja crime ou contravenção penal, pode ser preso em flagrante delito sem que haja a necessidade de decisão judicial para tanto, não obstante, como se verá mais adiante, haja a necessidade de comunicação do ato construtivo à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Nessa seara, necessário se faz trazer de maneira completa, as hipóteses do artigo 302 do Código de Processo Penal, ou seja, as situações permissivas da prisão em flagrante delito⁹.

Dissecando o artigo supracitado, convém esclarecer que o inciso I, o qual versa sobre a situação do agente que está cometendo o ato ilícito, supõe o ato de a pessoa ser apanhada no exato momento da prática dos atos executórios do delito, ou seja, está, no exato instante em que é surpreendida, cometendo o delito. É aquele momento em que o indivíduo se encontra, popularmente falando, “com a boca na botija”, situação chamada pela doutrina como flagrante próprio.

Quanto ao inciso II do artigo 302 do Código de Processo Penal, fala-se que é no momento exatamente posterior ao do cometimento do crime, ou seja, é o instante subsequente ao do mencionado nas linhas anteriores, é quando o agente acaba de perpetrar o injusto, mas ainda não se desligou da cena do crime. Tal ato também é considerado pela doutrina como flagrante próprio, também chamado de real, verdadeiro ou propriamente dito.

O disposto no artigo 302, inciso III, do Código de Processo Penal, é considerado como flagrante impróprio, irreal ou quase flagrante, ao contrário do

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307.

⁹ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

disposto no inciso anterior, não exige, para a sua configuração, que o lapso entre a prática do crime e a interceptação do agente admita um certo intervalo de tempo, para que a perseguição tenha início.

Nesse sentido, Capez discorre que:

...admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição (...) compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar no local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor.¹⁰

Já a situação descrita no artigo 302, inciso IV, do Código de Processo Penal, se trata da figura do flagrante presumido, ficto ou assimilado, no qual o indivíduo é preso logo depois da prática do crime, com armas, instrumentos, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do fato criminoso. Nesta figura não há a necessidade que haja perseguição, mas tão somente que o autor seja flagrado com um dos itens acima em seu poder, de modo que faça crer ser ele o praticante do delito.

Távora e Rosmar, esclarece que para a configuração do flagrante, no caso do inciso IV,

Basta que a pessoa, em situação suspeita, seja encontrada logo depois da prática do ilícito, sendo que, o móvel que a vincula ao fato é a posse de objetos que façam crer ser a autora do crime. O lapso temporal consegue ainda ter maior elasticidade, pois a prisão decorre do encontro do agente com os objetos que façam a conexão com a prática do crime.¹¹

Esgotadas as hipóteses de flagrante delito insertas no artigo 302 do CPP, ainda se faz necessário tecer apontamentos das demais modalidades de flagrante, quais sejam.

O artigo 301 da lei em estudo dispõe: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”

Vislumbra-se as figuras do flagrante compulsório e facultativo. O primeiro é em relação aos agentes de segurança, a saber, polícia militar, civil, federal, rodoviária etc., os quais são obrigados, por determinação legal, dar a chamada

¹⁰ CAPEZ, 2010, p. 308.

¹¹ ALENCAR & TÁVORA. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ª.ed. JusPodivm, 2011, p. 532.

voz de prisão, quando constatem a ocorrência de uma das modalidades de flagrante disciplinadas no artigo 302 do CPP. Logo, não se trata de mera faculdade, mas sim de dever legal, cuja a inobservância acarreta punição.

Já a hipótese do flagrante facultativo é a situação em que, qualquer pessoa do povo, poderá, querendo, prender alguém que se encontre em situação flagrancial. Note-se que o cidadão tanto poderá acionar a polícia, para que os agentes de segurança efetuem a prisão, como ela própria poderá fazê-lo.

Ainda nessa linha, a doutrina e jurisprudência apontam a figura do flagrante esperado, flagrante provocado ou preparado, flagrante forjado e flagrante prorrogado.

Na lição doutrinária de Norberto Avena, no flagrante esperado “alguém, tomando conhecimento de que um crime será praticado, desloca-se até o respectivo local, onde fica à espreita, aguardando o início dos atos de execução ou, conforme o caso, a própria consumação, para, ato contínuo, efetivar a prisão¹²”.

Assim, no flagrante esperado, fica à espreita, somente esperando o normal desenrolar da ação criminosa, para que, então, efetue a prisão do envolvido em flagrante delito. Tal modalidade de flagrante é considerada válida, visto que a pessoa não provoca a deflagração do ato criminoso, porquanto apenas toma conhecimento deste ato e espera a sua perpetração.

O mesmo não ocorre em se tratando do flagrante preparado, também denominado provocado, pois, nesta hipótese, há um agente provocador, ou seja, alguém intervém, dolosamente, na ação para que esta se desenvolva.

Tourinho Filho aponta que toda vez em que “são tomadas providências para que a pessoa que vai praticar a infração não perceba que está sendo vigiada¹³” estamos diante do flagrante preparado.

Ocorre que o próprio Supremo Tribunal Federal sumulou a despeito da situação supra, ao impor que: “Não há crime, quando a preparação do flagrante

¹² AVENA. *op cit.* 2010, p. 634.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11ª.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 634.

pela polícia torna impossível a sua consumação”¹⁴. Isso porque o delito não foi cogitado, ou, ainda, preparado, pelo agente executor, mas por outra pessoa, que interferiu na conduta, instigando ou induzindo para a prática do delito, ocasião em que, ilegalmente, é preso em flagrante.

Por sua vez, o flagrante protelado, também denominado postergado, diferido, etc. é aquele previsto na Lei do Crime Organizado no qual é autorizado ao agente policial, quando constatada a situação flagrancial, prorrogar a prisão a fim de obter maiores informações que sejam “mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”¹⁵.

Nesse sentido, prevê o artigo 2º da lei em referência,

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...)

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

No que atine ao flagrante forjado, este, como o próprio nome induz, consiste em uma armação teatral, se forja, se trama a existência de um flagrante que, na verdade, nunca aconteceu, onde o crime não foi perpetrado, mas tão somente simulado para imputar a autoria delitiva ao “flagranteado”, razão pela qual, por razões óbvias, é ilegal e inadmissível e, em caso de ocorrência, é relaxada a prisão do injustiçado.

A despeito do tema, discorre Feitoza:

Flagrante forjado, diversamente, é aquele em que a polícia ou particulares inventam um flagrante, forjando provas contra o suposto autor da infração penal fictícia. Por exemplo, um policial coloca cocaína no bolso de uma pessoa e a prende “em flagrante”, por crime de entorpecente. A pessoa presa, na verdade, não praticou crime algum. Os que forjaram o flagrante, contudo, estarão praticando crime, que pode ser, dependendo do caso concreto, denúncia caluniosa, abuso de autoridade, concussão etc.¹⁶

¹⁴ Súmula 147.

¹⁵ Art. 2º, II, Lei n. 9.034/1995

¹⁶ FEITOZA. *op cit.* 2009, p. 850.

Há ainda quem aponte a existência do chamado flagrante por apresentação, que nada mais é do que quando o suspeito se apresenta na delegacia, espontaneamente, confessando a prática de um delito e, naquele ato, a Autoridade Policial lhe dá voz de prisão.

Impõe, ainda, esclarecer, que antes do advento da novel Lei nº. 12.403/2011, a prisão flagrancial, após convalidada pelo magistrado, se tornava, automaticamente, medida de natureza cautelar, e poderia subsistir no processo até que transitasse em julgado sentença penal condenatória, quando se tornaria prisão pena.

Ocorre que após a lei supra, essa situação não mais existe, porquanto, hoje, a prisão em flagrante não subsistirá depois da apreciação judicial do auto correlato.

Isso porque o artigo 310 do Código de Processo Penal, determina que:

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

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

Desse modo, submetido à apreciação do magistrado o auto de prisão em flagrante do indiciado, restará ao mesmo três opções: relaxar a prisão do autuado, quando esta for contrária a lei; convertê-la em prisão preventiva, quando presentes os requisitos, pressupostos e condição de admissibilidade e, não se revelarem razoáveis a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, bem como somente se houver, no processo, requerimento do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial, restando, ao final, a opção de conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, podendo, ainda, ser desvinculada.

1.2 Preventiva

A respeito da prisão preventiva, Távora & Alencar, a conceituam como “a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual¹⁷”.

Isso porque é cabível anteriormente a instauração de investigação policial e até mesmo após a prolação de sentença condenatória, desde que anterior ao seu trânsito em julgado, se presentes os seus requisitos e pressupostos.

Frise-se, ainda, que a prisão preventiva é medida extrema, somente podendo o magistrado dela se valer em *ultima ratio*, porque deve ser interpretada restritivamente, para não se encarcerar um cidadão que, de outro modo, poderia permanecer em liberdade.

A prisão preventiva, não possui tempo certo de duração, ou seja, não tem, por assim dizer “validade”, de modo que pode ser revogada a qualquer tempo, desde que os motivos que ensejaram a sua imposição não se façam mais presentes, bem como novamente ser decretada, diante do reaparecimento das suas condições ou advento de outras, lembrando que após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em caso de não ser revogada, acaba por se transformar em prisão penal, perdendo, pois, a sua natureza cautelar.

A constrição preventiva, possui requisitos, pressupostos e condições de admissibilidade.

Destarte, como as medidas cautelares em geral, devem estar presentes, para a sua decretação, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, os quais, em matéria processual penal, correspondem ao *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*¹⁸.

Como pressupostos, que demonstram o *fumus commissi delicti*, aponta-se a prova da existência do crime, consubstanciada na materialidade do delito e na existência de indícios suficientes de autoria, ou seja, de um conjunto probatório que indiquem que possa ser aquela pessoa que teria cometido o delito.

¹⁷ TÁVORA & ALENCAR. *op cit.* 2011, p. 549.

¹⁸ Em tradução livre correspondem a prova da existência do crime e indícios de autoria e no perigo da liberdade.

No que atine aos requisitos, também chamados fundamentos que demonstram o *periculum libertatis*, encontram-se declinados no artigo 312 do Código de Processo Penal¹⁹.

Não se faz necessário que todos os requisitos estejam presentes, no caso concreto, para que seja possível a decretação da medida extrema, fazendo impositiva a presença de apenas um deles.

Sobre o tema em análise, Guilherme de Souza Nucci, ensina que:

*A prova da existência do crime é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico. (...) O indício suficiente de autoria é a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito, como de regra, muito antes do julgamento de mérito.*²⁰

Denota-se do entendimento supra, que a prova da existência do crime deve ser demonstrada nos autos, contudo, tal demonstração não se deve entender por absoluta, visto que durante a persecução criminal *in judicio* ou *extrajudicio*, podem ser desconstituídas, muito embora ser de difícil ocorrência.

Quanto ao indício de autoria, de igual modo, não se busca uma prova cabal de que aquela pessoa, de fato, tenha perpetrado o crime, porquanto durante o decorrer do processo tal condição será apurada, ou não. O que se precisa é que haja fundadas razões para que se presuma que aquela pessoa possa ser a autora do fato criminoso.

Nucci, prossegue, esclarecendo que:

A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este fora grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua

¹⁹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (grifos nossos).

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 602.

realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*.²¹

A garantia da ordem pública deve ser interpretada, como a recepção, pela sociedade, do fato criminoso e como este influiu no bem estar dos cidadãos, no julgamento destes. Contudo, não basta que seja considerada a gravidade do delito, abstratamente, mas, sim, no caso concreto, como ocorre, em geral, nos crimes contra a vida ou perpetrados mediante violência ou grave ameaça a pessoa e, além disso, deve-se ser levado em consideração se o delito abalou os pilares da sociedade, causando intranquilidade aos cidadãos, bem como se o suposto autor do delito, acaso esteja solto ou mantido nesta condição, oferecerá perigo concreto ao bem estar social, notadamente se indica que poderá voltar a delinquir.

Vale ressaltar, que pouco importa, neste caso, o estardalhaço efetuado pela mídia, que não raras vezes publica notícias sensacionalistas, imputando a situações corriqueiras, gravidade que não possui.

Nucci esclarece que a existência do trinômio apontado não deve ser considerado como condição indispensável para a decretação da prisão preventiva, visto que, em dadas situações concretas, se impõe a medida extrema ainda que presente apenas um de seus vértices²².

Atinente a ordem pública, Feitoza entende que “é o estado de paz e de ausência de crimes na sociedade. *Paz é a ausência de violência lato sensu*”²³.

Já Capez, a respeito, dispõe que, em se tratando da garantia da ordem pública, “a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem clamor”²⁴. E prossegue, esclarecendo:

No primeiro caso, há evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos. Os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam

²¹ NUCCI, *op cit*, 2010. p. 602.

²² NUCCI, *op cit*, 2010. p. 602

²³ FEITOZA. *op cit*. 2009, p. 852.

²⁴ CAPEZ. *op cit*. 2010, p. 323.

a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese. No segundo, a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo.²⁵

Logo, a ordem pública é abalada toda a vez que se é cometido um delito que afete a sociedade, considerada como um todo, fazendo com que o cidadão se sinta inseguro, impotente, frente a segurança escassa ofertada pelo Estado, que não se incumbiu de reprimir a onda de violência e marginalidade.

Prosseguindo, também se consubstancia como requisito para a decretação da prisão preventiva, a conveniência da instrução criminal.

A decretação de prisão preventiva, embasada na conveniência da instrução criminal, na maioria das vezes tem por fundamento o fundado receio, que se nota dos autos, de que acaso o indiciado/increpado permanecer solto poderá se furta da instrução processual, tomando rumo ignorado, fazendo, com que, em muitos casos, o processo se congele, tendo a sua marcha suspensa até que o implicado seja localizado pela justiça.

Em outras ocasiões é fundamentado frente as ameaças propaladas pelo réu em desfavor das vítimas ou, até mesmo, de testemunhas, intimidando-as de tal maneira que, acaso não fosse cerceada a liberdade do implicado, haverá forte probabilidade de as informações colhidas durante a persecução serem distorcidas.

A doutrina, por sua vez, discorre que neste aspecto, “tutela-se a livre produção probatória, impedindo que o agente destrua provas, ameace testemunhas, ou comprometa de qualquer maneira a busca da verdade²⁶”.

