

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO BACHARELADO EM DIREITO**

TIAGO TEIXEIRA RIBEIRO

**LIBERDADE PROVISÓRIA, PRISÃO PREVENTIVA E DEMAIS MEDIDAS
CAUTELARES DO PROCESSO PENAL APÓS A LEI 12.403/2011**

Campina Grande – PB
2012

TIAGO TEIXEIRA RIBEIRO

**LIBERDADE PROVISÓRIA, PRISÃO PREVENTIVA E DEMAIS MEDIDAS
CAUTELARES DO PROCESSO PENAL APÓS A LEI 12.403/2011**

Trabalho de Conclusão de Curso - TCC apresentado a coordenação do curso de Direito, da Faculdade Reinaldo Ramos - FARR, como requisito para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito, pela referida instituição.

Orientador: Prof. Esp. Felipe Augusto de Melo e Torres.

Campina Grande – PB

2012

TIAGO TEIXEIRA RIBEIRO

**LIBERDADE PROVISÓRIA, PRISÃO PREVENTIVA E DEMAIS MEDIDAS
CAUTELARES DO PROCESSO PENAL APÓS A LEI 12.403/2011**

Aprovado em: 18 de Junho de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Esp. Felipe Augusto de Melo e Torres - FARR
Presidente - Orientador

Prof^o. Esp. Francisco Iasley Lopes de Almeida - FARR
1^o Examinador

Prof^o. Esp. Rodrigo Araújo Reül - FARR
2^o Examinador

Prof^a. Dr^a. Maria Rodrigues de Souza - FARR
3^a Examinadora

Dedico este trabalho de conclusão da graduação a Deus, sempre presente em minha vida. A minha esposa, aos meus pais, irmãos e amigos que de muitas formas me incentivaram e ajudaram para que fosse possível a concretização deste sonho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por sua graça e misericórdia sobre minha vida, que me capacitou, supriu todas as minhas necessidades e me abençoou com sabedoria para que pudesse concluir este trabalho. Obrigado meu Deus por tudo.

A minha esposa Iris, por tanto amor e companheirismo, por enfrentar comigo tanto as horas difíceis, como as de felicidade, tendo tido sabedoria de entender a minha ausência durante a elaboração deste trabalho e compreender a importância dessa conquista, dando força em todos os momentos. Obrigado amor.

Aos meus pais Paulo e Carmen, pelo amor incondicional e pela paciência. Por terem feito o possível e o impossível para me oferecerem a oportunidade de estudar, por sentirem junto comigo todas as angústias e felicidades, acompanhando cada passo de perto, acreditando e respeitando as minhas decisões e nunca deixando que as dificuldades acabassem com os meus sonhos, serei eternamente grato. Obrigado Pai e Mãe.

Aos meus irmãos Renato e Felipe, minhas cunhadas Marcela e Alinne, que mesmo inconscientemente, me incentivaram, sendo mais do que irmãos e cunhadas, sendo amigos a correr atrás dos meus objetivos, agradeço de coração.

Ao meu orientador, Felipe Augusto de Melo e Torres, que disponibilizou suas orientações e seus conhecimentos, sempre com muito empenho, paciência, confiança e credibilidade.

A Mary Delane, professora de Metodologia, por sua paciência e saber na disciplina, sempre disposta a ajudar no seu incansável trabalho.

Aos coordenadores do Curso de Direito, Francisco Iasley e Rodrigo Reül, por imensa contribuição dada a mim, me incentivando e dando todo o suporte necessário a conclusão do curso, na qual estendo meu agradecimento a todos os professores que me ensinaram no decorrer da graduação.

Ao Dr. José Francisco Fernandes Júnior, pela disponibilidade e imensa ajuda em todos os momentos.

Agradeço também, a todas as pessoas que contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão deste trabalho, em especial aos meus amigos, Alisson Agra, Ricardo Victor, Pedro César, Juarez Barboza, Joabe Pereira, Lamarck Silveira e Robervânia Barbosa, pela força nas horas mais difíceis, pelos conselhos e companheirismo em todo o tempo.

Por fim, aos professores que fazem parte da Banca Examinadora que se dispuseram a comparecer e avaliar este trabalho. Muito obrigado.

A todos vocês minha eterna gratidão, por poder compartilhar deste momento tão especial em minha vida.

O temor do Senhor é o princípio da sabedoria; têm bom entendimento todos os que cumprem os seus preceitos; o seu louvor subsiste para sempre.

Salmos 111:10

RESUMO

A presente monografia busca abordar a temática da liberdade provisória, da prisão preventiva, bem como das demais medidas cautelares alternativas dentro do processo penal brasileiro após a Lei 12.403/11, que teve como objetivo modificar o Código de Processo Penal no Brasil. Detectou-se que o novo regramento processual tem como objetivos principais a adequação das normas constitucionais aos procedimentos processuais penais, respeitando preceitos da Carta Magna, e ao mesmo tempo, contribuindo para a diminuição da quantidade de presos provisórios, ajudando, assim, o sistema carcerário brasileiro e respeitando a dignidade humana dos presos no país. Ainda traz a possibilidade da aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, com isto, enfatizando ainda mais a regra do processo penal, que é a liberdade provisória. Deixa bem claro as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, que ainda é perfeitamente aplicável no processo penal brasileiro. Inova com o aumento de poder da autoridade policial quanto ao arbitramento da fiança e faz algumas modificações neste instituto quanto ao valor e as hipóteses de não cabimento.

Palavras-chave: Lei 12.403/11. Liberdade Provisória. Prisão Preventiva. Medidas Cautelares. Fiança.

ABSTRACT

The present monograph aims to discuss about provisional freedom, preventive detention and others alternative precautionary measures from Brazilian criminal procedure after the Law 12.403/11, which aimed to modify the Code of Criminal Procedure in Brazil. It was observed that the new procedural rule mainly objectives the suitability of the constitutional rules to the criminal procedural procedures, agreeing with the precepts of the Federal Constitution, and at the same time, decreasing the amount of provisional prisoners. This supports the Brazilian prison system and respects the human dignity of the prisoners in this country. In addition, this enables the application of precautionary measures distinct from prison, thus emphasizing the criminal procedure rule which is the provisional freedom. It clarifies the hypothesis of the preventive detention suitability, which remains quite useful into the Brazilian criminal procedure. It make changes when increases the power of the police authority concerning to the bail judgment, in addition, it modifies this subject in relation to the cost and to the hypothesis of inadequacy.

Keywords: Law 12.403/11. Provisional freedom. Preventive detention. Precautionary measures. Bail.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
Art.	Artigo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.....	16
2.1	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA VOLTADA PARA OS PRESOS NO BRASIL.....	16
2.2	PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	18
3	LIBERDADE PROVISÓRIA.....	20
3.1	REGIME JURÍDICO DA LIBERDADE PROVISÓRIA.....	21
4	PRISÃO PREVENTIVA.....	24
4.1	REQUISITOS LEGAIS.....	24
4.1.1	Cabimento da prisão preventiva.....	25
4.1.2	Prova da existência do crime.....	28
4.1.3	Indícios suficientes de autoria.....	28
4.2	FUNDAMENTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	29
4.2.1	Garantia da ordem pública.....	29
4.2.2	Garantia da ordem econômica.....	31
4.2.3	Conveniência da instrução criminal.....	32
4.2.4	Certeza da aplicação da lei penal.....	33
4.2.5	Descumprimento de obrigações impostas por outras medidas cautelares.....	34
4.3	MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO, EXCETO A FIANÇA.....	35
4.3.1	Procedimento das medidas cautelares alternativas à prisão.....	38
5	FIANÇA.....	41
5.1	ARBITRAMENTO DA FIANÇA.....	42
5.2	A FIANÇA E O DELEGADO DE POLÍCIA.....	42
5.3	VALOR DA FIANÇA.....	43
5.4	A FIANÇA E A SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ACUSADO OU RÉU (ESTADO DE POBREZA).....	44
5.5	HIPÓTESES DE NÃO CABIMENTO DA FIANÇA.....	45

6	METODOLOGIA.....	49
7	CONCLUSÃO.....	50
	REFERÊNCIAS.....	52
	ANEXO – Lei 12.403/2011.....	53

1 INTRODUÇÃO

No final de 2010, o Brasil atingiu o número de mais de 500 mil presos. Desse total, 44% são de presos provisórios, mais de 200 mil pessoas presas cautelarmente, muitas poderiam estar em liberdade, mas continuam sob a custódia do Estado antes mesmo de encerrada a ação penal e de eventual condenação. Isso ocorre por força da antiga sistemática da prisão, que era antiquada, ou seja, priorizava a privação da liberdade como única forma de garantir a ordem pública, a ordem econômica, a lisura da instrução criminal e para assegurar o cumprimento de eventual pena imposta¹.

Frente a esta questão, qual a pergunta que deveria ser feita? Obviamente, a questão principal consiste na seguinte indagação, todas essas prisões são realmente necessárias?

A resposta correta seria, não, basta parar para analisar o sistema jurídico do país, para perceber que há um excesso de rigor ao aplicar as prisões provisórias por parte de alguns juízes, que tornam a medida cautelar com esse posicionamento, uma regra ao invés de uma exceção banalizando este tipo de prisão, aonde muitas pessoas cumprem suas penas, provisoriamente, antes mesmo de serem condenadas.

Por força do alto índice de prisões cautelares, torna-se necessário cuidar de medidas alternativas para elas, frente a esta situação surgiu a Lei 12.403/2011. Esta nova lei sinaliza com respeito ao princípio constitucional da inocência, da duração razoável da prisão cautelar, da dignidade humana dos presos.