Para Nucci,

A conveniência da instrução criminal é o motivo resultante da garantia de existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo o processo é que a instrução seja realizada de maneira esmerada, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à

²⁵ CAPEZ. *op cit.* 2010, p. 323.

²⁶ TÁVORA & ALENCAR. *op cit.* 2011, p. 552.

perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva.²⁷

Desta maneira, quando se fala em conveniência da instrução criminal, se visa resguardar o normal desenrolar do procedimento, fazendo com que o processo não reste inócuo, diante da interferência na colheita das provas, ou, até mesmo, pelo atravancar do feito, por eventual fuga do denunciado.

No que se refere a decretação da prisão preventiva para garantir a ordem econômica, há maior incidência deste requisito em crimes contra a ordem financeira, os chamados delitos do “colarinho branco”, em que não se vê outra alternativa para que se cesse a prática delituosa, senão pela constrição da liberdade do envolvido, ou, ainda, para que evitar que a liberdade do implicado não demonstre a sociedade que o crime supostamente cometido restou impune após o desfalque.

Neste sentido, Nestor e Rosmar, lecionam que a garantia da ordem econômica, “hipótese acrescentada ao CPP pela Lei n.º 8.884/1994 (Lei Antitruste), visando coibir os abusos à ordem econômica, ou seja, evitar que o indivíduo, se solto estiver, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica²⁸”.

Por último, convém esclarecer o que se entende por garantia da lei penal. Esta nada mais visa se não assegurar a aplicação de sentença de mérito condenatória, evitando-se, assim, a impunidade do agente, notadamente diante da suspeita de evasão.

Dessa maneira, de que adiantaria o processo penal se, ao final, o agente não fosse punido, em caso de condenação. O Estado somente despenderia recursos financeiros, pois, como é sabido, a maioria dos processos criminais no país tramitam sob o pálio da gratuidade da justiça, sem que, ao final, aplicasse o *jus puniendi*.

²⁷ NUCCI. *op cit.* 2010, p. 604-605.

²⁸ TÁVORA e ALENCAR. *op cit.* 2011, p. 553.

Discorrido a respeito dos requisitos e pressupostos necessários para a decretação da prisão preventiva, não se pode esquecer das hipóteses de admissibilidade, tanto antes do advento da nova lei de prisões, como após.

Nessa senda, rezava o artigo 313 do Código de Processo Penal,

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Percebe-se do artigo 313, que somente se admitia a decretação da prisão preventiva, ainda que presentes os pressupostos e requisitos desta, acaso o crime imputado ao agente fosse doloso e punido com reclusão; ou, doloso, punido com detenção, em casos de réus/indiciados vadios ou havendo dúvida acerca da identificação civil e ele não corroborar para esclarecê-la; em caso de crime doloso se o autuado/denunciado tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado ou, por fim, se o crime envolvesse violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Ressalte-se que as condições supra eram exigidas alternativamente, de modo que não havia a necessidade de cumulação das mesmas, ou seja, bastava a presença de apenas uma das condições de admissibilidade para que a prisão pudesse ser decretada.

Nesta ocasião não serão discorridas a respeito de cada uma das condições de admissibilidade alhures, haja vista que além de não figurarem como o objeto deste trabalho, também foram revogadas, vigorando, hoje, o artigo 313 com a seguinte redação:

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

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

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

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

~~IV - (revogado)-~~

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Da simples leitura deste artigo, se depreende que agora, as infrações que comportam a decretação da prisão preventiva foram ainda mais restringidas, haja vista que foi a intenção do legislador afunilar, de maneira mais acentuada, as situações em que será possível o encarceramento do cidadão, consagrando, de uma vez por todas, o princípio constitucional da presunção de inocência e o direito a liberdade.

A preventiva, com a atual dicção da norma, somente tem azo quando da apuração de delitos dolosos cuja pena máxima seja superior a 04 anos, logo, a *contrario sensu*, não cabe prisão preventiva nos crimes culposos e nas contravenções penais, no que atine ao inciso I do artigo 313 do CPP, este possui o fito de englobar apenas os crimes mais graves, os quais, em caso de sentença condenatória ao final do processo, não caiba suspensão condicional do processo ou conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, de modo que, quando do trânsito em julgado, o implicado seria recolhido a prisão.

Contudo, ocorre que a situação acima somente terá incidência, se o caso concreto não disser respeito a nenhum dos demais incisos do artigo 313 do CPP. Isso porque, o inciso II, determina que acaso o implicado possuir uma condenação criminal pela prática de crime doloso transitada em julgado e não for tecnicamente primário, independentemente da pena máxima cominada ao novo delito, poderá ser preso cautelarmente.

Na hipótese de o indiciado/réu incidir na prática de delito que envolva violência doméstica ou familiar, também poderá ser decretada a prisão preventiva, visto que o objetivo do legislador, nesta hipótese, é de garantir a execução das medidas protetivas eventualmente fixadas, o que vem em boa hora, portanto as medidas de urgência fixadas pelo juiz, restavam, na maioria das vezes, inúteis, pois o agressor as desobedecia, sem que isso, lhe acarretasse maiores prejuízos.

Para Távora e Alencar, o artigo acima ampliou

“a proteção aos hipossuficientes no seio familiar de forma não restrita à mulher, a Lei n.º 12.403/2011 deu nova redação ao inciso III, do art. 313, do Código, para assentar o cabimento da segregação preventiva quando a violência doméstica e familiar envolver não só a mulher, como também a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo e as pessoas com deficiência, assegurando-se mais uma vez o nítido objetivo da implementação das medidas protetivas urgentes”.²⁹

O parágrafo único do artigo 313, por sua vez, acrescenta que caberá a prisão preventiva sempre que existir dúvida sobre a identidade civil do agente envolvido na prática de um ilícito e este não forneça nenhum meio para sanar a desconfiança.

Ademais, impende salientar que entre as mudanças operadas pela Lei n. 12.403/2011 em se tratando da prisão preventiva, é a vedação da decretação de ofício pelo juiz, quando, da apreciação dos autos de Inquérito Policial.

Essa é a determinação do artigo 311 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (grifos nossos).

Diante disto, sendo os autos (IP) remetidos à apreciação do magistrado desacompanhado de representação do Delegado de Polícia, de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, não há que se falar em decretação da prisão preventiva de ofício.

1.3 Temporária

Assim como as demais modalidades de prisões já discorridas neste capítulo, a prisão temporária também possui natureza eminentemente cautelar, tendo, contudo, peculiaridades intrínsecas, a saber, situações expressas de admissibilidade e cabimento, além de prazo de duração certo.

Sua finalidade é de “garantir a investigação criminal feita por meio do inquérito policial, na hipótese de ser imprescindível para a investigação criminal,

²⁹ TÁVORA e ALENCAR. *op cit.* 2011. p. 555.

quanto a alguns crimes graves. Também é uma prisão provisória, de natureza cautelar e processual penal³⁰.

A prisão temporária se encontra disciplinada na Lei n.º 7.960/1989, popularmente conhecida como Lei da Prisão Temporária, substituindo a Medida Provisória n.º 111/1989, principalmente para substituir a ilegalidade da prisão para averiguação, razão pela qual, se discute, inclusive, que a sua entrada no ordenamento jurídico ocorreu pela porta dos fundos, porquanto originária do Poder Executivo, sem observar o requisito urgência e ainda restringiu direito fundamental³¹.

No bojo do seu 1º artigo, extrai-se em quais situações caberá a prisão temporária:

Art. 1º Caberá prisão temporária:
I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: ...

Nos seus três incisos, estão as condições de admissibilidade, contudo, a doutrina diverge acerca da necessidade de incidente de apenas uma, duas ou das três condições cumulativamente.

Há quem entenda que basta que o caso concreto se amolde a uma das situações supra, outros, ao contrário, defendem a combinação de dois incisos, sendo que o inciso I ou o II deve estar, necessariamente, combinado com o inciso III. A maior parte da doutrina defende esta última posição.

Conforme Távora, “a temporária está adstrita à cláusula de reserva jurisdicional, e, em face do disposto no art. 2º da Lei n.º 7.960/1989, somente pode ser decretada pela autoridade judiciária, mediante representação³²”.

Em relação ao lapso de duração, ela pode se perpetuar por apenas 05 (cinco) dias, podendo ser prorrogada por igual período, comprovada a necessidade, que deve ser extrema, e, no caso dos crimes hediondos e

³⁰ FEITOZA. *op cit.* 2009, p. 878.

³¹ TÁVORA & ALENCAR. *op. cit.* 2011, p. 562.

³² TÁVORA & ALENCAR. *op cit.* 2011, p. 563.

equiparados, cujo o lapso temporal se prolonga por até 30 (trinta) dias, também prorrogáveis por igual período, nos termos do artigo 2º, § 4º da Lei de Prisão Temporária.

Decorrido o lapso acima, independentemente de alvará de soltura, não obstante tenha que haver decisão judicial neste sentido, o preso temporário deve ser imediatamente colocado solto, a menos que tenha sido decretada a prisão preventiva pelo juiz.

De outro vértice, como já mencionado, não obstante a decretação somente pode ocorrer por autoridade judiciária, esta deve ser provocada, não podendo atuar de ofício, seja por representação policial, seja por requerimento do *parquet*, sendo certo que, no primeiro caso, deve haver manifestação ministerial, ou seja, havendo o Delegado de Polícia representado pela prisão temporária, o Ministério Público deve ser ouvido antes da decretação da medida pelo juiz, nos termos do §1º, artigo 2º, da Lei n.º 7.960/1989.

Por sua vez, a decisão judicial deve ser proferida em até 24 (vinte e quatro) horas após o recebimento do pedido de representação/requerimento de prisão preventiva.

Não é demais dizer que, como toda decisão judicial, deve ser devidamente fundamentada.

Frise-se, ainda, que a doutrina se posiciona no sentido de que o prazo em que o investigado permaneceu detido em face da decretação de prisão temporária, não é computado no prazo máximo para o término da instrução processual.

A Lei também autoriza que, em caso de requerimento do causídico do preso, do Delegado de Polícia ou do Ministério Público, o juiz poderá, ainda que de ofício, ordenar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito³³.

A ordem constritiva deverá ser cumprida por meio de mandado, expedido em duas vias, sendo que uma delas servirá como nota de culpa e, por tanto,

³³ Artigo 2º, §3º da Lei n.º 7.960/1989.

deverá ser entregue ao detido, ressalvando, ainda, a lei, que o preso deverá ficar em cela separada dos demais detentos.

CAPÍTULO 2 - LIBERDADE PROCESSUAL: MODALIDADES

Antes adentrar aos meios de defesa do indiciado/acusado, necessário se faz tecer algumas considerações sobre a presunção de inocência.

Como é cediço, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória o acoimado, neste ato, como culpado, é tido como inocente perante a Constituição Federal.

Nesse viés, vale lembrar que a Constituição dispõe, em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nesse inciso encontra-se estampado o princípio da presunção de inocência, de caráter cogente e inarredável.

Tal princípio possui como corolários lógicos os seguintes subprincípios: a privação da liberdade do indivíduo, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, somente pode ocorrer por ordem escrita e fundamentada de um juiz competente, assim como que a culpabilidade do acusado deve ser demonstrada pelo órgão acusador, porquanto aquele é, por disposição legal, presumidamente inocente, não competindo ao acusado provar tal condição e, finalmente, que a condenação somente se imporá quando não restar no espírito do magistrado qualquer indício de dúvida, no entanto sempre que esta prevalecer deverá o juiz decidir a favor do réu.

Desta maneira, se extrai que sendo o acusado-autuado presumidamente inocente, não lhe incumbe o dever de provar tal condição, mas sim ao Ministério Público, titular do *ius puniendi* estatal, em se tratando de ação penal pública, demonstrar que aquele réu é culpado, afastando, assim, a alusiva presunção.

Tanto o réu não possui o dever de desconstituir qualquer prova contra si que, acaso prefira, possui a faculdade de permanecer em silêncio quando do seu interrogatório.

Assim, a Carta Magna consagrou o princípio da não-culpabilidade como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, como garantia de natureza adjetiva penal, com o propósito de tutelar a liberdade individual.

É por meio da presunção legal que o imputado deve ser tratado como inocente durante todo o desenrolar da persecução criminal.

Desse modo, se faz impositivo esclarecer que o princípio da presunção de inocência, sem prejuízo de entendimento diverso, foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal como compatível com as medidas cautelares de constrição da liberdade individual, desde que devidamente fundamentadas, por serem medidas de exceção, somente terão incidência em situações peculiares, extremadas de tal modo que a lei autorizará o decreto cautelar.

Tendo em vista que já foi discorrido a respeito das prisões cautelares, se faz impositivo o estudo dos meios de desfazer o decreto constritivo, porquanto para cada modalidade de prisão cautelar há uma medida de contracautela própria há ser manejada para a restituição do cidadão ao seu *status quo ante*, ou seja, o *status libertatis*.

2.1 Relaxamento da Prisão

O artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal, dispõe que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, desta maneira, sempre que o cidadão tiver o seu direito de liberdade restringido sem a observância das formalidades previstas em lei será impositiva a restituição do seu *status quo ante*.

Ressoa do artigo supra que a possibilidade de relaxamento da prisão ilegal está erigida sob a forma de garantia constitucional, logo, o pedido de relaxamento terá cabimento somente nas situações em que houver a imposição de uma prisão em flagrante de forma ilegal ou quando houver excesso de prazo na prisão.

No primeiro caso, a ilegalidade poderá ser de natureza material ou formal. O vício material ocorrerá quando não estiverem presentes os requisitos autorizadores para a prisão em flagrante, delineados nos artigos 302 e 303 do Código de Processo Penal.

Considerando que o artigo 302 da lei em estudo já foi destrinchado no capítulo anterior, vejamos o artigo 303, na letra da lei: “Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

De acordo com a classificação das infrações penais, crime permanente, “é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro)³⁴”.

Logo, afora as hipóteses descritas no artigo 302 e 303 do Código de Processo Penal, a lavratura do auto de prisão em flagrante seria considerada ilegal, dando ensejo, assim, ao pedido de relaxamento da prisão, por ilegalidade material.