Pode-se resumir as principais alterações trazidas pela reforma da seguinte forma:

- Ampliação do rol de medidas cautelares, antes centradas na prisão preventiva e na liberdade provisória (Art. 282 do CPP atual).

- A prisão preventiva passou a ser medida cautelar excepcional, aplicável apenas se outras cautelares restarem insuficientes ou forem de aplicação impossível (Art. 282, § 6º do CPP atual).

¹GOMES, Luiz Flávio, BUNDUKY, Mariana Cury. **Sistema prisional brasileiro**: quase 2 presos por vaga. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/sistema-prisional-brasileiro-quase-2-presos-por-vaga/#more-14123>. Acesso em: 6 maio 2012.

- Compatibilização das hipóteses em que um indivíduo pode ser preso com a regra constitucional do art. 5º, LXI, CF: “LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

- Encerra-se de uma vez por todas, qualquer discussão a respeito de quais são as prisões processuais existentes no Brasil: apenas a prisão preventiva e a prisão temporária. Todas as demais estão revogadas (Art. 283 do CPP atual).

- Torna obrigatória a separação de presos provisórios dos definitivamente condenados. A pessoa presa ganhou uma garantia e a não separação, pela autoridade responsável, caracterizará constrangimento ilegal (Art. 300 do CPP atual).

- Amplia a garantia de comunicação obrigatória à Defensoria Pública, caso o preso não apresente advogado constituído, além da família e do juiz competente (Art. 306 do CPP atual).

- O juiz, ao ser comunicado do flagrante, terá três caminhos a seguir: relaxar a prisão que for ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória com medidas cautelares ou sem medidas cautelares (Art. 310 do CPP atual).

- Altera o rol do Art. 313, de cabimento da prisão preventiva, inclusive possibilitando a decretação quando de eventual descumprimento de outras medidas cautelares. A prisão preventiva só será decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos ou se houver reincidência em crime doloso ou ainda se o crime praticado envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

- Revogou-se a hipótese de prisão do réu vadio.

- Disciplina o cabimento da prisão domiciliar (Arts. 317 e 318 do CPP atual).

- Regula o cabimento da liberdade provisória para todas as hipóteses quando ausentes os requisitos da prisão preventiva. Nesse caso, deve o juiz impor uma das medidas cautelares do art. 319, alternativas à prisão.

- Eliminou-se, de vez, a prisão administrativa, após reconhecimento jurisprudencial de incompatibilidade com a Constituição, por parte da doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal.

- Ampliação das hipóteses de fiança, com aumento de seu valor.
- Criação do banco de dados de mandados de prisão em âmbito nacional, atualizado, a ser regulamentado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

No entanto, neste trabalho monográfico não será estudado todas as mudanças trazidas pela referida Lei, contudo, analiso as que entendo mais relevantes para o que foi proposto neste estudo científico.

Frente ao exposto têm-se como problema de pesquisa a preocupação de se estudar tal campo do conhecimento, que se identifica com a necessidade de compreender alguns pontos da Lei 12.304/2011, especialmente porque aqui se vislumbra o direito a liberdade do indivíduo, observando, assim, as regras constitucionais que, agora, se coadunam com a Lei infraconstitucional vigente no País.

Portanto tem-se como objetivo geral deste estudo, analisar algumas mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011, buscando no objetivo específico, a prioridade na análise da liberdade provisória e as possibilidades que o magistrado tem para a decretação da prisão preventiva do acusado ou réu, trazendo a discussão para o princípio constitucional penal de inocência e o direito fundamental da dignidade da pessoa humana dos presos, verificando quais as possibilidades de medidas cautelares diversas da prisão e, trazendo ainda, o estudo das principais mudanças ocorridas no instituto da fiança, após a entrada em vigor da referida Lei.

2 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA VOLTADA PARA OS PRESOS NO BRASIL

Primeiramente, a dignidade da pessoa humana vem descrita na Constituição Federal como fundamento, nos seguintes termos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Como se vê, a Constituição incluiu a dignidade da pessoa humana na condição de princípio fundamental e não no rol dos direitos e garantias fundamentais, desta forma, preceitua Fladimir Jerônimo Belinati Martins (2003, p. 63),

[...] o exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores, seja efetivamente preservado.

Entendo a conceituação da dignidade da pessoa humana trazida por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Desta forma a dignidade da pessoa humana abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade e é importante ressaltar que, para considerar

aspectos jurídicos a partir das relações voltadas ao desenvolvimento do ser humano, Flademir Jeronimo Belinati Martins (*op. cit.*), entende que:

[...] conceber a dignidade da pessoa humana como fundamento da República significa admitir que o Estado brasileiro se constrói a partir da pessoa humana, e para servi-la. Implica, também, reconhecer que um dos fins do Estado brasileiro deve ser o de propiciar as condições materiais mínimas para que as pessoas tenham dignidade.

Voltando-se para as prisões brasileiras, verifica-se no cotidiano a violação total ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que no atual estágio em que se encontram certas prisões, verifica-se a incapacidade de oferecer ao condenado, ou ao preso provisório, a tão falada ressocialização.

Devido à precariedade que vive o sistema penitenciário brasileiro, verifica-se que se torna impraticável realizar a reintegração social do condenado, porque em muitas, se não a maioria das penitenciárias, não oferece trabalho ou estudo ao preso, o que o torna escravo da privação de liberdade sem nenhum retorno para ele próprio e para a sociedade em geral.

Isso resulta na ausência de tratamento penal devido, que deveria, por lei, ser propiciado ao condenado. Há também, a convivência com a degradação material das penitenciárias, que a cada dia ficam mais velhas, sem cuidados do governo, resultando numa péssima qualidade de vida para os aprisionados.

Outro fator que contribui para a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, é a superlotação das unidades prisionais no nosso País, hoje o sistema prisional tem a população carcerária de mais de 500.000 mil presos². Pessoas são entulhadas, como um depósito de seres humanos, nas delegacias, os presos provisórios, nos presídios, os condenados. Todavia, se provisório ou condenado, não importa, o que deve se levar em conta é que todos tem dignidade, a qual é claramente violada.

O Estado, detentor do direito de executar a pena, ao invés de devolver a sociedade um ser humano ressocializado, lança-o para fora das penitenciárias, sem qualquer averiguação se ele pode vir a integrar novamente o seio social, o que na maioria das vezes, faz com o que a sociedade reprove o indivíduo recém saído, e

² GOMES, Luiz Flávio, BUNDUKY, Mariana Cury. **Sistema prisional brasileiro**: quase 2 presos por vaga. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/sistema-prisional-brasileiro-quase-2-presos-por-vaga/#more-14123>. Acesso em: 6 maio 2012.

propicia que ele não tenha mais oportunidades de emprego e renda, fazendo com o que ele volte a delinquir, engrossando o número de reincidentes.

Fica a esperança que, em um Estado Democrático de Direito que mereça ostentar tal condição, se pressupõe respeito à dignidade da pessoa humana e a busca da inserção do preso em sua ordem estatal, reconhecendo e assegurando os direitos e garantias fundamentais, para que o indivíduo se sinta incluído na sociedade em que vive, para que as finalidades da pena tenham seus objetivos alcançados, e o indivíduo retorne, ressocializado, para o bem da sociedade.

2.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Lei 12.403/2011 foi bastante elogiada pela maioria da doutrina, tendo em vista a banalização das prisões cautelares que até então vinha ocorrendo, na prática processual, antes da promulgação da referida Lei. Deve-se compreender que, em conformidade com o art. 5º, LVII, da CF, o princípio da inocência é regra em nosso ordenamento jurídico, portanto, as situações que levam o indivíduo a uma medida restritiva de liberdade é uma exceção em nosso país.

Segundo Pedro Lenza (2008, p. 626), o princípio da inocência garante a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao Ministério Público ou à parte acusadora provar a culpa.

Respeitando este princípio constitucional, a reforma trazida pela Lei 12.403/2011 foi muito importante, tendo em vista que é indiscutível a supremacia da Constituição frente a toda e qualquer norma que venha a ser editada no ordenamento jurídico, neste diapasão, a mudança conferida pela lei 12.403/2011 vem abraçar o princípio da presunção de inocência, conferindo uma harmonia da norma infraconstitucional com a Constituição.

Assim, a prisão preventiva deverá ser determinada somente quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar ou no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas pelo juiz.

Portanto devemos refletir sobre o princípio do *in dubio pro reo*³, que mais do que nunca é a consagração do princípio da inocência e destina-se a não permitir que o agente possa ser considerado culpado em algum crime enquanto restar

³ *In dubio pro reo*: Na dúvida, a favor do réu.

dúvida sobre sua inocência, devendo o Estado angariar provas suficientes da materialidade à autoria do crime, e não conseguindo fazer isso, deve absolver o acusado em virtude do princípio do *in dubio pro reo*, para que a garantia da liberdade prevaleça sobre a pretensão punitiva do Estado.

3 LIBERDADE PROVISÓRIA

Segundo Fernando Capez (2011, p. 332) a liberdade provisória “é o instituto que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas”.

Para Antônio Alberto Machado (2012, p. 673) a liberdade provisória “é definida como o direito de não ser preso durante a instrução do processo até o seu julgamento final, portanto é uma regra a ser observada no campo do processo penal”.

De fato, a prisão provisória de indiciados e réus é tida pela maioria dos autores, pela jurisprudência, e até pelo CPP, como medida excepcional, a ser levada a efeito em último caso, quando indiscutível a sua necessidade. Isso implica dizer que a liberdade do réu ou investigado, antes ou no curso do processo, durante o desenrolar da instrução até o advento da sentença final, deve ser mesmo a regra geral.