Por oportuno, impende ressaltar que não existe prisão para averiguação, se ela ocorrer estará eivada de ilegalidade, ensejando o pleito de relaxamento.

Também não pode ser preso em flagrante, por expressa vedação legal, o condutor de veículo que prestar socorro á vítima em caso de acidente automobilístico³⁵.

De outro norte, o édito constritivo não se imporá nos delitos de menor potencial ofensivo, eis que, a sua prática, enseja na lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência, não havendo no que se falar, como regra, em prisão em flagrante³⁶. Como toda a regra a exceção reside na prática do delito tipificado no artigo 330 do Código Penal, o qual, segundo entendimento pacificado, não obstante seja considerado crime anão, enseja a prisão em flagrante quando houver recusa no cumprimento do termo circunstanciado.

Também haverá ilegalidade material em caso de prisão em flagrante de quaisquer das pessoas cuja a lei veda tal possibilidade, ou seja, do Presidente da República; do menor de dezoito anos; dos representantes diplomáticos estrangeiros que estejam a serviço do país no Brasil; dos juízes, promotores, deputados e senadores em caso de crimes afiançáveis, assim como dos

³⁴ BITERCOURT, Cezar Roberto. **Trato de Direito Penal**: parte geral. 11^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.213.

³⁵ Código de Trânsito Brasileiro, art. 301. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

³⁶ Lei n. 9.099/1995, art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

advogados que tenham cometido crime afiançável em decorrência do exercício de atividade profissional.

Em quaisquer das situações supra, caber-se-á o pleito de relaxamento.

Já no que atine a ilegalidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, esta diz respeito a não observância dos ditames do Código de Processo Penal, tais como a ordem de oitiva, a assinatura do auto de prisão, ausência de nota de culpa ou lavratura desta após o lapso de 24 horas, não encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, ou ao juiz de direito competente para apreciar a prisão, etc.

Verifica-se, assim, que ao contrário da ilegalidade de cunho material, a ilegalidade formal ocorre após a lavratura do auto de prisão em flagrante, lembrando que este é a peça inaugural para a instauração da investigação policial em caso de preso flagrancial, ocasião em que a constrição é formalizada.

Portanto, não basta que o flagrante seja materialmente legal, sendo imprescindível que esta legalidade também seja verificada no aspecto formal.

Como é sabido, somente o delegado de polícia pode lavrar o auto de prisão e é a partir da lavratura deste que podem se verificar ilegalidades de cunho formal, nos termos em que consignado supra.

Nesse sentido, após a lavratura do auto, o delegado de polícia possui o prazo de 24 horas para expedir a nota de culpa, através da qual é o preso é cientificado dos motivos de sua prisão, bem como lhe é informado o policial condutor da constrição, as testemunhas e o nome do Delegado de Polícia que lavrou o auto. Esse prazo tem início após a lavratura do APF. Acaso o preso se recusa em assinar a nota, ou, se for analfabeto, duas testemunhas o farão em seu lugar.

É também dentro do lapso supra que o delegado deverá enviar os autos do flagrante ao juiz competente, com cópia integral para a Defensoria Pública, em caso de o preso não possuir advogado constituído (artigo 306, §1º do Código de Processo Penal).

A prisão, também deverá ser imediatamente comunicada ao Ministério Público e a pessoa que o preso indicar (artigo 306, *caput*, do Código de Processo Penal).

Outrossim, o excesso de prazo, o qual também pode dar ensejo ao pedido de relaxamento da prisão, é quando o indivíduo se encontra preso e não são respeitados os prazos delineados em lei para a conclusão do Inquérito Policial em caso de réu preso, a saber: dez dias, como regra geral, nos termos do artigo 10 do CPP, lapso que também é aplicado para os crimes perpetrados contra a economia processual, nos termos da lei correlata; 15 dias se o inquérito tramitar perante a Polícia Federal (Lei n.º 5.010/1966); 30 dias se o crime estiver previsto na lei de drogas e 20 dias para o inquérito policial militar se findar, em crimes de natureza militar.

O prazo é contado nos termos da lei adjetiva penal, ou seja, inclui-se o dia do início e exclui-se o do vencimento e pode ser prorrogado, contudo, neste caso, a prisão poderá ser relaxada, em caso de réu preso.

Também caberá o relaxamento da prisão acaso reste evidente que o detido se encontrava, quando da prática do fato, amparado por causa excludente de ilicitude e o magistrado não concedeu a liberdade provisória, nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

2.2 Revogação da Prisão Preventiva

As medidas de contracautela são medidas cautelares que possuem a finalidade precípua de atacar outra medida de natureza também cautelar decretada judicialmente.

O meio de defesa a ser utilizado contra a decisão que decretou a prisão preventiva, quando esta for legal, no sentido técnico, é o pedido de revogação.

Tal ponderação se faz necessária não somente devido ao fato de que para cada modalidade de decisão que cerceia a liberdade individual, compete um remédio processual, mas também por que, na praxe forense, é corriqueiro o advogado impugnar a decisão que decretou a preventiva através de pedido de

relaxamento ou de liberdade provisória, os quais, conforme se verá mais adiante, apesar de também visarem a liberdade do cidadão, devido a essência de cada uma delas, não são o meio mais acertado de se obter a medida de contracautela.

A despeito, Avena é extremamente esclarecedor:

...é muito comum, na prática forense, a confusão entre os institutos do relaxamento da prisão em flagrante, da concessão de liberdade provisória e da revogação da prisão preventiva. Não se trata, todavia, de situações idênticas tampouco se pressupõem as mesmas condições...³⁷

Rogério Sanches Cunha, por sua vez, leciona de maneira esclarecedora que “o juiz pode, a requerimento ou de ofício, revogar a prisão preventiva por ele mesmo decretada, desde que surja fato novo que não mais justifique sua manutenção (*rebus sic standibus*). Dessa decisão cabe recurso em sentido estrito³⁸”.

Desta feita, toda vez que não mais subsistirem os fundamentos que outrora foram empregados para a decretação da prisão preventiva, se imporá a sua revogação, diante do desaparecimento das circunstâncias que a ensejaram, o que poderá ser feito até mesmo de ofício pelo próprio juiz.

A despeito, apresenta-se o artigo 316 do Código de Processo Penal, *litteris*: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Nesse sentido, Norberto Avena leciona que:

Dispõe o art. 316 do CPP que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem. Hipótese comum de revogação dá-se quando se fundamenta o decreto tão só na conveniência da instrução criminal. Vencida esta etapa do processo, deve a prisão, obviamente, ser revogada, nada impedindo seja decretada posteriormente no caso de outras razões autorizarem-na.³⁹

³⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 319.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2ª.ed. São Paulo: 2011, p. 161.

³⁹ AVENA, *op cit*, 2010, 315.

Vislumbra-se que o juiz, a qualquer tempo, poderá revogar a prisão preventiva, acaso não mais se façam presentes os seus requisitos e, novamente decretá-la, quando sobrevier motivos para tanto.

Frise-se, ainda, que também para a prisão temporária caberá o pedido de revogação.

Pondera-se, por oportuno, que quando se fala em revogação, deve se ter em mente que a prisão é legal, somente não mais se perfazendo presente os fundamentos que lhe deram subsídio.

Não é demais ressaltar, que acaso postulada a prisão preventiva e esta não seja decretada, caberá recurso em sentido estrito, previsto no artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal. Contudo, pode ser que ao invés de decretá-la ou de rejeitá-la, em caso de requerimento para tanto, o julgador entenda por bem substituí-la por uma das medidas cautelares diversas da prisão disciplinadas no artigo 319 do mesmo diploma legal.

Nessa linha, Rogério Sanches pontua que o Código de Processo Penal não prevê nenhum recurso específico de impugnação à decisão que substitui a prisão preventiva por medida cautelar diversa, razão pela qual pondera que, *in verbis*:

Entendemos, com fundamento no art. 3º do CPP, que a decisão que substitui a preventiva por cautelares deve ser tratada, por meio da analogia, como denegação ou revogação de prisão provisória, cabendo também recurso em sentido estrito. É sabido que, onde existe a mesma razão deve existir o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem ius*). A decisão que defere a substituição gera consequências semelhantes à da denegação ou revogação da custódia, havendo, entre os atos judiciais, pontos de semelhança que justificam, no silêncio da lei, o mesmo tratamento. Por fim, da decisão que, mesmo presentes os seus requisitos, indefere a substituição, cabe *habeas corpus*.⁴⁰

Entende-se, assim, que havendo substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa da prisão processual, caberá recurso em sentido estrito, por analogia ao artigo 3º do Código de Processo Penal.

De outro viés, acaso denegado o pleito de substituição, poderá ser impetrado *habeas corpus*, remédio constitucional que também será aplicável quando decretada a prisão preventiva. Diga-se, ainda, que em toda e qualquer

⁴⁰ GOMES & MARQUES (coord.), *op cit*, 2011, p. 161.

situação atentatória contra o direito de liberdade será cabível o *habeas corpus*, ainda que haja outras medidas de impugnação, as quais, por certo, deveriam ser escoadas antes de sua impetração, entretanto, não se consubstanciam em requisitos *sine qua non* para tanto.

A grosso modo, vale dizer que para a prisão ilegal, pleiteia-se o seu relaxamento, para a prisão preventiva, vindica-se a sua revogação e para a prisão em flagrante pede-se a liberdade provisória.

2.3 Liberdade Provisória

Como já mencionado neste trabalho, o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá relaxar a constrição, se ilegal, convertê-la em prisão preventiva, acaso presentes seus requisitos e pressupostos e não se revelarem adequadas ou suficientes a substituição por medidas cautelares diversas da prisão ou, finalmente, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (artigo 310 do Código de Processo Penal).

Desse modo, o juiz deverá se manifestar acerca da prisão efetuada pela Autoridade Policial de forma pormenorizada, fundamentada, como deve ocorrer em toda e qualquer decisão judicial e, em se tratando de prisão em flagrante, a análise realizada se consubstancia em uma “garantia de que o magistrado realizou efetivo controle sobre a legalidade da medida e sobre a necessidade da manutenção da prisão⁴¹”.

Na verdade, não obstante a disposição dos incisos do artigo 310 do CPP⁴², primeiro será analisada a possibilidade de relaxar a prisão, acaso esta seja

⁴¹ GOMES & MARQUES (coord.), *op cit*, 2011. p. 132.

⁴²Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou
II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.
Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

ilegal, após, verificar-se-á se é caso de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança e, somente se não cabível uma dessas medidas, o magistrado converterá a prisão flagrancial em preventiva, isso se não razoável a substituição por uma das medidas previstas no artigo 319 do CPP.

A esse respeito, Silvio Maciel discorre que:

A prisão em flagrante só tem natureza de prisão cautelar enquanto não é apreciada pelo Juiz; após a apreciação judicial ela necessariamente desaparece e o indiciado, ou ficará preso preventivamente, ou será colocado em liberdade (em razão do relaxamento, liberdade provisória ou concessão de medida cautelar diversa da prisão).⁴³

Assim, tratando-se deste tópico da liberdade provisória, necessário se faz tecermos alguns comentários introdutórios ao tema.

É cediço que o princípio da presunção de inocência, também chamado da não-culpabilidade, previsto na Carta Constitucional no artigo 5º, inciso LVII, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, enseja que a constrição da liberdade do cidadão com a imposição de qualquer modalidade de prisão cautelar é medida de extrema exceção, portanto encerraria nas celas de um cárcere uma pessoa tida, ainda, por inocente.

A fim de aquilatar o princípio em tela, o inciso LXVI, do artigo 5º da Carta Magna, determina que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, consagrando de maneira definitiva que, em nosso ordenamento penal e processual penal, a regra é a liberdade, sendo medida de completa exceção a prisão do indiciado/denunciado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Destarte, a prisão somente terá azo quando não cabível o seu relaxamento, a sua substituição por medidas cautelares alternativas a prisão ou a liberdade provisória.

A despeito do tema, Norberto Avena conceitua a liberdade provisória como sendo o “instituto por meio do qual, em determinadas situações, concede-se

⁴³ GOMES & MARQUES (coord.), *op cit*, 2011, p. 132-133.

ao indivíduo o direito de aguardar em liberdade o final do processo⁴⁴ e “uma vez deferida, nada impede que seja revogada⁴⁵”.

Já para Tourinho Filho:

A liberdade provisória é medida intermediária entre a prisão provisória e a liberdade completa, vale dizer, antes de ser definitivamente julgado, aquele que comete a infração penal não fica preso e tampouco desfruta da inteira liberdade. Ele assume uma série de compromissos que, de certa forma, privam-no de uma total liberdade.⁴⁶

Também comungam deste entendimento Távora e Alencar, os quais completam que:

A liberdade provisória é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade ou a sua manutenção, ilidindo o estabelecimento de algumas prisões cautelares (...). É um direito e não um favor⁴⁷.

Desta maneira, a liberdade provisória, para os autores supramencionados, estão no meio do caminho entre a constrição e a liberdade plena, porquanto, não obstante enseje a liberdade do cidadão, este ainda fica adstrito a determinadas condições, as quais, se não cumpridas, acarretam o restabelecimento da prisão cautelar.

A liberdade provisória se presta para combater a prisão em flagrante legal, uma vez que foram revogadas as demais modalidades de prisão cautelar consistentes na prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão ensejada pela sentença penal condenatória recorrível, as quais foram expurgadas de nosso ordenamento jurídico.

Távora e Alencar ainda elucidam que a liberdade provisória:

...funciona como moeda de troca, combatendo prisão legal, em que, por autorização normativa, o preso poderá permanecer em liberdade, desde que atenda aos requisitos, e se comprometa a atender as condições que como regra lhe serão impostas. Haverá um ônus para que ele se livre do cárcere cautelar, variável a depender de qual liberdade provisória seja pretendida, se com ou sem fiança, com a possibilidade de cumulação de uma ou mais medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.⁴⁸

⁴⁴ AVENA, *op cit*, 2010, p. 319.

⁴⁵ AVENA, *op cit*, 2010, p. 319.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 649.