A prisão preventiva é medida que atenta severamente contra a liberdade individual da pessoa, uma vez que se constitui em prisão sem culpa formada e sem a correspondente imposição de pena. Portanto, essa medida constritiva somente há de ser decretada em casos excepcionais, cercadas das necessárias cautelas, a fim de que não se constitua num mecanismo de punição antecipada e de injustiça. Nesse sentido, os arts. 321 e 282, § 6º do CPP:

Art. 321: ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória.

Art. 282, §6º: a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Por isso que o instituto da liberdade provisória é instrumento de preservação de direito fundamental do réu, e principalmente por causa da presunção de inocência, já comentada no tópico anterior, que deve orientar todos os momentos da persecução penal (Art. 5º, LVII, CF), apresenta-se como cautela indispensável, ou seja, como a regra a ser observada nos processos em geral.

A liberdade provisória tem o manifesto propósito de evitar os efeitos nocivos provocados pelo encarceramento antecipado. De um lado, porque a prisão,

sem culpa formada, pode ser injusta e estabelece um problemático confronto com o princípio liberal de inocência, do outro lado, porque a realidade carcerária entre nós se encontra extremamente deteriorada e toda essa deterioração poderá projetar reflexos danosos na pessoa do acusado, com conseqüências, muitas vezes, irreparáveis do ponto de vista físico, moral e psicológico. É por isso que alguns consideram que o recurso freqüente ao instrumento da custódia preventiva pode configurar uma espécie de barbárie, especialmente quando não há ainda um juízo seguro sobre a culpabilidade do indivíduo.

De modo que, não restam dúvidas de que diante da Lei 12.403/2011, se faz da liberdade provisória a regra ordinária nos processos, se é que se pretende mesmo salvaguardar a liberdade de todos aqueles que ainda não foram definitivamente condenados e, portanto, sempre poderão ser declarados inocentes.

3.1 REGIME JURÍDICO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Com o advento da norma contida no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, a liberdade provisória, no Brasil, entrou definitivamente para o rol dos direitos e garantias individuais. Portanto, garantia com o caráter de cláusula pétrea, que deverá ser respeitada e não poderá ser abolida nem mesmo por emenda constitucional, vejamos o art. 60, § 4º, IV, da CF:

Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV – os direitos e garantias individuais.

De fato, ao determinar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, a Constituição alçou o direito de aguardar o julgamento em liberdade à condição de direito subjetivo dos acusados, qual verdadeira garantia constitucional do processo.

Por força desta norma inserida no referido art. 5º, LXVI, da Carta Magna, a liberdade dos acusados no curso dos processos passou a ser apenas a regra geral, mas a ter também um caráter obrigatório, assumindo os atributos de um verdadeiro direito subjetivo. Com isso, uma vez ausentes os pressupostos da prisão preventiva, por dicção inequívoca do mencionado dispositivo constitucional, será

concedida, compulsoriamente, a liberdade provisória ao autor de crime que esteja respondendo a processo ou inquérito.

Trata-se, pois, de um direito subjetivo constitucional de indiciados e réus, ou, se preferir, de verdadeira “liberdade provisória compulsória”. Em se tratando de direito subjetivo, a liberdade provisória adquire o caráter de um direito/poder, pois a natureza do direito subjetivo encerra exatamente a ideia de faculdade, ou seja, o poder de sujeitar alguém à própria pretensão. Logo, em minha opinião, ao juiz não resta nenhuma margem de discricionariedade para decidir sobre a conveniência ou não desse benefício se estiverem ausentes as hipóteses da prisão preventiva.

Além do mais, o art. 310, III, do Código de Processo Penal determina, de forma impositiva, que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, “deverá” conceder a liberdade provisória, obviamente se for o caso; e o art. 321 do mesmo Código, também de maneira impositiva, obriga o juiz a conceder a liberdade provisória quando ausentes os pressupostos da prisão preventiva. Vejamos os arts. 310, III e 321 do CPP:

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

III. Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

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

Note-se que a lei não exige sequer a intervenção ou o parecer prévio do Ministério Público para a concessão da liberdade provisória, apesar de entender que o órgão Ministerial, por motivo de cautela, seja devidamente ouvido, dada à presteza com que esse instituto procura amparar o direito fundamental de liberdade.

Portanto, no processo penal brasileiro, pode-se afirmar que a liberdade provisória do réu no curso do processo, quando ausentes os motivos da prisão cautelar, sempre será uma medida necessária, obrigatória, quer porque os arts. 310, III e 321 do CPP impõem a sua concessão, ao afirmar impositivamente que esse benefício deverá ser concedido, quer porque o art. 5º, LXVI da CF, impede o recolhimento do indivíduo à prisão se não houver razões para decretação de sua custódia provisória, quer ainda por imposição do princípio inocência.

A bem dizer, o direito de aguardar o julgamento em liberdade, além de consagrado pela CF de 1988 e em nossa legislação infraconstitucional, é direito fundamental do indivíduo, proclamado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que, em seus arts. 7º e 8º, asseguram a presunção de inocência do acusado e o direito de ser posto em liberdade, sob as condições que garantam o comparecimento do réu em juízo. Eis, portanto, a liberdade provisória sob o aspecto de condição de direito fundamental da pessoa humana, com o status e a dignidade de um direito universal.

De modo que, ao examinar o auto de prisão em flagrante ou os pedidos de liberdade provisória, o juiz deverá verificar apenas se o indiciado ou réu faz jus a liberdade, que é um direito constitucional. Assim, o exame que o juiz realiza no momento em que recebe o auto de prisão em flagrante, ou quando aprecia os pedidos de liberdade provisória, se restringe à verificação da presença ou não dos motivos que ensejam a custódia preventiva. Se tais motivos não se fizerem presentes, o juiz não resta alternativa senão conceder a liberdade provisória, independentemente de pagamento de fiança.

Em resumo, a Constituição Federal proíbe que alguém seja recolhido à prisão ou nela mantido quando o caso for de liberdade provisória. Logo, cabe perguntar: quando é que se pode decretar a prisão preventiva do indivíduo? A resposta está descrita nos arts. 312 e 313 do CPP, juntamente com os seus requisitos.

4 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, no meu entender, é uma espécie de prisão cautelar de natureza processual, consistente na medida restritiva de liberdade, que pode ser decretada durante o inquérito ou mesmo no processo penal, desde que estejam presentes os seus requisitos autorizadores.

Conforme preceitua Fernando Capez (2011, p. 323) a prisão preventiva “é custódia cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores”.

Segundo Eugênio Pacelli (2012, p. 542) “a prisão preventiva objetiva impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo. A referida modalidade de prisão, por trazer consequência de privação de liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade”.

Já para Nestor Távora (2010, p. 530) a prisão preventiva “é uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade a necessidade do encarceramento”.

4.1 REQUISITOS LEGAIS

Entre os requisitos legais da prisão preventiva estão à certeza material do crime e os indícios de autoria. Alguns doutrinadores afirmam que esses requisitos configuram autêntico *fumus boni jûris*⁴ para a decretação da prisão cautelar. Mas há

⁴ *Fumus boni jûris*: sinal de bom direito ou aparência de bom direito.

quem critique o uso dessa expressão latina, largamente utilizada no processo civil, sob o argumento de que a prova de um crime, que é um fato eticamente negativo, não pode jamais ser identificada com o fato positivo que é a “fumaça do bom direito”. Esses preferem falar, então, num *fumus commissi delicti*⁵, como requisito para a decretação da prisão preventiva. Contudo, tenho a mesma opinião que Antônio Alberto Machado (2012, p. 575), para ele a expressão *boni júris*⁶, na verdade, não configura critérios de bem ou mal, para se definir a imposição da prisão cautelar. Trata-se tão somente da plausibilidade de existência do direito que autorizam a aplicação da medida.

4.1.1 Cabimento da prisão preventiva

O art. 313 do CPP elenca as possibilidades de cabimento da prisão preventiva após as mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011. Para que exista a possibilidade da decretação da prisão preventiva é preciso que, além da certeza material, se verifique o art. 313 do CPP, vejamos:

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 n. 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 pela Lei n. 12.403/2011);

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.

Desta forma, com a nova redação do art. 313, o crime há de ser doloso punido com pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos. Em caso de concurso formal ou material de crimes punidos com pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos, em que a somatória exceder essa quantidade, bem como nas hipóteses de crime continuado, cujo aumento de pena ultrapassar a quatro

⁵ *Fumus commissi delicti*: fumaça do delito cometido.

⁶ *Boni júris*: bom direito.

anos, entendo que não será admitida a prisão preventiva, pois o quantum da pena nesse caso não é utilizado pelo legislador segundo um critério meramente aritmético, mas, sim, tendo em vista a gravidade do delito.

Logo, o concurso de crimes leves, mesmo que a soma das penas a eles cominadas ultrapassar os quatro anos de prisão, não autoriza a imposição da custódia preventiva, já que esta medida está reservada, segundo o princípio da proporcionalidade, às infrações de maior potencial ofensivo. Nesse sentido, vale lembrar que a norma contida no art. 313 do CPP, prevendo a prisão preventiva apenas para os crimes punidos com pena máxima superior a quatro anos de prisão, é, obviamente, a diminuição do campo de incidência da prisão provisória, de modo a evitar a banalização desse instituto.

Além do mais, é óbvio que, nesse caso, a consideração do concurso de crimes e da continuidade delitiva, para a composição da pena máxima cominada ao crime em abstrato, amplia o *jus puniendi*⁷ e, por conseguinte, restringe o *jus libertatis*⁸, constituindo-se, portanto, em norma de caráter acentuadamente penal, daquelas normas que devem ser interpretadas, normalmente na ausência de comando normativo expresso, com os mesmos critérios com que se interpretam as normas penais, ou seja, dispositivos que forem mais favoráveis, em consonância com o art. 2º da Lei de Introdução do CPP.