⁴⁷ TÁVORA & ALENCAR, *op. cit.*, 2011, p. 612.

⁴⁸ TÁVORA & ALENCAR, *op. cit.*, 2011, p. 613.

No entanto, sempre que a lei permitir a concessão da liberdade provisória, esta deverá ser concedida ao preso quando atendidos os seus pressupostos e requisitos, o qual, em maior ou menor grau, ficará atrelado ao cumprimento de algumas obrigações, restrições.

A seguir será discorrido sobre as modalidades de liberdade provisória que imperavam em nosso Código de Processo Penal antes do advento da nova lei das prisões.

A liberdade provisória era classificada como obrigatória, permitida ou proibida.

A primeira significa que a lei determina, de maneira impositiva, a concessão da liberdade, independente de pagamento de fiança, naquelas situações delineadas na Lei dos Juizados Especiais em que o indiciado se livra solto, ficando em liberdade mesmo após ser preso em flagrante delito, sem ter que se vincular, para tanto, a qualquer obrigação. Isso ocorria nos delitos que não previam em seu preceito secundário pena privativa de liberdade ou, quando prevista, esta não excedesse a três meses, conforme dicção do artigo 321 do Código de Processo Penal⁴⁹, hoje revogado.

Destarte, antes da alteração promovida pela nova lei de prisões no CPP, nas situações supra delineadas, o indivíduo preso em flagrante se livrava solto, situação chamada de liberdade provisória sem fiança e sem vinculação.

Já a liberdade provisória vedada, ou seja, terminantemente proibida, ocorre nas hipóteses previstas expressamente na norma, de modo que, ainda que o cidadão preencha os requisitos necessários para que fosse agraciado com a liberdade, deverá permanecer preso por determinação legal.

De outro vértice, temos a liberdade provisória permitida, que, por sua vez, contempla a liberdade provisória com e sem fiança.

⁴⁹ Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança: I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.

Tratando-se de liberdade permitida, o magistrado, quando da análise do auto de prisão poderia conceder a liberdade com ou sem vinculação, quando não se encontrarem presentes os requisitos da prisão preventiva.

O artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal⁵⁰, disciplinava que o magistrado, ao analisar o auto de prisão em flagrante, não constatando a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, concederia ao autuado a liberdade provisória, mediante compromisso de comparecer a todos os atos do processo, independentemente de recolhimento de fiança.

Era a chamada liberdade provisória sem fiança e com vinculação, porquanto exigia que o beneficiado se comprometesse a comparecer a todos os atos processuais, sob pena de revogação da benesse, sem qualquer garantia processual de natureza pecuniária⁵¹.

Em sentido oposto se encontrava o caso de liberdade provisória permitida com o arbitramento de fiança, a despeito do qual elucida Avena:

... facultada em hipóteses nas quais a lei possibilita a prestação de fiança como garantia de que haverá o cumprimento, pelo investigado ou pelo réu, de suas obrigações processuais (...) há hipóteses em que a lei obriga o pagamento de fiança como condição para a liberdade provisória. Isto ocorre, por exemplo, em relação ao flagrante por crime contra economia popular ou crime de sonegação fiscal, dispondo o art. 325, §2º, do CPP que, em tais hipóteses, não se aplica o art. 310 e seu parágrafo único do CPP, que permitem a liberdade provisória sem fiança.⁵²

Vislumbra-se que, afora as situações em que se era facultada a possibilidade de se arbitrar, existiam as circunstâncias em que a lei impunha o pagamento de fiança para que somente assim o preso pudesse ser posto em liberdade, era o caso do revogado §2º do artigo 325 do CPP⁵³, o qual dispunha

⁵⁰ Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoportunidade de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 651.

⁵² AVENA, *op. cit.*, 2010, p. 323. Os artigos citados foram revogados.

⁵³ Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: (...)

que somente após o pagamento de fiança, em se tratando de crime de sonegação fiscal ou contra a economia popular, poder-se-ia colocar o preso em liberdade.

Discorrido a respeito das modalidades de liberdade provisória previstas na lei processual penal antes do advento da nova lei de prisões, ainda se faz impositivo elucidar o que se entende por fiança, qual o seu objetivo, os critérios para o seu arbitramento, englobando o seu valor e as situações nas quais será cassada, decretando, assim, o seu perdimento em favor da União.

Como já explicitado, o artigo 5º da Constituição, em seu inciso LXVI, disciplina a imposição da liberdade provisória, com ou sem fiança, quando admitida por lei, para o desiderato de evitar que alguém seja colocado ou mantido no cárcere.

Desde já é necessário salientar, que somente é cabível a imposição de fiança para a prisão em flagrante, logo, é de inferir que não há que se falar em fiança em se tratando de qualquer outra medida restritiva de liberdade.

Fiança, segundo Avena “não é pagamento, mas sim garantia prestada em prol da liberdade. Tanto que, em regra, deverá ser restituída a quem a prestou⁵⁴”.

Aprofundando a respeito, Tourinho Filho aponta que:

Fiança, para o legislador processual penal, é uma garantia real, ou caução. É uma contracautela com o objetivo de deixar o indiciado ou réu em liberdade, mediante uma caução consistente em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou até mesmo em hipoteca inscrita em primeiro lugar.⁵⁵

§ 2o Nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, não se aplica o disposto no art. 310 e parágrafo único deste Código, devendo ser observados os seguintes procedimentos:

I - a liberdade provisória somente poderá ser concedida mediante fiança, por decisão do juiz competente e após a lavratura do auto de prisão em flagrante;

II - o valor de fiança será fixado pelo juiz que a conceder, nos limites de dez mil a cem mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, da data da prática do crime;

III - se assim o recomendar a situação econômica do réu, o limite mínimo ou máximo do valor da fiança poderá ser reduzido em até nove décimos ou aumentado até o décuplo.

⁵⁴ AVENA, *op. cit.*, 2010, p. 323

⁵⁵ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, 2009, p. 655.

Assim, se depreende que a fiança é uma garantia prestada pelo autuado/réu, através de “depósito em dinheiro, pedras e metais preciosos, títulos de dívida pública ou por hipoteca⁵⁶”, para ver restituída a sua liberdade.

Daí pergunta-se, qual a finalidade da fiança? O objetivo da fiança é garantir que o indiciado/réu compareça em todos os atos processuais, acompanhando, assim, a persecução criminal e, em caso de condenação, visa o pagamento das custas e despesas processuais, bem como a indenização da vítima e o pagamento de eventual pena de multa, garantindo a execução penal⁵⁷.

A lei processual penal, não disciplina quando será cabível a fiança, mas define em que situações esta será vedada, senão vejamos a atual dicção da norma a respeito⁵⁸, *ad verbis*:

Art. 323. Não será concedida fiança:
I - nos crimes de racismo;

⁵⁶ Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

§ 1º A avaliação de imóvel, ou de pedras, objetos ou metais preciosos será feita imediatamente por perito nomeado pela autoridade.

§ 2º Quando a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus.

⁵⁷ O artigo 319, inciso VIII do Código de Processo Penal, com a sua atual redação, disciplina a finalidade da fiança, a saber: Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...) VIII - fiança, nas infrações que a admitem, **para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.** (negrito).

⁵⁸ A antiga redação era no seguinte sentido:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I – nos crimes punidos com pena de reclusão, salvo ao réu maior de setenta anos ou menor de vinte e um, no caso de não ser superior a dois anos o máximo da pena cominada;

II – nas contravenções previstas nos arts. 50, 51 e seu parágrafo 1º, 52 e seu parágrafo, 53 e seu parágrafo, 54 e seu parágrafo, 58, 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III – nos crimes ou contravenções punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por infração penal da mesma natureza em sentença irrecorrível;

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;

II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;

V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

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

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;

II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;

III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança;

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

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;
III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

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

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

~~III - (revogado);~~

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

Vislumbra-se que a Lei n. 12.403/2011, manteve a essência da dicção da norma, somente revogando alguns incisos, de modo que, hoje, a fiança é cabível independentemente da pena mínima cominada ao crime, pouco importando se o beneficiado se trata de reincidente em crime doloso ou se o réu é vadio ou não.

No que atine especificamente ao artigo 323 do CPP, ele nada mais fez senão repetir a restrição contida no texto constitucional, no artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, sendo certo que os delitos nela relacionados são infiançáveis por força constitucional, e, não obstante eventuais críticas a respeito, se trata de norma de caráter impositivo, não havendo o que se discutir, apenas cumprí-la.

Em relação às vedações contidas no artigo 324 do Código de Processo Penal, se faz necessário alguns esclarecimentos.

Pois bem, em relação ao inciso I, que disciplina a impossibilidade de concessão de fiança “aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança” ou “infringido, sem motivo justo, quaisquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328”, significa que a pessoa que tiver dado causa, sem justificativa, à quebra da fiança, não poderá ser agraciado com ela novamente.

Isso implica dizer que em caso de não cumprimento de quaisquer das condições impostas quando do arbitramento da fiança, sem justificativa plausível, esta será tida por quebrada, de modo que não poderá ser arbitrada novamente naqueles mesmos autos.

A fiança será considerada quebrada nas situações previstas nos artigos 327, 328 e 341 do Diploma Processual⁵⁹.

Considerando que este não é o tema em estudo, não serão abordadas todas as situações em que o beneficiado poderá incorrer na quebra da fiança arbitrada, sendo certo que, nos casos descritos nos artigos supra e seus incisos, incorrerá a quebra da fiança pelo autuado-réu, o que ensejará na perda de pelo menos metade do seu valor (artigo 343 do CPP) ou a sua totalidade, acaso o réu não compareça em juízo para dar início ao cumprimento de sua pena, quando da fase de execução (artigo 344 do CPP).

Por outro lado, disciplina o inciso II do artigo 324, com nova redação, que também não poderá ser arbitrada fiança “em caso de prisão cível ou militar”. Nessa toada é sabido que o Supremo Tribunal Federal somente admite prisão cível para o devedor de obrigação de caráter alimentar, sendo certo que, nessa situação, “a prisão é decretada não como punição ou medida cautelar, mas como forma de forçar o devedor ao cumprimento da obrigação, de modo que não teria sentido que ele pudesse pagar fiança exatamente para não pagar os alimentos⁶⁰” e, em relação à prisão militar, a inafiançabilidade é prevista no próprio Código de Processo Penal Militar, sendo ínsita a este tipo de crime.

Finalmente, o inciso IV do artigo 324 é autoexplicativo, ou seja, perfazendo presente algum dos requisitos que autorizem a decretação da prisão preventiva, não caberá a concessão de fiança, ou seja, não será possível a liberdade provisória do cidadão, porquanto se tratam de medidas incompatíveis.

⁵⁹ Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

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

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

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

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e Medidas Cautelares:** comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2ª.ed. São Paulo: 2011, p. 206.

Como mencionado alhures, os artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal devem ser interpretados de maneira diversa do que neles disposto, porquanto mencionam as situações em que não será cabível o arbitramento de fiança, logo, afora as hipóteses neles delineadas, admissível a sua concessão.

Superada as situações em que poderá ou não ser arbitrada fiança, impende consignar o *quantum*, ou seja, o valor a ser determinado o pagamento.

Nessa esteira, vejamos a lição de Silvio Maciel:

Na sistemática anterior o valor da fiança era previsto com base na pena máxima de prisão cominada para a infração. Continua sendo esse o critério, porém, os valores da fiança foram consideravelmente aumentados: a) se for infração com pena máxima cominada igual ou inferior a 4 anos de prisão, o valor da fiança varia entre 1 e 100 salários mínimos; b) se for infração com pena máxima cominada superior a 4 anos o valor varia entre 10 e 200 salários mínimos. Na sistemática anterior, se a pena cominada para a infração fosse igual ou inferior a 4 anos o valor máximo da fiança era de 20 salários mínimos; para infrações com pena máxima cominada superior a 4 anos o valor máximo era de 100 salários mínimos.⁶¹ (grifos nossos).

Destarte, vislumbra que com o advento da nova lei de prisões houve um enrijecimento da lei no que atine ao valor aplicado a título de fiança, a qual ocorre levando-se em consideração a situação financeira de cada beneficiado.

O artigo 350, *caput*, do Código de Processo Penal, dispõe, a respeito, que: “Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso”.

Assim, denota-se que se o preso for considerado hipossuficiente, nos termos da lei, poderá ser posto em liberdade, independentemente de fiança, ainda que esta seja cabível, devendo, apenas, se sujeitar às seguintes obrigações: comparecimento em juízo ou perante a autoridade policial todas às vezes em que for intimado, somente se mudar de endereço após prévia autorização do juízo, o mesmo se aplicando quando da ausência da comarca por mais de oito dias.

Para Távora e Alencar, além das obrigações supra, o beneficiário da fiança ainda deverá cumprir as seguintes:

...vedação de deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; obrigação de cumprir medida cautelar imposta

⁶¹ GOMES & MARQUES (coord.), *op cit*, 2011, p.209.

cumulativamente com a fiança; dever de não resistir injustificadamente a ordem judicial; vedação à prática de novas infrações dolosas.⁶²

Como se pode notar, esta situação bem se amolda a já mencionada liberdade provisória vinculada sem fiança.

Não é demais frisar que a fiança arbitrada pode ser diminuída ou majorada. A primeira situação ocorrerá quando, fixada a fiança, o beneficiado não efetuar o seu recolhimento e demonstrar em juízo que não possui condições financeiras de arcar com o *quantum* determinado, ocasião em que a autoridade poderá minorar a fiança em até 2/3, tudo com supedâneo no artigo 325, §1º, II, do CPP. De outro norte, verificando que a fiança arbitrada não surtirá o efeito pretendido, no mais das vezes frente afortuna do beneficiado, poderá aumentá-la em até mil vezes (artigo 325, §1º, III, do CPP).

Pondera-se, por oportuno, que a fiança poderá ser arbitrada em qualquer fase da instrução processual, até mesmo após a prolação de sentença, desde que esta ainda não tenha transitado em julgado (artigo 334 do CPP).

Já no que atine a autoridade competente para arbitrar fiança, dependerá da pena cominada ao delito perpetrado, portanto, quando esta tiver a pena máxima em até quatro anos, a fiança poderá ser arbitrada pela Autoridade Policial, quando da lavratura do auto de prisão, e se superior a quatro anos, somente pela autoridade judiciária, mediante requerimento da parte interessada, cabendo ao juiz decidir em até 48 horas (artigo 322 do CPP).