Uma vez reservada apenas para as hipóteses de crime doloso, a prisão preventiva não se aplica nem as contravenções penais, nem aos crimes culposos. Se não há previsão legal para a custódia provisória nas hipóteses dessas infrações penais, a prisão preventiva não poderá ser mesmo decretada, pois, como se sabe, as medidas constritivas de liberdade hão de estar sempre rigorosamente prevista em lei, dada a excepcionalidade que as caracteriza.

Em se tratando de réu reincidente, condenado por outro crime doloso, a prisão preventiva poderá ser decretada mesmo que a pena do novo crime seja inferior a quatro anos de privação de liberdade, nos termos do art. 313, II do CPP. O que esse dispositivo exige, no caso da reincidência, é apenas que o crime anterior e o atual sejam dolosos, não importando as sanções a eles cominadas. Ao se referir a “outro crime doloso”, sem mencionar a quantidade de penas, o dispositivo permite a custódia preventiva mesmo nos casos em que a pena máxima privativa de liberdade

⁷ *Jus puniendi*: direito de punir do Estado.

seja inferior a quatro anos, excluindo tão somente a decretação da prisão no caso de reincidência entre crimes culposos ou entre um crime doloso e outro culposo.

Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, diz o inciso III do art. 313 do CPP, poderá ser decretada também a prisão provisória. Assim, a prisão preventiva, será admitida quando o crime envolver violência doméstica e familiar, ainda que a infração penal seja punida com pena privativa de liberdade inferior a quatro anos. Porém, a prisão será decretada aqui apenas quando necessária à efetivação de alguma medida protetiva de urgência, ou seja, naquelas possibilidades previstas no art. 22 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), pois na sistemática das prisões cautelares, a custódia preventiva é medida extrema.

O art. 313 do CPP, em seu parágrafo único, estabelece que a prisão preventiva poderá ser decretada também em caso de dúvida sobre a “identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la”. Nesse caso, exige-se apenas que o crime seja doloso, podendo ser punido com pena privativa de liberdade inferior a quatro anos. Mas, a decretação da prisão dependerá sempre da verificação daquelas hipóteses do art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, certeza de aplicação da lei penal, conveniência da instrução, garantia da ordem econômica e descumprimento de medida cautelar alternativa), pois o esclarecimento de dúvida acerca da identidade do indiciado, por si só, não é motivo suficiente para a decretação da prisão preventiva, nesses casos, sendo mais prudente a aplicação da prisão temporária. Aliás, em qualquer caso a decretação da prisão preventiva dependerá sempre dos pressupostos legais estabelecidos pelo art. 313, bem como da verificação de pelo menos um daqueles motivos que a justificam, elencados no art. 312 do CPP e seu parágrafo único.

Em resumo, o crime que justifica a decretação da prisão preventiva é apenas o crime doloso, punido com pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos. Excepcionalmente, admite-se a prisão cautelar em crimes com pena máxima inferior a quatro anos, isto é, nos casos de reincidência, violação familiar e recusa a identificação, porém em qualquer caso, desde que o delito seja doloso, pois nenhuma das hipóteses legais do art. 313 do CPP se refere a crime culposos ou a contravenção.

⁸ *Jus libertatis*: direito à liberdade

Por fim, é relevante frisar que a ocorrência material desses crimes que admitem a prisão preventiva deve estar fora de dúvida, isto é, deve ser um fato concreto, suscetível de comprovação. Não se admite, portanto, simples presunções, tampouco juízos puramente subjetivos, nem sobre a realidade do fato, nem sobre a sua tipificação como crime doloso.

4.1.2 Prova da existência do crime

Na disposição clara do art. 312 do CPP, a prova da existência do crime é um dos pressupostos fundamentais para a imposição da prisão preventiva. A dizer que a certeza do crime deve estar demonstrada, no processo ou no inquérito, como condição de admissibilidade daquela medida cautelar. Logo, não bastam meros indícios ou simples presunções sobre a ocorrência de fato delituoso, a lei exige absoluta segurança quanto a essa realidade fática. Francisco Lasley Lopes de Almeida (2011, p. 176), no seu entender, ratifica a prova da existência material do crime, como pressuposto da prisão preventiva. Portanto, a certeza material do crime é requisito indispensável à aplicação da medida cautelar em questão. Não se prende preventivamente o autor de um crime que teria supostamente ocorrido, é preciso que essa ocorrência seja certa e esteja devidamente provada.

4.1.3 Indícios suficientes de autoria

A decretação da prisão preventiva exige também a presença de indícios suficientes de autoria. De fato, para a imposição da custódia preventiva, é necessário que a autoria do crime, se não for conhecida, possa ser ao menos determinada por meio de uma somatória de circunstâncias que tenham o condão de levar o julgador a um conhecimento se não certo, pelo menos razoável quanto à pessoa que teria praticado o fato delituoso.

Na realidade, os indícios de autoria, devem ser equiparados aqueles mesmos indícios que compõem a justa causa para oferecimento da denúncia ou queixa. Para o oferecimento dessas peças acusatórias não se exige certeza plena da autoria do delito, exige-se apenas a presença de elementos plausíveis que possam levar, com a instrução probatória, à convicção de que o denunciado é mesmo o autor do crime. Assim, no caso da prisão preventiva, são exatamente

aqueles indícios, que bastam para o oferecimento da denúncia, os que se deve exigir para a imposição dessa medida.

Os indícios de autoria compõem também o *fumus*⁹ indispensável para a imposição da custódia cautelar. A jurisprudência tem considerado que, para decretar à prisão preventiva, basta a existência de indícios e não a certeza da autoria, tal como se exige para a condenação. Todavia, é importante salientar que a expressão “indícios de autoria” pode conferir ao aplicador da lei um perigoso espaço de arbítrio. É preciso, portanto, que o despacho que decretar a prisão esteja apoiado em elementos de fato que indiquem, com razoável grau de probabilidade, a autoria da conduta criminosa. Não basta a simples suspeita apoiada exclusivamente em presunções. É mesmo necessário que o raciocínio do julgador seja feito a partir de fatos reais, de cuja existência não haja dúvida. As suas conclusões devem evitar, portanto, as impressões meramente subjetivas quanto à autoria do crime, muitas vezes louvadas apenas na aparência do réu ou na sua condição socioeconômica.

A questão do indicio de autoria, na forma do *fumus boni júris ou fumus commissi delicti*, refere-se ao mérito da ação cautelar concreta. Portanto, a avaliação dos indícios deve ser feita segundo critérios gerais de convicção, norteado sempre pelo princípio da livre apreciação da prova (Art. 157 do CPP), complementado pelo dever de fundamentação e pelo princípio do *in dubio pro reo*.

4.2 FUNDAMENTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

As finalidades da prisão preventiva, ou os seus pressupostos, taxativamente previstas em lei, são cinco: (a) garantia da ordem pública; (b) conveniência da instrução criminal; (c) certeza de aplicação da lei penal; (d) garantia da ordem econômica; (e) descumprimento de obrigações impostas em medidas cautelares penais.

4.2.1 Garantia da ordem pública

A garantia da ordem pública é um dos pressupostos da prisão preventiva que permite interpretação realmente muito ampla. Por isso mesmo, a ordem pública

⁹ *Fumus*: sinal, aparência, fumaça.

tem levado a oscilações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu real significado. No meu entender, a decretação da preventiva com base neste pressuposto, objetiva evitar que o agente continue delinqüindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranqüilidade e paz no seio social, por isto, havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinqüindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Portanto, a finalidade da prisão cautelar não seria a de neutralizar as conseqüências e repercussões do crime, garantindo a ordem pública. Sua finalidade mais genuína é tão somente a de garantir a efetividade do processo de conhecimento, seja assegurando a realização da prova, seja garantindo a aplicação da lei penal. De modo que essa hipótese de decretação da prisão cautelar é mesmo muito controvertida, de um lado porque o seu conceito é notoriamente vago, prestando-se a um uso perigosamente alargado das prisões cautelares; de outro lado, porque o objetivo da prisão preventiva não é realizar a prevenção geral ou especial da violência ou criminalidade. Este último objetivo, na verdade, é uma das finalidades do processo principal.

Seja como for, o fato é que esse conceito de ordem, embora vago e indeterminado, sempre haverá de ser definido pelo aplicador da lei, no caso concreto. E tal definição, mesmo sem chegar a resultados precisos e unânimes, deve ao menos buscar uma aproximação razoável da realidade sobre aquilo que se deve entender como uma situação de ameaça à ordem social. Portanto, nesse caso, o julgador deve produzir decisões razoáveis, fundamentadas em argumentos que, pelo menos, não violentem a consciência jurídica, o julgador deve demonstrar, com a força dos fatos, a ocorrência de situações que efetivamente possam ser tidas como situações de ameaça à paz social.

Essa ameaça à ordem, na verdade, deve corresponder a situações, condutas e fatores que sejam potencialmente capazes de desencadear algum distúrbio social, cuja dimensão seja mesmo eficiente para abalar o funcionamento normal da coletividade e por em risco a convivência harmoniosa e a segurança das pessoas naquele momento de sua ocorrência. A ameaça capaz de abalar a ordem pública há de ser aquela que atinge e abala toda a coletividade, e não apenas os atingidos direta ou indiretamente pelo fato delituoso.

Em resumo, pode-se constatar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem mesmo muita dificuldade para identificar, com a segurança desejável, as situações que realmente significam ameaça a ordem pública. Mas alguns elementos tem sido mais ou menos comuns na averiguação dessa ameaça. Segundo Nucci (2007, p. 547), a garantia da ordem pública, deve ser visualizada pelo trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*. Assim, tem sido particularmente freqüentes a menção à gravidade do fato, o clamor público gerado pelo crime, e a periculosidade do agente, que em conjunto, ou separadamente, tais fatores tem servido como critério para justificar o encarceramento preventivo de criminosos, cuja liberdade poderia significar uma ameaça à ordem social.