Em tempo, discorrido, brevemente, em linhas anteriores acerca da perda e da quebra da fiança, impositiva a realização de uma breve explanação sobre a sua cassação.

A fiança será cassada toda a vez que for arbitrada sem respaldo legal, sendo tal ato privativo da Autoridade Judiciária, de modo que somente esta poderá cassar a fiança que não cabível no caso concreto.

Norberto Avena ainda admite que a fiança seja cassada em caso de “inovação na tipificação do delito, reconhecendo-se a existência de infração

⁶² TÁVORA & ALENCAR, *op. cit.*, 2011, p. 631.

inafiançável (art. 339, CPP) no preceito do tipo penal e, em decorrência, não seja mais cabível o arbitramento de fiança⁶³”.

Qualquer pessoa pode prestar fiança, seja ela o próprio preso ou outrem que lhe faça a vez, independente da sapiência ou não do detido, ou, ainda, de eventual concordância.

Formalidade deveras inconveniente neste procedimento e que o legislador, ao promulgar a nova lei de prisões, se absteve em alterar, é a necessidade de requerimento à autoridade judicial para que esta analise a possibilidade de arbitramento de fiança, não concedida pela autoridade policial, seja em decorrência de a pena máxima cominada ultrapassar quatro anos ou, ainda, por retardo do ato pelo delegado de polícia.

Nesse passo, o artigo 335 do Código de Processo Penal dispõe que: “Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas”.

O ponto que causa divergência atine ao valor da fiança a ser prestada, haja vista que esta será apresentada por meio de petição ao juiz, em decorrência de a autoridade policial ter se recusado a arbitrá-la, seja por vedação da lei, seja por mero descaso, não fazendo o fiador a menor ideia do *quantum* a ser depositado.

Para Ivan Luís Marques a saída a ser encontrada está nas mãos do prestador da fiança, o qual deverá demonstrar ao magistrado que não é caso de decretação de prisão, ao que competirá a este fixar o valor no prazo de 48 horas⁶⁴.

Ora, não é razoável que o preso permaneça detido quando poderia ter sido posto em liberdade mediante o pagamento de fiança a qual, independente do motivo, não foi arbitrada pela autoridade policial, estando pendente de requerimento, nesse sentido, ao juiz.

⁶³ AVENA, *op cit*, 2010, p. 639.

⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e Medidas Cautelares:** comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2ª.ed. São Paulo: 2011, p. 215-216.

O que ocorre no mais das vezes é que o magistrado, diante do direito do cidadão em ser solto, não aguarda pedido de arbitramento de fiança, mas o faz de ofício, na medida da mais lúdima justiça e bom senso, até mesmo porque, o preso, na maioria das vezes sem qualquer senso de direito, não sabe que por meio de simples petição ao juiz poderá, em determinadas situações, obter a liberdade mediante pagamento de fiança, sendo certo que apesar da determinação legal de que o auto de prisão em flagrante, quando o detido não tiver advogado constituído, seja encaminhado, com cópia integral à defensoria pública, dificilmente esta peticiona neste sentido.

Prosseguindo, já foi mencionado neste trabalho qual será a destinação do valor prestado a título de fiança em caso de sentença penal condenatória, mas e se houver prescrição da pretensão executória ou se o réu for absolvido?

Segundo Ivan Luís Marques, o próprio artigo 336 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único, dispõe que mesmo em caso de extinção da pretensão executória haverá o perdimento dos valores pagos a título de fiança, isso porque ainda assim se faz necessário o pagamento das custas, despesas processuais, multas e demais ônus⁶⁵.

Escoando o tema, o artigo 337 do Código de Processo Penal, dispõe que:

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

Assim, a exceção da prescrição da pretensão executória, havendo trânsito em julgado de sentença absolutória ou em caso de prescrição da pretensão punitiva estatal, o valor recolhido será restituído ao acusado, após devidamente atualizado.

Tecidas todas as considerações de maior relevância acerca da liberdade provisória com e sem fiança antes do advento da Lei nº. 12.403/2011, mister trazer a baila como ficou o instituto da liberdade após as modificações trazidas pela lei.

⁶⁵ GOMES & MARQUES (coord.), *op cit*, 2011, p. 219.

Desde já, impende frisar que alguns paralelos já foram efetuados no transcorrer do texto, cabendo, ainda, trazer a lume que, com a reforma, há três espécies de liberdade provisória, segundo Silvio Maciel a saber:

I - *liberdade provisória sem medida cautelar diversa da prisão, mas vinculada*: aplica-se quando o juiz verificar, pelo auto de Prisão, que o fato foi praticado em situação excludente de ilicitude (art. 310, parágrafo único). Nesse caso o indiciado/acusado fica sujeito ao comparecimento aos autos processuais.

II – *liberdade provisória sem fiança, mas vinculada e com possibilidade de outra medida cautelar diversa da prisão*: aplica-se se o crime for afiançável, mas o preso não tiver possibilidades financeiras de pagar a fiança (art. 350 do CPP). Nessa hipótese o liberado fica sujeito às obrigações dos artigos 327 e 328 do CPP (...) além disso, apesar de dispensar a fiança o juiz pode impor ao liberado o cumprimento de outra ou de outras medidas cautelares diversas da prisão;

III – *liberdade provisória com ou sem medida cautelar diversa da prisão*: aplica-se quando não estiverem presentes os motivos da prisão preventiva (art. 310, III c/c art. 321 do CPP). Nessa hipótese, se a liberdade provisória for concedida sem medida cautelar será uma forma de *liberdade provisória desvinculada*, porque o art. 321 não exige o comparecimento aos atos do processo, como exigia o art. 310, parágrafo único; se for concedida com medida cautelar alternativa será uma forma de *liberdade provisória vinculada* (ao cumprimento da medida), pois o descumprimento da medida alternativa poderá ensejar a revogação e a decretação da prisão preventiva (art. 282, § 4º).⁶⁶ (destaque do autor).

Depreende-se que as mudanças operadas foram substanciais e visam, sempre que possível, a manutenção do *status libertatis* do cidadão, no entanto, como já mencionado, a regra é a liberdade e a prisão é medida de extrema exceção, somente se impondo quando não for possível a liberdade e não cabível qualquer medida cautelar diversa da prisão, que será devidamente abordado no capítulo vindouro.

⁶⁶ GOMES & MARQUES (coord.), *op cit*, 2011, p. 193.

CAPÍTULO 3 - MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR

No que se refere às medidas cautelares, percebe-se que a Lei n. 12.403/2011 propiciou o sistema multicautelares no direito processual penal brasileiro, possibilitando vastas possibilidades de cominação de pena e medidas, fugindo do sistema binômio (prisão e liberdade), que há muito dominou a área processual.

Com a edição desse novo regramento passa-se a combater às prisões cautelares, que em muitos casos eram desnecessárias. Isso porque, nos dias atuais, “o *status* de inocência só pode ser ilidido com o advento da sentença condenatória transitada em julgado, a regra é a manutenção da liberdade, e a prisão cautelar só pode existir ou se perpetrar enquanto for necessária⁶⁷”.

Observa-se, que a novel lei trouxe benefícios a quem comete uma infração penal, porquanto, a prisão só será mantida nos casos em que o agente não preencher os requisitos necessários para a concessão da liberdade, caso contrário, feriria de morte o princípio da presunção da inocência previsto no art. 5º, LVII, da CF, acarretando uma “indevida antecipação de pena cuja aplicação é incerta⁶⁸”.

Vale dizer, que essas medidas cautelares diversas da prisão surgiram para impedir o recolhimento excessivo e “prolongado, decretado sem o cuidado devido e sem a efetiva necessidade⁶⁹”, prova disso é a abundante jurisprudência dos Tribunais Superiores que, diariamente relaxam e revogam prisões decretadas sem fundamentação acerca da sua real necessidade.

Em outras palavras, pode-se dizer que tais medidas acompanham a tendência mundial, conforme os dizeres de Tourinho Filho:

[...] inúmeras legislações, senão todas, têm procurado alternativas capazes de substituir a prisão provisória, mantendo ou procurando manter, a mesma finalidade: ficar o indiciado ou réu, embora em liberdade, à disposição das autoridades⁷⁰.

⁶⁷ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ª Ed. Editora Jus Podivm, 2011, p. 612

⁶⁸ GOMES & MARQUES, *op cit.* 2011, p. 176.

⁶⁹ GOMES & MARQUES, *op cit.* 2011, p. 176

⁷⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 11ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 535

Isso significa que a prisão cautelar, de medida habitual, passou a ser último recurso das cautelares, somente sendo admitida, se demonstrada, fundamentalmente, a instabilidade/insuficiência da aplicação das outras medidas.

As medidas recentemente inseridas ao Código de Processo Penal podem ser aplicadas durante a investigação policial ou durante o curso do processo, não havendo um prazo determinado para essas medidas se findarem, ou seja, a duração destas dependerá da necessidade em cada caso concreto.

A esse respeito explana Távora & Alencar:

Portanto, a dilação do tempo depende do fator necessidade. A depender do estado das coisas (cláusula *rebus sic stantibus*), e da adequação ao caso concreto, a cautelar pode ser substituída, cumulada com outra, ou mesmo revogada, caso não mais se faça necessária.

Desse modo, as medidas cautelares diversas da prisão possuem prazos impróprios, posto que pendem de novos acontecimentos no decorrer da persecução criminal que recomende a sua perpetuação, substituição ou cumulação por outra ou até mesmo a sua revogação.

Para corroborar com entendimento supra, colaciona-se o julgamento do Habeas Corpus n. 2011.0001.007343-8, que tramitou perante a Segunda Câmara Especializada Criminal do E. Tribunal de Justiça do Piauí, cujo relator foi o Desembargador Erivan Lopes, vejamos:

HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DO SIGILO FUNCIONAL. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. CABIMENTO DO WRIT. EXCESSO DE PRAZO NA MANUTENÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL DISTRIBUÍDO EM JUÍZO. DENÚNCIA OFERECIDA POR CRIMES CONEXOS (TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO) SEM CONSTAR O NOME DA PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Vislumbro a viabilidade do manejo do presente remédio constitucional, notadamente pela possibilidade de decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento das medidas cautelares impostas, consoante prevê o art. 282, § 4º, do CPP, alterado pela Lei 12.403/11.2. Certidão de fls. 58, datada de 13/02/12, dando conta de que não foi distribuído nenhum Inquérito Policial contra a paciente e, ainda, cópia da denúncia contra as 36 pessoas envolvidas no crime de tráfico e associação para o tráfico, não constando o nome da acusada, nem mesmo pelo crime de violação do sigilo profissional, conexo àqueles.3. Não há como manter as medidas cautelares (afastamento da servidora do cargo de analista judiciário e proibição de acesso às dependências do fórum), estabelecidas há mais de sessenta dias (16/12/11), sem que haja ao menos inquérito policial distribuído para apurar suposta prática delitiva.4. Apesar da Lei 12.403/11 nada ter dito sobre a duração das medidas cautelares diversas da prisão, o certo é que a manutenção destas medidas por prazo indeterminado caracteriza constrangimento ilegal sanável através de habeas corpus.5.

Dessa forma, ultrapassados mais de sessenta dias sem notícia de deflagração da persecução penal, a manutenção das medidas cautelares decretadas afigura-se nítido constrangimento ilegal à paciente. Isso porque as medidas cautelares de natureza pessoal possuem a finalidade de assegurar a eficácia do processo importando, em maior ou menor grau, sacrifício à liberdade de locomoção.⁶ Ordem Concedida, com fundamento nos arts. 647 e 648, II, ambos do CPP, cassando a decisão que estabeleceu as medidas cautelares diversas da prisão (fls. 22/24), determinando o retorno da servidora ao cargo de analista judiciário, em desconformidade com o parecer ministerial. (Julgado em 06/03/2012) (grifo nosso)

Diante do exposto, verifica-se que a duração dessas medidas deve ser pautada na razoabilidade, eis que se perpetuarem por prazo indeterminado podem, a depender do caso concreto, se tornar ilegais, mesmo sendo substitutivas à prisão, porquanto violaria o princípio constitucional descrito no art. 5º, LXXVIII, da Lei Maior, uma vez que o indivíduo fica vinculado ao processo, e, em alguns casos, privado do seu direito de liberdade.

Destaca-se que para aplicação dessas medidas cautelares são necessários alguns requisitos, quais sejam, “*fumus commissi delicti* (indícios de autoria e demonstração da materialidade), que é a justa causa para decretação da medida, somando-se ao *periculum* ao regular transcorrer da persecução penal⁷¹”.

Nesse passo, entende-se que a aplicação das medidas cautelares está atrelada ao fato real, onde deverão ser analisadas as circunstâncias do delito, a pertinência da constrição e as condições pessoais do increpado. Circunstâncias essas, que nortearão o magistrado na escolha da medida mais propícia ao caso concreto.

Outrossim, vale ressaltar que para a imposição das medidas em comento é necessário observar os requisitos elencados no artigo 282, incisos I e II do Código de Processo Penal, visto que, como toda medida cautelar, não pode ser aplicada à esmo, vejamos: a) necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; b) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

⁷¹ TÁVORA & ALENCAR, *op cit*, 2011, p. 644

3.1 Prisão domiciliar como medida cautelar

Essa modalidade já é adotada para o cumprimento de pena em regime aberto, conforme previsão do art. 117 da Lei de Execução Penal⁷², no entanto, surge no ordenamento processual penal como providência cautelar autônoma ou como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva.

Como providência autônoma “será decretada quando o juiz verificar desnecessária a prisão preventiva e suficiente a prisão domiciliar (art. 282, § 6º e art. 310, II, do CPP)⁷³”. Nesse caso, poderá ser aplicado o recolhimento domiciliar como medida cautelar a qualquer pessoa, independentemente de estar no rol das situações previstas no art. 318 do diploma processual.

Entretanto, como medida substitutiva da prisão preventiva, o indiciado deverá necessariamente estar em uma das situações descrita no art. 318 do CPP⁷⁴, ou seja, “há a necessidade da prisão preventiva, mas tendo em vista a situação peculiar do indiciado ou acusado, o juiz a substitui pela prisão domiciliar⁷⁵”.

Vale frisar, que as situações elencadas no art. 318 são taxativas, não podendo o magistrado ampliá-lo, significando que, não estando o indiciado em nenhuma das condições previstas no referido dispositivo, o juiz deve lhe aplicar outra medida cautelar diversa da prisão (art. 319, CPP).

A seguir será discorrido sobre cada das situações previstas no art. 318 do Código de Processo Penal.

⁷² Art. 117 - Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

⁷³ GOMES & MARQUES, *op cit*, 2011, p. 164.

⁷⁴ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

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

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

⁷⁵ GOMES & MARQUES, *op cit*, 2011, p. 165.

3.1.1 Agente com idade superior a 80 anos

Nesta situação o indiciado deverá ter 80 anos de idade completo, devendo comprová-la através de certidão de nascimento ou documento análogo, conforme previsão expressa no parágrafo único do art. 318, do CPP.

Cabe salientar, que a prisão domiciliar em estudo, não pode ser imposta a qualquer pessoa com idade superior a 60 anos, considerada idosa pela Lei n. 10.741/2003, mas, tão somente aquelas maiores de 80 anos de idade.

Isso porque, “o STF e o STJ já pacificaram o entendimento de que conceito de idoso previsto no art. 1º da Lei n, 10. 741/03 não possui nenhum reflexo sobre as normas penais e processuais penais⁷⁶”.

Nessa senda, Maciel exemplifica que “as referidas Cortes já decidiram que a redução do prazo prescricional pela metade (art.115 do CP) somente se aplica ao maior de 70 anos e não a qualquer idoso. E, ainda, colaciona os seguintes julgados:

A circunstância do critério cronológico adotado pelo Estatuto do Idoso ser de 60 (sessenta) anos de idade não alterou a regra excepcional da redução dos prazos de prescrição da pretensão punitiva quando se trata de pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade na data da sentença condenatória” (STF, HC 88083/SP, rel. Min. Ellen Gracie, Dje 27.06.2008).

A Lei 10.741 (Estatuto do Idoso) considera idosa a pessoa a partir de 60 anos de idade. No entanto, isto não alterou o CPB, que, em seu art. 115, prevê a redução de metade dos prazo prescricionais quando o criminoso for, na data da sentença, maior de 70 anos, na data da sentença[...]”. (STJ, HC 155437/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Dje 14.02.2011)

Logo, entende-se que esse posicionamento das Cortes Superiores também será estendido a presente situação.

⁷⁶ GOMES & MARQUES, *op cit*, 2011, p. 166.

3.1.2 Agente extremamente debilitado por motivo de doença grave

Para que o acusado seja beneficiado com esse dispositivo, deve, necessariamente, ser portador de “doença grave” e se encontrar “extremamente debilitado”.

A doutrina entende que “como doença grave deve ser compreendida toda aquela cujo tratamento seja inviável no presídio”⁷⁷, isto é, se o encarceramento obstar o tratamento da enfermidade ela pode ser considerada como grave.

Já a expressão “extremamente debilitado”, significa que se o imputado é acometido de doença grave, não possui mínimas condições de permanecer no cárcere, por dois motivos.

Primeiro, porque as cadeias e presídios nacionais são superlotados e diante desta superlotação esses locais se tornam insalubres, o que vem a contribuir para o avanço da doença e aumento da debilidade do enfermo.

Segundo, porque o princípio da dignidade humana deve ser respeitado, não podendo o judiciário fechar os olhos e esperar que o preso fique extremamente debilitado, para só então conceder-lhe a prisão domiciliar.

Vale lembrar, que o sistema carcerário brasileiro não dispõe de infraestrutura adequada para atender os detentos com enfermidades sérias, o que acarreta o avanço da doença e, conseqüentemente, o indivíduo vai ficando em estado de debilidade.

Nesse sentido, tem se posicionado o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *litteris*:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33-CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). DEFERIMENTO DE LIMINAR (FLS. 307/308). CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR AO PACIENTE. Malgrado o caráter excepcional da concessão de liminar em Habeas Corpus, figura de criação pretoriana, tenho que o caso presente é de exceção, justificando a referida concessão. Tendo em vista a documentação ora juntada, reexaminado o pleito de concessão da ordem impetrada em caráter liminar. Constatou-se da referida documentação que o paciente é portador do vírus HIV, necessitando de cuidados médicos constantes, os quais não vem obtendo no cárcere. Entendo cabível a concessão de prisão domiciliar ao mesmo, a qual lhe possibilitará o atendimento médico de que necessita, evitando o risco de uma infecção oportunista, possível de ocorrer no ambiente do presídio. Assim,

⁷⁷ GOMES & MARQUES, *op cit*, 2011, p. 166.

concedo em parte a ordem impetrada, em caráter liminar, para conceder ao paciente a prisão domiciliar, com base no artigo 318, II, do CPP, considerando, ainda, a natureza pouco nociva da droga em questão (maconha). Deverá o paciente observar as seguintes condições: permanecer em sua residência, somente podendo dela se afastar para consulta médica ou realização de exames, devidamente comprovados nos autos do processo em até 48 horas após sua realização; não se ausentar da cidade sem prévia autorização do juízo processante e comparecer a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Concessão de prisão domiciliar ao paciente, em sede de liminar, cuja decisão foi proferida às fls. 307/308, deste feito. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. (Habeas Corpus Nº 70046779195, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 15/03/2012)

Ainda, nesse mesmo sentido, se posicionou a Sexta Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Habeas Corpus n. 0129181-74.2011.8.26.0000, do qual se transcreve um trecho do voto do Relator Des. Ericson Maranhão. Confira-se:

[...]tratando-se, o paciente, de pessoa paraplégica, portador de cistostomia, sem controle de suas necessidades fisiológicas. É a solução que vai ao encontro, no caso concreto, da garantia do artigo 5.º, III, da Constituição Federal, no sentido de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, bem assim em prestígio do princípio da dignidade da pessoa humana (CF - art. 1º, III), máxime sendo notórias as condições precárias de nossos presídios para acolhimento de preso com tamanha debilidade, a exigir excepcionais cuidados, tudo decorrente de grave enfermidade.”3.- Ante o exposto, concedo a ordem, ratificando a liminar. (Julgado em 06/10/2011)

Assim, fica demonstrado que se o acusado é portador de doença considerada grave, a concessão da prisão domiciliar é medida que se impõe, tendo em vista a falta de estrutura do sistema penitenciário brasileiro.

3.1.3 Agente responsável por pessoa menor de 6 anos ou com deficiência

Neste caso, o preso poderá ser beneficiado com a prisão domiciliar, desde que, seja responsável por criança menor de 6 (seis) anos de idade ou por pessoa deficiente.

Na concepção de Silvio Maciel, houve uma falta de sensibilidade do legislador, visto que, a situação em tela, não possui como destinatário o preso,

mas sim a pessoa que depende dele, motivo pelo qual não poderia ter limitado a idade da pessoa protegida⁷⁸.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente não faz distinção de criança com idade inferior ou superior a 6 (seis) anos, ou seja, independentemente da idade, ambas as crianças possuem direitos idênticos.

Com isso, verifica-se uma falha do legislador ao estipular a idade menor de seis anos

Quanto ao dependente por portar deficiência, a lei não menciona se há necessidade de grau de parentesco, entendendo-se que seja qualquer pessoa que necessite de cuidados especiais, desde que, comprovada a sua imprescindibilidade.

3.1.4 Agente Gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco

No caso deste dispositivo, serão beneficiadas as mulheres em estado de gestação avançado, ou seja, a partir do sétimo mês de gravidez, terão o direito da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Ainda, serão beneficiadas através deste inciso, aquelas mulheres com gravidez de risco, a qual deverá ser comprovada por documento médico.

Vale destacar, que há doutrinadores que entendem que a situação em comento, poderá ser concedida não só nessas duas hipóteses, mas, também, quando o estabelecimento penal se mostrar inadequado para a manutenção de acusadas grávidas, seja qual for o estágio gestacional.

3.1.5 Prova idônea para o cabimento da prisão domiciliar

Cabe ao preso provar que se amolda em uma das situações previstas no art. 318, do CPP, devendo demonstrar ao juiz que faz jus a prisão domiciliar.

⁷⁸ GOMES & MARQUES, *op cit*, 2011, p. 168.

As situações elencadas nos incisos I e III, podem ser provadas mediante a apresentação de certidão de nascimento ou documento similar.

Já as contidas nos incisos II e IV, devem ser comprovadas através laudo médico ou outro meio conveniente.

Na sequência, serão analisadas cada uma das cautelares diversas da prisão, que estão previstas na nova redação dada ao art. 319 do CPP pela Lei n. 12.403/2011⁷⁹.

3.2 Comparecimento periódico em juízo

Como se sabe, essa medida não é nova no sistema penal brasileiro, visto que já vinha sendo usada quando da concessão de alguns benefícios, tais como: regime aberto, livramento condicional e o *sursis*.

Hodiernamente ela recebe o *status* de medida cautelar, que vem a ser uma restrição à liberdade, de forma acautelatória, para os delitos compatíveis com tal providência.

A medida em tela, tem por finalidade vincular o criminado ao processo, evitando que ele fuja do distrito da culpa ou atravanque o andamento processual e “serve também para o acusado comprovar que está exercendo ocupação lícita,

⁷⁹ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica. [...]

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

o que cria a presunção de que não continua a delinquir, ou seja, de que não está colocando em perigo a ordem pública⁸⁰”.

Ainda, é de se destacar, que a peridiocidade, determinada pelo juiz, deve ser razoável, de modo que não venha prejudicar a rotina do labor do increpado e deve estar em harmonia com a sua condição pessoal.

Nesse diapasão, o acompanhamento da vida do acusado é provisão positiva, porquanto, se apresentar comportamento incompatível ou se não cumprir o quanto determinado pode ser decretada a sua prisão preventiva.

Nesse sentido, cita-se como exemplo o julgamento do Habeas Corpus n. 70043883420, da Terceira Câmara Criminal, julgado em 04 de agosto de 2011, pela Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins e pelo Desembargador Ivan Leomar Bruxel do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do qual se transcreve um trecho da decisão:

[...] Após, verificado que não é o caso de manter o sujeito em liberdade sem nenhuma restrição (primeira opção), há que ser averiguada a adequação e necessidade das medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere (segunda opção). Somente quando nenhuma dessas for viável ao caso concreto é que resta a possibilidade de decretação da prisão processual (terceira opção). 2. No caso concreto, o paciente é primário, possui bons antecedentes do acusado e comprovou residência. Suficientes, no caso concreto, as cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere, mediante o comparecimento mensal e periódico em juízo e proibição de ausentar-se da Comarca sem autorização do juízo, nos termos do artigo 319, I e IV, do Código de Processo Penal.

Ainda, nessa mesma linha se traz o voto do relator Desembargador Rui Ramos Ribeiro do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, no Habeas Corpus nº 89023/2011, Classe CNJ - 307 - Comarca de São José do Rio Claro, nos seguintes termos:

Valendo-me dos princípios da adequação e da necessidade (art. 282 do CPP), entendo conveniente, diante do crime praticado e diante da comprovação de endereço certo e emprego fixo, restabelecer a liberdade ambulatorial mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais e imposição das medidas cautelares diversas da prisão constantes dos incisos I e IV do artigo 319 do Código de Processo Penal. Assim, deve ser o beneficiário advertido para: 1) Declarar o(s) endereço(s) em que poderá ser encontrada de modo claro e preciso; 2) Comunicar imediatamente ao juízo criminal a eventual mudança de endereço, fornecendo o novo em que poderá ser intimado dos atos processuais; 3) Comparecimento pessoal do paciente em juízo até o quinto dia útil de cada mês para esclarecer e justificar suas atividades; 4)

⁸⁰ GOMES & MARQUES, *op cit.* 2011, p. 182

Comparecer a todos os atos processuais; Deve ser advertido o beneficiário de que o descumprimento das medidas impostas importará em imediata expedição de mandado de prisão. Por todo o exposto, em dissonância com o Parecer, concedo a ordem para restabelecer a liberdade ambulatoria de Gilmar Pereira Fagundes, com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, nos autos do inquérito policial nº. 60/2007 e pedido de prisão preventiva nº. 01/2011, perante a 2ª Vara da Comarca de São José do Rio Claro/MT. É como voto.

Destarte, verifica-se dos julgados acima, que a medida prevista no inciso I do art. 319 do CPP, tem como objetivo principal, manter o indivíduo vinculado ao processo.

3.3 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

Assim como a medida anterior esta também não vem a ser novidade no ordenamento jurídico brasileiro, visto que, é uma das condições utilizadas tanto para a concessão do *sursis* como do livramento condicional e ainda, trata-se de pena alternativa prevista no artigo 47, IV, do Código Penal.

Porém, como medida cautelar alternativa ao cárcere, possui o escopo de privar o sujeito de atividades que venha a ter relação “com o contexto do delito anteriormente praticado⁸¹”, bem como evitar o cometimento de novas infrações.

Ressalta-se ainda, que o presente dispositivo é amplo, podendo o juiz impor a medida acautelatória a qualquer lugar que entenda conveniente, desde que esteja relacionado com a natureza do local, bem como com as condições pessoais do investigado/acusado.

Nesse sentido, exemplifica-se com o posicionamento da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, no julgamento do Habeas Corpus n. 0029299-17.2011.4.03.0000/MS, cujo relator foi o Desembargador Peixoto Júnior, do qual se transcreve um trecho do voto, *verbis*:

[...] Assim, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão obedecem aos requisitos da necessidade e adequação (artigo 282, incisos I e II, do CPP) e quanto à proibição de frequência a determinados lugares deve se referir a locais relacionados ao fato, evitando-se o risco de novas infrações (artigo 319, II, do CPP), tendo sido esta a opção do magistrado "a quo" na decisão ora impugnada,

⁸¹ TÁVORA & ALENCAR, *op cit*, 2011, p. 646.

aplicando medida cautelar alternativa à prisão, possibilidade prevista na legislação processual penal, ainda não havendo que se falar em desproporcionalidade da medida, haja vista a adequação desta à gravidade do delito em concreto, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado.