Deve-se ressaltar, no entanto, que filio-me a corrente que apenas um desses fatores, isoladamente considerado, não basta para caracterizar a situação de ameaça a ordem pública. Somente quando somados os elementos de gravidade do fato criminoso, violência contra a pessoa e da comoção social provocada pelo crime é que se deve considerar situação de efetiva ameaça a ordem social, corrente esta, defendida pelo doutrinador Antônio Alberto Machado (2012, p. 584).

Em resumo, é mesmo muito difícil definir no plano fático a situação em que o *periculum libertatis* caracteriza verdadeira ameaça à ordem pública. Por isso que a imposição da prisão cautelar, nessa hipótese, via de regra configura uma autêntica antecipação da pena sem o prévio julgamento, o que, obviamente, acaba tornando a medida inconstitucional por ofensa ao princípio da inocência e ao próprio devido processo legal.

4.2.2 Garantia da ordem econômica

A Lei 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste, modificou o art. 312 do CPP e acrescentou a hipótese de decretação da prisão preventiva para garantir a ordem econômica. Essa mesma lei, no seu art. 20, define os comportamentos considerados como agressão a essa ordem: limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar o mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

São tidos também como comportamentos passíveis de causar perturbação à ordem econômica, aqueles definidos como crime na Lei 8.137/90, tais como a elevação dos preços, sem justa causa, de bem ou serviço, “valendo-se de posição dominante no mercado”; as condutas definidas na Lei 7.492/86, como crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; e, ainda, os comportamentos criminosos assim definidos pela Lei 1.521/52, que são os crimes contra a economia popular.

Observe-se que as condutas criminosas, tipificadas nas leis que tutelam a ordem econômica, na sua maioria, encerram um grande potencial ofensivo pela enorme abrangência das suas conseqüências nocivas, capazes de atingir um número indiscriminado de pessoas.

A razão da legislação, no tocante a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica, é o efetivo combate aos abusos econômicos e financeiros dos chamados “criminosos do colarinho branco”, esses criminosos, na sua maioria ricos e poderosos, os chamados “criminosos de alta renda”.

Deve-se reconhecer, tal como ocorre com a imposição da prisão preventiva por garantia da ordem pública, que são de difícil caracterização as situações de ameaça a ordem econômica representadas pelo *periculum libertatis*. Assim, também nesse caso, frequentemente a medida é imposta como castigo e, com isso, acaba violando o princípio constitucional da inocência, bem como o devido processo legal.

4.2.3 Conveniência da instrução criminal

De todos os pressupostos da prisão preventiva, a conveniência da instrução criminal é aquela que mais destaca o seu caráter instrumental. Pode-se perceber que essa finalidade da prisão preventiva se relaciona estreitamente com a atividade probatória do processo. Em alguns casos, torna-se mesmo indispensável à presença do acusado em juízo, não só para a realização de seu interrogatório, mais também para a realização, por exemplo, de um reconhecimento pessoal por parte de vítimas e testemunhas; para uma possível reconstituição do crime com a participação do réu; e até mesmo para a indicação de outras provas com a eventual apresentação de documentos ou coisas.

Pode ser também que a liberdade do acusado venha a colocar em risco a colheita de provas, por exemplo, quando ele destrói intencionalmente os vestígios do crime; oculta objetos e produtos da ação criminosa; ameaça ou exerce outras formas de pressão sobre o ânimo das testemunhas do fato ou das vítimas etc. Quando for assim, admite-se a prisão preventiva do indiciado ou réu, até que a produção de provas se realize por completo, evitando-se o dano ou o desaparecimento dos elementos probantes.

Em síntese, a “conveniência da instrução criminal” é circunstância relacionada à produção de prova, especialmente daquela prova que depende da colaboração do réu para se realizar, ou cuja realização esteja ameaçada intencionalmente por ele. Ambas as situações tem justificado largamente a imposição da prisão preventiva.

4.2.4 Certeza de aplicação da lei penal

Se por um lado, a conveniência da instrução criminal é o motivo que melhor denota a natureza instrumental da prisão preventiva, por outro lado, o interesse em assegurar a efetiva aplicação da lei penal é o mais relevante de todos. Realmente, a prisão preventiva, na maioria das vezes, é decretada para assegurar a aplicação da lei penal. A possibilidade de fuga do acusado, frustrando a efetiva atuação dessa lei, tem sido o grande motivo para a imposição da medida privativa de liberdade. Existe uma concreta necessidade da prisão preventiva naqueles casos em que o réu, no início da persecução penal, foge para evitar a prisão em flagrante.

Em resumo, é basicamente a fundada possibilidade de que o autor do crime se pretende desonerar de sua responsabilidade criminal, evadindo-se o motivo que justifica a imposição da prisão preventiva como meio de garantir o efetivo resultado da ação penal possivelmente condenatória. Ou seja, se a liberdade do imputado põe em risco a certeza de aplicação da lei penal, a solução tem sido mesmo o decreto de sua prisão cautelar para garantir a efetividade do processo. É evidente que essa prisão só se justifica se a condenação for plausível ou provável e se a pena a ser imposta for pena privativa de liberdade.

4.2.5 Descumprimento de obrigações impostas por medidas cautelares alternativas

O descumprimento das obrigações decorrentes de alguma das medidas cautelares alternativas, ou seja, aquelas previstas no art. 319 do CPP é também motivo que justifica a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único, do CPP. Da mesma forma, a necessidade de assegurar o cumprimento das “medidas protetivas de urgência” previstas na chamada Lei Maria da Penha, justificam o decreto de prisão cautelar do autor da violência doméstica, nos termos do artigo 20 da referida Lei e do art. 313, III, do CPP.

A prisão preventiva é medida excepcional, isto é, em último caso. Logo, se as medidas alternativas não forem suficientes para acautelar as situações de perigo definidas no art. 282, I e caput do art. 312 do CPP, natural que a prisão preventiva seja decretada, desde que se faça presente algum dos pressupostos legais do art. 313, do CPP (crime doloso com pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos, reincidência em crime doloso, crime que envolve violência doméstica e familiar, indiciado ou réu que se recusa à identificação).

As medidas cautelares alternativas à prisão são aquelas elencadas no art. 319 do CPP e também as chamadas medidas protetivas de urgência, prefiguradas no art. 20 da Lei 11.340/06 que coíbe a violência doméstica e familiar.

Todas essas medidas têm exatamente a finalidade de assegurar à aplicação da lei penal, a conveniência da investigação e da instrução criminal, bem como, evitar a prática de outras infrações penais. Se, porém, o descumprimento de alguma delas colocar em risco tais objetivos, justifica-se a imposição da prisão preventiva. Trata-se, portanto, de mais uma hipótese de decretação de prisão preventiva, ao lado daquelas previstas no caput do art. 312 do CPP.

É interessante frisar que a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar penal, como de resto acontece com todas as hipóteses do art. 312 do CPP, somente será possível se presente algum daqueles pressupostos legais do art. 313, isto é, crime doloso com pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos, reincidência em crime doloso, crime que envolve violência doméstica e familiar.

4.3 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO, EXCETO A FIANÇA

Sob a rubrica “outras medidas cautelares” o CPP prevê várias providências, aplicáveis durante a investigação ou no curso do processo criminal, como medidas alternativas às prisões processuais. As medidas cautelares alternativas, a exemplo do que ocorre com as prisões provisórias, somente serão aplicadas em caso de infrações penais que forem cominadas penas privativas de liberdade (Art. 283, §1º do CPP).

O art. 319 do CPP traz um rol de medidas cautelares que podem ser determinadas pelo juiz, quando houver “necessidade”, para assegurar a aplicação da lei penal, para a eficácia da investigação criminal ou para evitar a prática de infrações penais. Além disso, as medidas cautelares alternativas, que o Código chamou de “outras medidas cautelares”, deverão ser impostas de maneira “adequada”, isto é, levando em conta a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (Art. 282 do CPP).

Ao estabelecer os critérios da necessidade e adequação para as medidas cautelares alternativas, o legislador curvou-se ao princípio da proporcionalidade, já que essas medidas, invariavelmente, implicam alguma restrição a direitos fundamentais daquele que deve ser presumida inocente até o trânsito em julgado de uma eventual sentença condenatória irrecorrível. Todas as medidas alternativas à prisão processual, portanto, devem ser decretadas levando-se em conta a necessidade e a adequação delas no caso concreto, sempre com a observância do princípio da proporcionalidade, o qual exige que as medidas cautelares penais, sem elas quais forem, nunca atuem como verdadeira pena antecipada, nem de forma muito gravosa, de modo que elas não sejam mais graves ou mais constrangedoras que do a própria pena cominada à infração penal a ser apurada.

Pois bem, as medidas do art. 319 do CPP devem ser utilizadas como alternativas às prisões cautelares. Tratam-se, pois, de medidas substitutivas das prisões provisórias, exatamente com o objetivo de afastar o encarceramento daquele que, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deve ter a sua liberdade preservada em nome do princípio da inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF. Apenas quando forem descumpridas essas medidas cautelares é que será dado à autoridade judicial impor a prisão preventiva, e mesmo assim, se presentes as hipóteses que a autorizam, previstas no art. 312 do CPP. Aliás, o art. 282 no seu

§6º diz expressamente que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Assim, antes de decretar a prisão preventiva de indiciados ou réus, o juiz poderá impor uma ou mais das seguintes medidas previstas no art. 319 do CPP:

- 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;
- VI – 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 CP) 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.