Dessarte, conclui-se que tal medida restringe o direito de ir e vir do cidadão, limitando-o a freqüentar determinados lugares que tenham relação com o fato ocorrido, evitando-se, dessa forma, nova incidência.

Nesse passo, é de se enfatizar que essa medida assim como algumas das demais previstas no art. 319 do CPP, não terá eficácia, uma vez que o Estado não possui condições de fiscalizar cada um dos beneficiados e, que apenas no caso de cometimento de nova infração é que o juiz tomará conhecimento do eventual descumprimento da medida outrora imposta.

3.4 Proibição de manter contato com pessoa determinada

Essa medida surgiu com a edição da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), como medida protetiva de urgência, que obriga o agressor manter-se afastado da ofendida, de seus familiares e até mesmo das testemunhas, fixando um limite mínimo de distância entre estes e o agressor⁸².

Enquanto medida cautelar diversa da prisão, visa impedir que o acusado/denunciado venha a prejudicar a investigação ou instrução processual, nos casos em que haja elementos que o suspeito poderá intimidar a vítima e/ou testemunha.

Vale lembrar, que o vocábulo “permanecer distante”, contido no dispositivo em comento, “deve ser tomado em seu sentido amplo e não apenas como sinônimo de distância física. O indiciado ou acusado deve se abster de qualquer espécie de contato com a pessoa (contato telefônico, eletrônico, etc.)⁸³”.

⁸² Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: [...]

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

⁸³ GOMES & MARQUES, *op cit*, 2011, p. 183.

Portanto, de nada adiantará a determinação judicial de afastamento físico, se o suspeito continuar perturbando a vítima ou testemunha por meio de telefonemas, mensagens eletrônicas ou outro meio similar.

Nesta medida, observa-se que o legislador logrou êxito, porquanto, sua fiscalização poderá ser feita pela própria vítima ou testemunha, que a qualquer momento poderá denunciar o descumprimento por parte do beneficiado com a medida, o que ensejará medida mais drástica por parte do judiciário.

3.5 Proibição de ausentar-se da Comarca

Esta providência tem por finalidade garantir que o acusado será encontrado sempre que necessário para prestar esclarecimentos. Além, de tentar garantir a presença do sujeito, no momento do cumprimento da pena, caso seja condenado.

Na concepção de Nucci “a imposição dessa medida cautelar, deve vir acompanhada de outra, mais relevante ao caso concreto⁸⁴”, o que pode ser verificado nas atuais jurisprudências, que tem cumulado essa medida com outras, como exemplo pode-se citar o excerto do v. acórdão proferido nos autos de Habeas Corpus nº 0034949- 36.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, pela 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, *litteris*:

[...] proferir a seguinte decisão: "Concederam a liberdade provisória ao acusado, impondo-lhe as medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I, IV e V do CPP. Expeça-se alvará de soltura clausulado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão⁸⁵.

Ainda, corroborando com a decisão acima transcrita, colaciona-se o v. acórdão proferido no Habeas Corpus n. 78912/2011 - Classe CNJ - 307 -

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 5ª Tiragem, 2011, p. 84.

⁸⁵ HABEAS CORPUS Alegação de ausência de indícios de autoria - Negativa de autoria não passível de discussão pelo presente writ Presença de materialidade e indícios de autoria suficientes à aferição da justa causa - Prisão cautelar que se mostra como exceção no nosso sistema Análise sob a ótica da Lei n.º 12403/11 - Inexistência de elementos que, concretamente, justifiquem a prisão preventiva Liberdade provisória concedida Ordem concedida. (TJ/SP, HC. nº 0034949- 36.2012.8.26.0000. 16ª Câmara Criminal, Relator Des. Newton Neves, Julgado em 29/05/2012)

Comarca de Rondonópolis, que tramitou perante a Terceira Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso, vejamos:

[...] proferiu a seguinte decisão: CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, COM DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DO PACIENTE, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVER PRESO, MEDIANTE AS SEGUINTE CONDIÇÕES: 1 -COMPARECIMENTO A TODOS OS ATOS DO PROCESSO; 2 - JUSTIFICADAÇÃO MENSAL DE SUAS ATIVIDADES EM JUÍZO; 3- PROIBIÇÃO DE AUSÊNCIA DA COMARCA ONDE É PROCESSADO POR MAIS DE - 8 (OITO) DIAS E DE SE MUDAR DE RESIDÊNCIA SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO A JUÍZO, TUDO NOS TERMOS DO ART. 319, DO CPP.⁸⁶

Como se vê dos julgados acima, a medida em tela geralmente é aplicada com outra a fim de se obter maior eficácia.

No entanto, esse efeito nem sempre se confirma, mormente porque essa providência é de difícil fiscalização, em razão do Estado não possuir estrutura suficiente para tal mister.

3.6 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga

Assim como as medidas já estudadas nesse capítulo, a providência em tela, não se trata de medida “nova”, porque já era aplicada quando da concessão de regime aberto, “na modalidade de prisão albergue domiciliar. Neste caso, o condenado deve recolher-se à sua casa todos os dias, no período noturno, bem como nos fins de semana e dias de folga⁸⁷”.

Denota-se, que para aplicação dessa medida, se faz necessário o preenchimento de dois requisitos, quais sejam, ter o acusado residência e trabalho fixos. A exigência do primeiro requisito é inconteste, vez que não há

⁸⁶ EMENTA *HABEAS CORPUS* - PRISÃO EM FLAGRANTE PELA PRÁTICA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO CONVERTIDA EM PREVENTIVA - LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA NA ORIGEM - PACIENTE SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS, COM OCUPAÇÃO LÍCITA E RESIDÊNCIA FIXA - MERA PRESUNÇÃO JUDICIAL DE FUGA - CONDUTA SEM GRAVIDADE EXCEPCIONAL - SUFICIÊNCIA DA MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, NOS MOLDES DO ART. 319 DO CPP – ORDEM CONCEDIDA. Sendo esta a primeira incidência penal do paciente, em evento delituoso de gravidade ordinária, e tratando-se de relativamente menor com ocupação lícita, residência fixa e antecedentes imaculados, avulta a suficiência das medidas cautelares diversas da prisão, que deve ser reservada a casos extremos, daí a pertinência da ordem liberatória mediante condições. (TJ/MT, HC. n. 78912/2011, 3ª Câmara Criminal. Relatora Des. Graciema R. de Caravellas, julgado em 31/08/2011)

⁸⁷ NUCCL, *op cit*, 2011. p. 84.

como aplicar tal medida, se o increpado não comprovar que possui um endereço fixo que poderá ser encontrado quando necessário for, quanto ao segundo, esse também parece ser relevante, pois, presume-se que quando o acusado possui um trabalho fixo, não há motivos para se mudar e/ou se furtar da justiça, pelo simples fato de ter que permanecer durante o pernoite e nos dias de folga em sua própria residência na companhia de seus familiares.

Ademais, verifica-se que essa medida, tem por escopo manter o indivíduo em casa quando não estiver trabalhando, visando garantir a aplicação da lei penal.

No caso concreto, tal medida “pode servir para garantir a ordem pública se tiver por finalidade evitar crimes cujas regras de experiência demonstram que eles são praticados a noite e nos horários de descanso da população⁸⁸”.

Vale ressaltar, que para a imposição dessa medida, o magistrado tem que verificar as condições pessoais do acusado, vez que em alguns casos o investigado labora no período noturno e/ou em escalas de revezamento, não podendo dessa forma, o mesmo ser prejudicado.

Por derradeiro, assim como algumas das medidas cautelares, “a obrigatoriedade de recolhimento noturno se mostra de difícil efetividade, frente as dificuldade de fiscalização por parte do Estado ⁸⁹”.

3.7 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica

A imposição desta medida visa garantir a preservação da ordem pública ou da ordem econômica, pois só será decretada para impedir a prática de novos delitos.

Ainda, como tal se mostra perfeita para os crimes contra a administração pública, bem como para as infrações econômicas, evitando-se, assim, a prisão do acusado.

⁸⁸ GOMES & MARQUES, *op cit*, 2011, p. 184.

⁸⁹ LIMA, Carlos Átila Pierre de. **Breves Comentários acerca das Medidas Cautelares previstas na Le n. 12.403/2011.** Disponível em <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4512>. Acessado em 04/06/2012.

Na concepção de Aury Lopes Júnior a proibição pelo exercício da função pública decorre do perigo da liberdade e dos acessos a bens públicos e da possibilidade do acusado cometer novas infrações penais, conforme segue:

[...] o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal” e “qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação (ou manutenção) da prisão preventiva.⁹⁰

Diante do exposto, nota-se que esta medida é aplicada com a finalidade preventiva, protegendo o patrimônio público e o próprio indivíduo.

Outrossim, é de se enfatizar que a aplicação desta medida, não impede que o investigado continue a receber seus proventos, “em face do *status* de inocência, e por ser mera suspensão⁹¹”, também por se tratar de providência cautelar, “não se confunde com a perda da função pública, do cargo ou do mandato eletivo⁹²”, que deverá ocorrer somente em caso de sentença condenatória transitada em julgado.

A fiscalização da medida em tela também se assemelha a de algumas já estudadas, tendo em vista que sua efetividade é duvidosa, pois o fato de distanciar o acusado das suas atividades, não quer dizer que o mesmo não continue praticando infrações penais às escuras.

3.8 Internação provisória do acusado

Essa medida, diferentemente das demais, só será aplicada em caso de crimes praticados com violência ou grave ameaça e, ainda, quando comprovada a incapacidade absoluta ou reduzida do indivíduo acometido de doença mental e que não compreende o caráter ilícito do fato praticado.

⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 70/73.

⁹¹ TÁVORA & ALENCAR, *op cit*, 2011, p. 647.

⁹² TÁVORA & ALENCAR, *op cit*, 2011, p. 647.

Cabe ressaltar, que para aplicação desta medida, será necessária a instauração de incidente de insanidade mental, a fim de verificar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente⁹³.

Por outro lado, Nucci leciona que:

...deve o juiz valer-se de seu poder geral de cautela, determinando a internação provisória, antes mesmo do laudo ficar pronto, pois é incabível manter-se em cárcere comum o doente mental, que exiba nítidos sinais de sua enfermidade. Sendo necessário, colher-se um parecer médico prévio ou fiar-se em documentos emitidos por médico particular para se chegar a tal medida, em caráter urgente⁹⁴.

Para Nucci, o magistrado, em decorrência das atribuições que lhe são conferidas, deve fazer o seu juízo de valor diante do caso concreto e determinar, se for o caso, a internação provisória antes mesmo do laudo médico ser lavrado.

Entretanto, a jurisprudência dominante é no sentido de que a instauração de incidente de insanidade mental e perícia concluída, são requisitos essenciais para a concessão da medida em tela, colha-se:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA E INIMPUTABILIDADE (artigos 157, §2º I e II, do Código Penal). Pedido de revogação da prisão preventiva e recolhimento do respectivo mandado, sob a alegação de que o Paciente sofre de doença mental e necessita de cuidados médicos especiais. Em que pese estar a prisão preventiva devidamente fundamentada, com base no que estabelece o art. 319, VII, do Código de Processo Penal, a medida cautelar a ser decretada ao paciente deve ser a de internação provisória, tendo em vista as conclusões da perícia elaborada em sede de Incidente de Insanidade, embora realizado em processo que tramita perante outro juízo. Outrossim, considerando a gravidade do delito perpetrado, as circunstâncias do fato e condições pessoais do Paciente, cuja periculosidade foi atestada por laudo oficial, sua liberdade provisória é inviável. Substituição da prisão preventiva pela medida cautelar de internação provisória que se impõe. Ordem parcialmente provida. (TJ/RJ – HC n. 0014287-46.2012.8.19.0000, Terceira Câmara Criminal, Relatora Des. Suimei Meira Cavalieri, julgado em 08/05/2012). (grifo nosso)

Ainda:

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. LEI MARIA DA PENHA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA (ART. 313, III, DO CPP) PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO

⁹³ AVENA. Norberto. **A medida cautelar de internação provisória, prevista no art. 319, VII, do CPP, pressupõe a prévia instauração de incidente de insanidade mental?** Disponível em <http://www.norbertoavena.com.br/detalhes-noticias-norberto-avena.php?menu=noticias&id=46>.

Acesso em 08 jun. 2012.

⁹⁴ NUCCI, *op cit*, 2011. p. 85-86.

PACIENTE. SEGREGAÇÃO NECESSÁRIA PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA E A INTEGRIDADE PESSOAL DA OFENDIDA E DE SUA FILHA DE APENAS 3 (TRÊS) ANOS DE IDADE. IMPETRAÇÃO, ADEMAIS, QUE OBJETIVA REDISCUTIR CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS JÁ DEBATIDAS EM WRIT ANTERIOR. POSTULADA A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PELA MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NO ART. 319, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. LAUDO ACERCA DA IMPUTABILIDADE OU SEMI-IMPUTABILIDADE DO ACUSADO NÃO CONCLUÍDO. ORDEM DENEGADA. (TJ/SC – HC n. 2012.028424-9, Segunda Câmara Criminal, Relator Des. Volnei Celso Tomazini, julgado em 05/06/2012). (grifo nosso)

Com efeito, verifica-se que o juiz deverá aguardar a conclusão do incidente de insanidade mental, para só então aplicar a medida em tela e, neste período, pressupõe-se que o indigitado deverá aguardar preso.

Vale destacar, ainda, que “a internação provisória é medida com a qual se visa resguardar a sociedade de pessoas que, em razão de problemas psíquicos, possuem elevada periculosidade, trazendo riscos se continuada a convivência no meio⁹⁵”.

Desse modo, a decisão judicial deve ser pautada no exame de sanidade mental realizado no acusado, prevenindo-se, a sociedade, bem como o próprio acusado de possível reiteração.

Finalmente, cumpre ponderar que o cumprimento desta medida se dará em Hospital ou Casa de Custódia e Tratamento.

3.9 Fiança

Entre as medidas cautelares a fiança é a mais conhecida, já que existia anteriormente a alteração promovida pela nova Lei de Prisões. Contudo o inciso VIII do artigo 319 da lei adjetiva penal lhe conferiu nova redação estabelecendo que deverá ser aplicada “nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial”.

⁹⁵ PEREIRA, Pedro Henrique Santana e SILVA, Fabiola de Melo. **O instituto da detração da pena e sua aplicabilidade em face das novas medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal.** Disponível em www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10921. Acesso em 08 jun. 2012.

Assim, extrai-se do dispositivo supra que esse instituto tem três finalidades: I) assegurar o comparecimento aos atos do processo; II) evitar a obstrução do seu andamento e; III) em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

A primeira hipótese é considerada como objetivo principal da fiança, tendo em vista que com o advento da Lei n. 12.403/2011, ela pode alcançar valores milionários, isto é, será fixada de acordo com a situação financeira do acusado, assegurando assim o comparecimento do imputado no decorrer da persecução criminal.

A título de exemplo cola-se o acórdão proferido no Habeas Corpus n. 70046901138/2011, julgado em 25/01/2012, que tramitou perante a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo entendimento foi unânime no sentido de aplicar a fiança no valor equivalente a dez salários mínimos, *verbis*:

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em conceder parcialmente a ordem, para o fim de conceder liberdade provisória a JONES DENIZ SILVEIRA DA ROSA mediante o pagamento de fiança, no equivalente ao valor de 10 (dez) salários mínimos atuais. Expeça-se alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

Conforme se verifica do julgado acima, o valor da fiança foi fixado de acordo com a condição econômica do acusado, presumindo-se que devido a importância recolhida está garantida a presença do beneficiado no decorrer do processo-crime, contudo, em caso de quebra da fiança, o investigado poderá perder parte do valor pago e ainda, ter sua prisão decretada (art. 343, CPP).

Já em relação a segunda finalidade da fiança, evitar a obstrução do andamento processual, anota-se que para tal fim existem outras medidas cautelares diversas da prisão que possuem mais eficácia.

Atinente a terceira hipótese, a fiança poderá servir de opção para outras medidas, por exemplo, no caso de descumprimento da medida inserta no inciso I do art. 319 do CPP, o juiz poderá substituí-la e/ou cumular com a fiança (art. 282, § 4º), advertindo o acusado que em caso de quebra da fiança poderá perder o valor prestado, bem como lhe será decretada a prisão caso haja necessidade.

A fiança funciona como “uma garantia real, consistente no pagamento de determinado valor em dinheiro ou na entrega de bens ao Estado⁹⁶”, ou seja, quando da sua prestação o indivíduo tem sua liberdade garantida, desde que compareça a todos os atos processuais a que for intimado, visando o regular andamento do feito.

Destaca-se que tal medida pode ser estabelecida em qualquer tipo de delito, desde que observados os requisitos elencados no artigo 282 do Diploma Processual.

3.10 Monitoração eletrônica

A monitoração eletrônica foi inserida no ordenamento jurídico, pela primeira vez, através da Lei n. 12.258/2010 com o fito de monitorar presos condenados, em duas hipóteses: saída temporária no regime semiaberto e prisão domiciliar.

E, recentemente com a instituição da Lei n. 12.403/2011 ganhou lugar entre as medidas cautelares diversas da prisão, onde possui como finalidade primordial fiscalizar o acusado à distância a fim de diminuir o número de encarcerados nos presídios brasileiros, além de resguardar a instrução criminal.

Cabe salientar, que o uso de dispositivo eletrônico apresenta uma vasta abrangência, pelo fato de englobar todas as finalidades das cautelares, que são a garantia da ordem pública, da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Entretanto, esta medida foi taxada de “medida invasiva”, uma vez que o beneficiário “tem vários dos seus direitos violados e ainda perde totalmente a liberdade⁹⁷”.

Nesse ponto, observa-se que esta dita “invasão” será na maioria dos casos preferida ao invés do encarceramento, porquanto, contribuirá para a reinserção do condenado à sociedade, de modo que, mesmo tendo seus passos

⁹⁶ NUCCI, *op cit*, 2011. p. 86.

⁹⁷ GOMES & MARQUES, *op cit*, 2011, p. 188.

rastreados estará ao lado de seus familiares e, ainda, não perderá o emprego, diminuindo-se assim os índices de reincidência penal.

Por outro lado, há quem acredite que esta será de grande valia, tendo em vista que conta com três finalidades: “a detenção: manter o indivíduo em lugar determinado, a restrição: para que o agente não frequente determinados ambientes e a vigilância: da rotina do agente⁹⁸”.

Vislumbra-se, assim, que o monitoramento eletrônico é mais recomendável, pois o custo para o Estado é significativamente menor do que a manutenção do cidadão no cárcere, conforme declara Domingos Dutra, no relatório final da CPI do Sistema Penitenciário:

A experiência aponta que o uso do monitoramento eletrônico do preso reduz sobremaneira o custo de sua manutenção pelo Estado, reduz a superlotação e tem controle eficiente pelo Estado. Recomenda-se ao Senado Federal a aprovação urgente do Projeto Lei aprovado pela Câmara, referente a matéria⁹⁹.

Nesse liame, convém destacar, que o uso da monitoração eletrônica será mais viável ao Estado do que o encarceramento, isso porque, além de baixar custos relacionados a manutenção, também diminuirá a população carcerária que chega, atualmente, há, aproximadamente 496.251 presos, sendo destes 164.683 presos provisórios, perfazendo um total 33,1% da massa carcerária, sem falar que o número de vagas existentes é de apenas 298.275 em todo o país¹⁰⁰.

No entanto, a fiscalização eletrônica, no momento, se mostra inoperante, porque o Estado não dispõe de recursos financeiros para tanto, e conseqüentemente, a realidade prisional brasileira não terá relevantes alterações com a esta medida.

⁹⁸ LIMA, Renato Brasileiro *apud* Távora & Alencar, *op cit.*, 2011, p. 649.

⁹⁹ DUTRA *apud* SCHEFFER, Fabricio da Silva. **O uso da monitoração eletrônica como alternativa ao encarceramento.** Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35833/000816790.pdf?sequence=1>. Acesso em 05 jun. 2012.

¹⁰⁰ CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em www.cnj.jus.br. Acesso em 05 jun. 2012.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho verificou-se que as inovações inseridas no ordenamento penal brasileiro pela nova Lei de Prisões, a qual consolidou a existência de apenas três modalidades de prisão cautelar, inserindo, ainda, medidas cautelares alternativas a prisão processual, tendo, como uma de suas finalidades, evitar que pessoas que tenham cometido crimes considerados de menor reprovabilidade social aguardem o deslinde processual presas se, em caso de condenação, a pena privativa de liberdade seria, no mais das vezes, convertida em pena restritiva de direitos.

Também foi possível constatar o enrijecimento das normas relativas a prisão processual. Nesse passo, o indivíduo infrator da norma não mais pode aguardar o deslinde das investigações policiais ou do processo penal sob a modalidade da prisão em flagrante, porquanto esta deve ser convertida, assim que o magistrado apreciar o auto correlato, em prisão preventiva, quando não for suficiente a imposição de medida cautelar diversa do cárcere ou não for cabível a liberdade provisória.

Verificou-se as hipóteses de cabimento das prisões em flagrante, preventiva e temporária, bem assim as medidas cabíveis para afastar cada uma das modalidades de prisão cautelar, a saber: relaxamento da prisão ilegal, revogação da prisão preventiva e liberdade provisória (com e sem fiança).

Destarte, fora esclarecido que para cada modalidade de prisão processual, há uma medida de contracautela específica, para refutar a decisão que decretou a medida extrema.

Cumpre, ainda, ressaltar, que o legislador ordinário conferiu nova roupagem à prisão preventiva, delimitando as hipóteses de cabimento para, como salientado alhures, evitar que um indivíduo permanecesse preso durante o desenrolar processual quando, em caso de condenação, fosse colocado em regime menos gravoso e, por conseguinte, posto em liberdade, evitando-se assim uma verdadeira injustiça.

Contudo, o tema deste trabalho, considerado por muitos como sendo a grande inovação na lei processual penal, é a possibilidade de imposição de

medida cautelar que seja suficiente e proporcional ao delito cometido, mas, que ainda assim, deverá salvaguardar a ordem pública e econômica, garantindo a instrução processual e eventual aplicação da lei penal, sem que seja preciso privar o cidadão do seu direito à liberdade.

Nesse passo, cumpre ponderar que apesar de consideradas um grande marco no ordenamento processual penal, certo é que as medidas cautelares diversas da prisão em muito se assemelham com a chamada liberdade provisória vinculada, outrora prevista na lei processual penal.

É, ainda, de se dizer que mesmo antes do seu advento haviam doutrinadores que defendiam a possibilidade de o magistrado, valendo-se do seu poder geral de cautela, agasalhar o autor do fato com medidas alternativas a prisão que fosse suficiente para garantir o bem estar social, evitando-se a perpetuação do delito praticado, sem cercear a liberdade de ir e vir.

Contudo, não obstante a boa intenção do legislador, o qual andou bem em reformar o Código de Processo Penal no que atine a prisão processual, adequando a tão vetusta lei para a atual realidade brasileira em reverência aos direitos e garantias individuais do cidadão estampadas em nossa Carta Magna, certo é que o aparelho Estatal não se encontra apto à boa e necessária aplicação da Lei de Prisões.

Isso porque, conforme já salientado, não possui os instrumentos necessários para a devida fiscalização das medidas alternativas a prisão processual eventualmente aplicada pelo Judiciário Brasileiro, eis que os profissionais da área de segurança são escassos e mal aparelhados, não estando, ainda, aptos a verificar o cumprimento das alusivas condições, em sua maioria.

Mas, ainda assim, e dentro das limitações apontadas, as medidas cautelares diversas da prisão têm conseguido se efetivar, produzindo os efeitos almejados pelo legislador, ainda que não com a dimensão esperada.

Verificou-se ainda, que as alterações promovidas pela Lei nº.12.403/2011 possibilitou o sistema multicautelares no ordenamento jurídico brasileiro, pois, nos termos do artigo 319 Código Processo Penal, os magistrados não estão mais limitados a prisão e a liberdade provisória, podendo, observar o princípio da

proporcionalidade, aplicar quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão separadamente ou cumulativamente.

As inovações da Lei 12.403/2011 facilitou a valorização de alguns princípios constitucionais, tais como a presunção de inocência, da legalidade, da razoabilidade entre outros, tornando a prisão uma exceção enquanto que a liberdade é regra constitucional.

Finalmente, espera-se que o dia de amanhã, quando o Estado estiver efetivamente preparado para fiscalizar as medidas substitutivas da prisão, de modo que seja realmente possível impô-las como verdadeira alternativa ao cerceamento de liberdade de ir e vir, porquanto, atualmente, a impressão que se tem é de que enquanto o Poder Judiciário não estiver completamente certo de que tais medidas serão suficientes para a repressão da criminalidade, somente em poucas situações as medidas cautelares diversas da prisão terão incidência e a prisão, infelizmente, continuará sendo a regra, ao invés da exceção.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Moacir Martini de. **Lei nº 12.403/11: avanço ou retrocesso na busca do sistema ideal?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2949, 29 jul.2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19652>>. Acesso em: 16 abr. 2012

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 5ª.ed. São Paulo: Método, 2010

_____. **A medida cautelar de internação provisória, prevista no art. 319, VII, do CPP, pressupõe a prévia instauração de incidente de insanidade mental?** Disponível em <http://www.norbertoavena.com.br/detalhes-noticias-norberto-avena.php?menu=noticias&id=46>. Acesso em 08 jun. 2012.

BIANCHINI, Alice. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

BITERCOURT, Cezar Roberto. **Trato de Direito Penal: parte geral**. 11ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2007

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11). Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Direito e Justiça, Paraná**, ano 12, n.1611, 01 jul.2011. Disponível em: < <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/541437/?noticia=medidas+cautelares+penais+lei+1240311+novas+regras+para+a+prisao+preventiva+e+outras+polemicas>>. Acesso em: 27 fev.2012.

BULLA, B. NUNES, Fabiana Barreto. **Nova lei vai tirar da cadeia quem não deveria estar lá, dizem especialistas**. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/52112/nova+lei+vai+tirar+da+cadeia+quem+nao+deveria+estar+la+dizem+especialistas.shtml>> Acesso em 15 mar 2012

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2010

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Niterói, 2009

FELIPE, Lucas Ferreira. **Um breve estudo sobre as alterações trazidas pelo advento da Lei nº 12.403/2011**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2949, 29 jul.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19644>>. Acesso em: 16 abr. 2012

GARCETE, Carlos Alberto. **Breves impressões acerca da novel Lei n. 12.403/2011**: lei das novas medidas cautelares penais. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/39818>>. Acesso em: 19 mar. 2012

GOMES, Luiz Flavio. **A lei das medidas cautelares é um avanço?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-23/coluna-lfg-lei-medidas-cautelares-alternativas-avanco>> Acesso em 15 mar. 2012.

GOMES. Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luís, **Prisão e Medidas Cautelares**, 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Carlos Átila Pierre de. **Breves Comentários acerca das Medidas Cautelares previstas na Lei n. 12.403/2011**. Disponível em <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4512>. Acessado em 04/06/2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

MARCÃO, Renato. **Lei nº 12.403/11: o art. 310 do CPP e a inafiançabilidade na visão do STF**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19676/lei-no-12-403-11-o-art-310-do-cpp-e-ainafiancabilidade-na-visao-do-stf> > Acesso em: 15 mar 2012

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2010

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**, 5ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 7ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Prisão e Liberdade**, 5ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15 edição. Ed Lúmen Júris 2011

PEREIRA. Pedro Henrique Santana e SILVA. Fabiola de Melo. **O instituto da detração da pena e sua aplicabilidade em face das novas medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal**. Disponível em www.ambito-

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10921.
Acesso em 08 jun. 2012.

SCHEFFER, Fabricio da Silva. **O uso da monitoração eletrônica como alternativa ao encarceramento.** Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35833/000816790.pdf?sequence=1>. Acesso em 05 jun. 2012.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A. R. C., **Curso de Direito Processual Penal**, Ed.Podivm, Salvador, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11^a.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009