Pois bem, examino cada uma dessas medidas cautelares alternativas à prisão, exceto o inciso VIII, que trata de fiança, onde será analisado, separadamente, no tópico seguinte.

O comparecimento periódico e a proibição de ausentar-se da comarca são medidas que tem a finalidade de manter o indiciado ou o réu no “distrito”, justamente para assegurar a futura aplicação da lei penal. É uma forma branda de fiscalização sobre o paradeiro da pessoa, de modo a inibir a sua fuga. Em muitos casos, dependendo das condições pessoais do indiciado ou réu, condições estas que o juiz deverá avaliar em cada caso concreto, a medida poderá ser muito eficaz, e tem ainda o mérito de evitar a providência mais drástica, que é a prisão preventiva antes da culpa formada.

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares pode ser medida de prudência. Muitas vezes o autor da infração penal é estimulado, pelo próprio meio que frequenta, à prática de atos ilícitos. De fato, há lugares que favorecem a expansão da pessoa, que acirram os ânimos e aumentam as possibilidades de conflito. Tal fato ocorre, por exemplo, naqueles lugares em que há

consumo freqüente e excessivo de álcool ou concentração enorme de pessoas, como são os casos de bares, boates, clubes, estádios, etc. Nesses casos, a proibição de acesso ou freqüência, sobretudo para aquele que já demonstrou a suscetibilidade de ser influenciado pelo meio, é medida que pode evitar a prática de novos crimes (Art. 282, I, CPP).

A proibição de manter contato com determinada pessoa pode ser medida decisiva para coibir a prática criminosa. Alguns relacionamentos entre pessoas podem, de fato, desencadear condutas violentas, potencialmente criminosas ou mesmo inadequadas, portanto, propícias ao crime. Tal ocorre, por exemplo, nos casos de rixa, violência familiar, desavenças continuadas, ameaças persistentes, etc. Em hipóteses assim, é prudente o afastamento das pessoas entre si, determinado pelo juiz, de maneira a evitar aquelas situações que levam a possíveis condutas criminosas. O mesmo ocorre naqueles casos de relacionamentos que favorecem os comparsas para a prática de crimes, em que as pessoas se juntam, combinam ou se estimulam reciprocamente para o cometimento de ações delituosas.

Medida de óbvia importância é o recolhimento domiciliar durante o período noturno. Essa medida, semelhante à prisão domiciliar, além de evitar um encarceramento, tem a vantagem indiscutível de permitir que o indiciado ou réu continue trabalhando, provendo o seu próprio sustento e a própria casa. Isto é, trata-se de uma “meia-prisão” que não segrega completamente, estabelece um controle razoável sobre o paradeiro do indiciado ou réu, podendo evitar a prática de novos crimes. Além disso, por ser uma medida que não afasta o indivíduo de suas relações pessoais e profissionais, o recolhimento apenas durante o período noturno favorece a recuperação ou a readaptação social daquele que delinqüiu. É oportuno lembrar que essa medida não é, na verdade, uma espécie de prisão cautelar, mas se assemelha muito à prisão domiciliar, pois implica a supressão da liberdade de ir e vir durante um período do dia, isto é, o período noturno.

A suspensão de função pública ou de atividade econômica e financeira é medida providencial para evitar a continuidade delitiva em casos de crimes que envolvem o sistema financeiro ou a administração pública. Nesses casos, a medida não só impede a continuação da prática criminosa como visa preservar a moralidade administrativa e a confiança necessária às relações econômicas e financeiras. Em muitos casos, a prisão preventiva dos infratores é medida rigorosa demais, que se

mostra excessiva ou desnecessária. Logo, a suspensão do autor, que usa o cargo ou a atividade para a prática de crimes, é medida que basta para atender às finalidades acautelatórias de segurança do sistema financeiro e probidade administrativa, sem os rigores ou exagero da prisão.

A internação provisória do acusado, e também do indiciado, inimputável ou semi-imputável, é medida que somente terá lugar em caso de crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, e somente se houver risco de reiteração criminosa. Essa medida será decretada apenas depois da conclusão pericial demonstrando que o autor da infração era mesmo “incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”, nos termos do art. 26 do CP.

Por fim, o monitoramento eletrônico surge também como alternativa à prisão provisória. Muito embora essa seja uma medida constrangedora, pois não há dúvida de que o uso de um bracelete ou de uma tornozeleira eletrônica com finalidades penais é providência que sempre estigmatiza o seu usuário, o fato é que ela se mostra menos gravosa do que o recolhimento à prisão. Logo, apesar do seu potencial constrangedor, é óbvio que o monitoramento eletrônico é medida menos constrangedora do que o encarceramento provisório da pessoa, desde que observadas a sua necessidade e adequação do caso concreto, conforme impõe o art. 282 do CPP.

4.3.1 Procedimento das medidas cautelares alternativas

A imposição das medidas cautelares alternativas, tal como ocorre com as prisões processuais, condiciona-se a dois pressupostos:

1. A certeza da existência de crime punido com pena privativa de liberdade;
2. Que tenha indícios suficientes de autoria.

Muito embora sejam medidas menos severas do que a prisão, o fato é que também as cautelares alternativas implicam sérias restrições a direitos fundamentais do indivíduo. Daí por que elas somente serão impostas nas situações em que não haja dúvida sobre a ocorrência do crime e quando houver indícios plausíveis, concretos ou razoáveis da autoria do crime atribuída àquele que deverá

suportar a medida acautelatória. E nem poderia ser diferente, pois a aplicação das medidas cautelares penais só tem ocorrido diante da ocorrência de um crime, e a imposição delas somente pode ser feita em relação àquele que o cometeu.

As medidas cautelares alternativas, que tem o objetivo declarado de assegurar a eficácia da investigação e da instrução criminal, bem como evitar a prática de novos crimes, devem ser aplicadas com a observância do princípio da proporcionalidade e tendo em vista as condições pessoais do indiciado ou réu. Isto é, a imposição dessas medidas deve ser feita de modo que elas possam assegurar a efetividade da repressão criminal sem, contudo, afetar severamente os direitos fundamentais do indivíduo, o que significa dizer que, além de necessárias e adequadas, as medidas cautelares alternativas devem ser impostas com ponderação, isto é, segundo o princípio da proporcionalidade.

Tais medidas podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, substituídas por outras, revogadas ou reaplicadas, desde que haja razões para tanto, isto é, desde que a aplicação cumulativa, a substituição e a reaplicação sejam necessárias para se atingir as finalidades previstas no art. 282, I, do CPP (necessidade da investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de crimes).

A aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão somente terá lugar em caso de infração punida com pena privativa de liberdade, pois os crimes apenados tão somente com a multa são aqueles delitos cuja pequena gravidade não exige nenhuma intervenção de natureza pessoal em relação aos seus autores. Nesse caso, a aplicação de medida cautelar seria providência exagerada, mais grave até do que a pena, e, portanto, providência potencialmente ofensiva do princípio da proporcionalidade.

O juiz poderá aplicar as medidas cautelares penais de ofício ou a requerimento das partes. As “partes” a que se refere à lei são obviamente o Ministério Público e a autoridade policial na fase investigativa, e o próprio Ministério Público, querelante e assistente da acusação na fase judicial. A aplicação de medida cautelar de ofício somente será admitida na fase judicial, pois no curso da investigação as medidas cautelares serão aplicadas apenas mediante requerimento formal do Ministério Público ou da autoridade policial (art. 282, §2º, do CPP). Trata-se aqui de norma que rende homenagem ao princípio do processo acusatório,

princípio este que busca afastar o juiz de qualquer atividade investigatória, justamente para preservar-lhe a necessária imparcialidade.

Note-se que o CPP não conferiu legitimidade expressa à vítima para requerer a imposição de medida cautelar penal. Todavia, nos casos de ação penal privada o requerimento do ofendido, na fase investigatória, deve ser admitido como regra, pois ele será o futuro querelante e, portanto, enquadra-se perfeitamente no conceito de “partes” do art. 282, §2º, do CPP.

Exceto nos casos de urgência ou de perigo para a eficácia da medida, diz o art. 282, §3º, do CPP, ao receber o pedido de imposição da medida o juiz deverá ouvir a parte contrária, isto é, o indiciado ou réu, determinando a intimação e o encaminhamento de cópia do pedido, bem como das peças necessárias. Excetuadas, portanto, as situações de urgência e de perigo de ineficácia da medida, que são situações a serem avaliadas pelo juiz no caso concreto, as medidas cautelares alternativas, em regra, deverão ser aplicadas mediante procedimento do contraditório. A intimação do interessado e o processamento de sua resposta são providências necessárias para a aplicação, reaplicação ou substituição de medida cautelar penal, tanto na fase do inquérito, quanto no momento da instrução do processo. A observância do princípio do contraditório, na verdade, ganha especial ênfase nos casos de substituição de alguma medida cautelar pela prisão preventiva, hipótese em que o juiz deverá ouvir obrigatoriamente o interessado. Esse princípio é uma garantia constitucional (art. 5º, LV), logo, a eventual aplicação de medida cautelar, qualquer que seja, sem a observância do contraditório poderá ser naturalmente considerado uma medida ilegal.

A durabilidade das medidas cautelares é definida pelo conceito de necessidade, isto é, essas medidas devem perdurar até e enquanto forem necessárias. Mas, em qualquer caso, estão limitadas ao tempo de duração do processo. Logo, cessam com a imposição da pena definitiva, com a absolvição do réu, com o indeferimento ou a rejeição da inicial acusatória.

5 FIANÇA

Segundo preceitua Antônio Alberto Machado (2012, p. 685), a fiança criminal é “um instituto típico do direito medieval, introduzido no direito brasileiro pelas Ordenações do Reino, as quais se notabilizaram pela concessão de benefícios e privilégios aqueles homens que tinham posses”. Esses homens, que os fidalgos (literalmente, “filhos de algo ou de alguém”), poderiam assegurar o direito de responder ao processo em liberdade mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro, isto é, mediante fiança.

Para Edilson Mougenot Bonfim (2011, p. 494) a raiz do termo fiança “é a mesma que origina o vocábulo confiança. Com efeito, tratava-se, de início, de uma garantia pessoal, um compromisso firmado por pessoa tida por confiável, no sentido de que pagaria determinada quantia caso o afiançado se evadisse”.

Nestor Távora (2010, p. 593) ensina que fiança “é uma caução, uma prestação de valor, para acautelar o cumprimento das obrigações do afiançado”.

A fiança hoje se trata de um instituto jurídico por meio do qual o indiciado ou réu, após o depósito em dinheiro, pedras, objetos, metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca, adquire o direito de responder ao processo em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença final. A fiança é, portanto, em espécie de caução, ou garantia real, de que o afiançado cumprirá todas as obrigações processuais a que normalmente estão submetidos os acusados em gozo de liberdade provisória.

A importância recolhida, ou os objetos depositados, diz a lei, destinam-se ao pagamento das custas processuais, à indenização do dano causado pelo crime, e ao pagamento da multa imposta a título de pena, se o réu vier a ser condenado (Art. 336 do CPP). O valor e os objetos depositados serão, no entanto, devolvidos ao réu em caso de ser a fiança, declarada sem efeito, de absolvição ou extinção do processo sem condenação (Art. 337 do CPP). Não haverá, contudo, devolução da fiança se a extinção do processo se der por prescrição da pretensão executória (Art. 110 do CP), isto é, pela prescrição da ação após a sentença penal condenatória, em que o prazo prescricional é regulado pela pena imposta concretamente (Art. 336, parágrafo único, do CPP).

5.1 ARBITRAMENTO DA FIANÇA

A fiança pode ser arbitrada pela autoridade policial ou pelo juiz, mediante obrigação do acusado de comparecer perante a autoridade toda vez que for intimado para os atos do inquérito ou de instrução criminal. Além dessa obrigação, o afiançado assume o compromisso de comparecer ao julgamento, de não mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e não ausentar-se do distrito da culpa ou comarca por mais de oito dias sem prévia comunicação à autoridade (Arts. 327 e 328 do CPP).

A fiança será concedida pela autoridade policial nos casos de infração cuja pena máxima privativa de liberdade seja igual ou inferior a quatro anos e em todos os demais casos, somente será arbitrada pelo juiz. A fiança pode ser prestada a qualquer momento, na fase de inquérito ou no processo, até enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. Depois do trânsito em julgado da condenação, impõe-se o cumprimento da pena e, por óbvio, já não terá mais sentido a medida cautelar da fiança.

5.2 FIANÇA E O DELEGADO

Com o advento da Lei 12.403/2011 o dever-poder do Delegado de Polícia de arbitrar fiança se estendeu a crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não exceda à quatro anos. Vejamos o que dispõe o artigo 322, caput, do CPP:

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

Realmente, após a Lei 12.403/2011, a autoridade policial teve seu campo de decisão referente ao arbitramento de fiança ampliado, e desse modo, poderá arbitrar fiança em relação às infrações penais consideradas como crimes e contravenções, desde que as penas para estas infrações não ultrapassem 4 (quatro) anos. Antes da nova Lei, o Delegado de Polícia só possuía autorização para conceder fiança nas hipóteses de infrações penais punidas com detenção e prisão simples.

No tocante a concessão de fiança pela autoridade policial nas hipóteses de aumento de pena, Francisco Lasley Lopes de Almeida (2011, p. 195) entende que o Delegado de Polícia deverá analisar, detidamente, caso a caso, não obstante, o juízo por ele realizado deverá continuar sendo em abstrato, todavia, verificando que existe causa de aumento de pena em relação ao crime sujeito ao auto de prisão em flagrante, deverá descrever sua presença e seu enquadramento legal, e proferir despacho negando a concessão da fiança.

Embora o art. 322 do CPP utilize a expressão poderá, concordo com o doutrinador Luiz Flávio Gomes (2011, p. 196), que a autoridade policial “deve arbitrar a fiança, no caso de crimes punidos com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, mesmo que vislumbre a necessidade do indiciado permanecer preso, pois não é cabível prisão preventiva em crimes com pena de prisão cominada, igual ou inferior a 4 (quatro) anos (art. 313, I do CPP), desta forma, o juiz não poderá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, assim, de nada adiantará indeferir a fiança”.

5.3 VALOR DA FIANÇA

O valor da fiança será fixado pela autoridade policial ou judiciária de acordo com os parâmetros previstos no art. 325 do CPP, que dispõe:

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

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

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

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

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

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

III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes;

Este dispositivo do CPP determina a fixação da fiança em salários-mínimos. A fixação desse valor, na verdade, é feita levando-se em conta o máximo da pena privativa de liberdade prevista para o crime, a vida pregressa do preso, a sua eventual periculosidade, bem como as condições econômicas do afiançado.

Assim, a fiança será arbitrada entre 1 e 100 salários-mínimos para os crimes cuja pena privativa de liberdade for igual ou inferior a quatro anos. Será de 10 a 200 salários nos casos de crimes com pena superior a quatro anos. E poderá ser dispensada, reduzida até o máximo de 2/3, ou aumentada até mil vezes, levando-se em conta a situação econômica do preso no momento da prisão.

A autoridade poderá ainda exigir o reforço da fiança, nos limites do art. 340 do CPP, que dispõe:

Art. 340. Será exigido o reforço da fiança:

I – quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente;

II – quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas;

III – quando for inovada a classificação do delito;

Parágrafo único. A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo, não for reforçada.

Observe-se que essas hipóteses de reforço da fiança são inteiramente distintas do caso de aumento, previsto no art. 325, I e II do CPP, pois o aumento ocorre quando a situação econômica do réu abastado estiver a indicar que o valor fixado de início se mostrou irrisório por estar muito aquém das possibilidades do afiançado.

A lei manda também que na determinação do valor da fiança a autoridade leve em conta “a natureza da infração, as circunstâncias pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo”, conforme preceitua o art. 326 do CPP.

5.4 FIANÇA E A SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ACUSADO OU RÉU (POBREZA)

A fiança é um direito, desta forma inimaginável que alguns, por causa de sua condição financeira possam ficar livres, por terem condição de pagar, e outros, os pobres, tivessem que ficar reclusos, por não ter a condição financeira necessária para o pagamento da fiança. Como o art. 5º, caput, da CF assevera o princípio da igualdade, e esta tem que ser material, tratando-se desigualmente os desiguais, prevê o art. 350 do CPP:

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, constantes nos artigos 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Nota-se que a dispensa da fiança em razão da pobreza só pode ocorrer por decisão do magistrado, assim sendo, mesmo que a autoridade policial verifique que o preso não tem a mínima condição econômica de prestar a fiança, deverá recolhê-lo a prisão.

Conforme ensina Luiz Flávio Gomes (2011, p. 208), esta espécie de liberdade provisória “evita uma elitização ainda maior do instituto da fiança, permitindo que não somente os ricos, mas também os pobres obtenham seu direito à liberdade provisória”.

Desta forma, o magistrado, poderá conceder a liberdade provisória sem fiança, quando constatar a condição de pobreza do preso. Esta condição poderá ser feita por qualquer elemento idôneo, como contracheque, termo de declaração de testemunhas, ou assistência pela defensoria pública, e o que já se tornou mais utilizado, o atestado de pobreza dado pela autoridade policial, com previsão no art. 32, §2º, do CPP, que é amplamente aceito.

A dispensa não é uma discricionariedade do magistrado, e sim um direito do beneficiário, desde que presentes os requisitos que admitiriam a fiança e demonstrada a hipossuficiência do preso, este é o entendimento da maioria da doutrina, porém, Mirabete, posiciona-se contrário a este entendimento, com o argumento de que a fiança “é uma faculdade judicial, podendo o magistrado concluir que o réu não oferece garantia de outras espécies, pela falta de residência fixa, de periculosidade do agente, de sua vida pregressa, etc., devendo indeferir o benefício”. Tenho o entendimento que o magistrado não tem discricionariedade de conceder a fiança, presentes os requisitos, em minha opinião, o preso tem o direito a liberdade provisória sem fiança assegurado.

5.5 HIPÓTESES DE NÃO CABIMENTO DE FIANÇA

Os arts. 323 e 324 do CPP tratam das hipóteses de não cabimento da fiança, vejamos:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I – nos crimes de racismo;
 II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;
 III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.
 Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:
 I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança ou 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 pela Lei 12.403/11);
 IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

A primeira hipótese, trazida no inciso I do art. 323, trata da inafiançabilidade do crime de racismo, e está prevista na própria CF, em seu art. 5º, XLII que dispõe:

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

Os crimes de racismo estão previstos na Lei 7.716/89, e a expressão “racismo” deve ser tomada em sentido amplo, para incluir qualquer discriminação, conforme preceitua o art. 1º da referida Lei. A propósito, a amplitude do termo “racismo” foi reconhecida pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, onde o Supremo Tribunal decidiu que a expressão racismo compreende:

[...] quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamofobia” e o anti-semitismo (STF, HC 82.424/RS, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.03.04, p. 17).

Não se pode confundir, todavia, o crime de racismo com o crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º do CP, este crime continua sendo afiançável.

No tocante ao inciso II, que trata dos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos, a inafiançabilidade desses crimes decorre da CF, em seu art. 5º, XLIII, que dispõe:

Art. 5º, XLIII. A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Em nível infraconstitucional a inafiançabilidade dos crimes de tortura estão definidos na Lei 9.455/97, já para os crimes de tráfico de entorpecentes, sua tipificação está prevista na Lei 11.343/06, mais especificamente, nos arts. 33, 34 e 37 da referida Lei. Quanto ao crime de terrorismo, não temos nenhum tipo penal específico sobre a hipótese, porém, Rogério Sanches (2010, p. 279) leciona que dispositivos da Lei 7.170/83 (Crimes contra a segurança nacional) exemplificam hipóteses do crime de terrorismo.

Na hipótese do inciso III, para os crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, a sua proibição de fiança também decorre da CF, em seu art. 5º, XLIV, vejamos:

Art. 5º, XLIV. Constitui crime inafiançável a imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

E tais crimes estão etiquetados na Lei 7.170/83 (Crimes contra a segurança nacional).

Entro na análise do art. 324 do CPP, que dispõe das demais possibilidades de não cabimento da fiança.

Na hipótese do inciso I, o indiciado ou réu que der causa, injustificadamente, ao quebramento da fiança, não terá direito a nova fiança no mesmo processo no qual ocorreu à quebra, além disso, perderá metade do valor prestado, sendo que o juiz poderá impor outra medida cautelar alternativa ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Essas hipóteses estão previstas nos arts. 328, 341 e 343 do CPP.

No tocante do inciso II, que decorre da inafiançabilidade em prisão civil, o art. 5º, LXVII da CF dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Pelo texto da Constituição, somente duas são as hipóteses de prisão civil:

1. Do devedor voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.
2. Do depositário infiel.

O STF e o STJ, entretanto, não admitem prisão civil do depositário infiel, por isto, destaco a Súmula Vinculante nº 25 que diz: “é ilícita a prisão civil de depositário judicial infiel”. No caso de prisão civil por dívida alimentar, a razão da inafiançabilidade se dá porque a prisão é decretada não como punição ou medida cautelar, mas como forma de forçar o devedor ao cumprimento da obrigação. Portanto, não teria sentido arbitrar fiança se ele não está cumprindo nem a necessidade da provisão dos alimentos.

Ainda no inciso II, a prisão militar que se refere o dispositivo é a prisão decretada pela Justiça Militar, em caso de transgressão militar ou crime militar. Com todo respeito, o dispositivo é desnecessário, já que o CPPM não prevê o instituto da fiança. Se o militar for preso e julgado pela Justiça Comum, aplicam-se as normas do CPP sobre a fiança.

No caso do inciso IV, sendo caso de prisão preventiva, não é cabível nem fiança, nem outra medida cautelar qualquer. É porque a prisão preventiva somente poderá ser decretada em último caso, quando não for suficiente outra medida cautelar alternativa, portanto, torna-se até desnecessária a previsão deste inciso, tendo em vista que a prisão preventiva é a *ultima ratio*¹⁰.

¹⁰ *Ultima ratio*: A última razão, último argumento.

6 METODOLOGIA

Para se desenvolver um trabalho de conclusão de curso, faz-se necessário a escolha do tipo de pesquisa ou dos tipos de pesquisas que se pretende utilizar para o desenvolvimento do mesmo.

A escolha não pode ser feita aleatoriamente, por isso, partiu-se de critérios científicos, que segundo Gil (2002, p. 41), “ocorre a partir da classificação em três grandes grupos: exploratórias, descritivas e explicativas”.

Os tipos de pesquisas utilizadas para o desenvolvimento do referido trabalho foram os seguintes.

A exploratória, que tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema objeto de estudo, com a função de torná-lo, como afirma o autor supracitado, mais explícito, aprimorando as idéias que se pretende aqui discutir.

Em seguida foi feito o uso da pesquisa descritiva, com o objetivo primordial de descrever sobre as mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011 e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro, para que de certa forma, a pesquisa pudesse oferecer uma nova visão do problema ora aqui proposto.

Por fim, fez-se o uso da pesquisa explicativa, cuja preocupação central foi de verificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos estudados, no caso específico, as implicações trazidas pela Lei 12.403/2011 para o ordenamento jurídico, tentando aproximar esta análise do conhecimento da realidade, pois se pretendeu aqui explicar a razão e o porquê dos fatos.

Os tipos de pesquisas utilizados neste trabalho assumiram a forma de pesquisa bibliográfica, desenvolvida com base em material já elaborado a partir de documentos secundários, como doutrinas, artigos científicos e livros relacionados ao tema.

A preferência pela pesquisa bibliográfica ocorreu, pois, segundo Leite (1978, p. 59 apud MARCONI 2001, p. 57), no campo jurídico, este tipo de pesquisa “é o método por excelência de que se dispõe o investigador, para oferecer meios de definir, resolver não somente os problemas já conhecidos, mais explorar novas áreas em que os problemas carecem ainda de discussões e esclarecimentos”.

7 CONCLUSÃO

A Lei 12.403/2011 vem para assegurar a prevalência do princípio constitucional da inocência, consolidando, assim, a regra da excepcionalidade da prisão no Brasil. Por isso, a nova Lei sofreu inúmeras críticas por parte da sociedade, pois considerou que ela veio para ampliar a impunidade já existente em níveis alarmantes no país, e assegurou direitos a muitos cidadãos que estavam em prisões provisórias e passaram a ter o direito a liberdade com a sua vigência, de modo que não restam dúvidas de que diante da Lei 12.403/2011, se faz da liberdade provisória a regra ordinária nos processos penais brasileiros. Por isso, este instituto é instrumento de preservação de direito fundamental do réu, inserido tanto nas normas constitucionais, como, agora, nas infraconstitucionais.

Apesar das críticas, o legislador além de buscar a paridade entre os preceitos da Constituição e do Código de Processo Penal, buscou solucionar o problema da caótica superlotação dos presídios brasileiros, conseqüentemente, buscando respeitar o direito fundamental a dignidade da pessoa humana do preso, onde no Brasil é amplamente desrespeitado em virtude da situação vergonhosa das penitenciárias do País.

Ao mesmo tempo, o legislador criou uma nova sistemática processual e teve todo o cuidado em preservar, também, possibilidades para a decretação da prisão preventiva, onde o juiz só poderá usar deste meio nas hipóteses de crimes dolosos e puníveis com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, ou quando houver reincidência de crime doloso, ou se a infração praticada envolver violência doméstica e familiar contra as pessoas vulneráveis e as medidas cautelares trazidas pela própria Lei forem insuficientes para assegurar o andamento do processo e sua conseqüente decisão final. Essas medidas cautelares surgiram para possibilitar ao juiz a adoção de medidas alternativas à prisão quando houver “necessidade” e que seja respeitado o também princípio da “proporcionalidade”, para assegurar a aplicação da lei penal, para a eficácia da investigação criminal ou para evitar a prática de novas infrações penais.

Dentro dessas novas medidas cautelares, o instituto da fiança sofreu alterações importantes para o processo penal, especialmente nas novas possibilidades de arbitramento para os Delegados de Polícia e no valor da fiança. A fiança será concedida pela autoridade policial nos casos de infração cuja pena

máxima privativa de liberdade seja igual ou inferior a quatro anos, independentemente da pena ser reclusão ou de detenção, portanto, é impossível negar a importância do Delegado de Polícia dentro do ordenamento jurídico, especialmente, depois destas alterações, onde elevou sua responsabilidade para o arbitramento da fiança. Nos demais casos, a fiança somente será arbitrada pelo juiz. Na questão dos valores da fiança, houve alterações importantes, assim, a fiança será arbitrada entre 1 e 100 salários-mínimos para os crimes cuja pena privativa de liberdade for igual ou inferior a quatro anos. Será de 10 a 200 salários nos casos de crimes com pena superior a quatro anos. E poderá ser dispensada, reduzida até o máximo de 2/3, ou aumentada até mil vezes, levando-se em conta a situação econômica do preso no momento da prisão.

Apesar de neste trabalho monográfico não ser tratado toda a Lei, em minha opinião, e no que foi proposto neste trabalho, a Lei 12.403/2011 é de extrema importância no mundo jurídico, pois ela faz uma adequação da prisão processual penal com as regras constitucionais, enfatizando princípios constitucionais de extremo valor. Acredito que o resultado não é o mero “esvaziamento” das prisões, creio que o resultado será o de humanização do sistema carcerário, que será aplicado somente para aqueles que realmente merecem. Pensar de outra maneira seria insistir na aplicação de verdadeiras penas antecipadas a pessoas que, talvez, sejam declaradas inocentes, e neste momento, podem já estar corrompidas pelas mazelas do cárcere.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Francisco Isley Lopes de; LAMEIRÃO, Cláudio Marcos Romero. **Sinopse de processo penal**. Leme: CL EDIJUR, 2011.
- BIANCHINI, Alice [et.al]. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Coordenação de Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.
- GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio, BUNDUKY, Mariana Cury. **Sistema prisional brasileiro**: quase 2 presos por vaga. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/sistema-prisional-brasileiro-quase-2-presos-por-vaga/#more-14123>. Acesso em: 6 maio 2012.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**: para o curso de direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

ANEXO

ANEXO: Lei 12.403/2011 de 4 de Maio de 2011



**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011.

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

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

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

TÍTULO IX

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

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

- I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

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

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

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

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

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

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.

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.

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).

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.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

CAPÍTULO IV

DA PRISÃO DOMICILIAR

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

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.

CAPÍTULO V

DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

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

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

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

I - (revogado)

II - (revogado).

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

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

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

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

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

IV - (revogado);

V - (revogado).

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).

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

a) (revogada);

b) (revogada);

c) (revogada).

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

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

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

- I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;
- II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou
- III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

- I - (revogado);
- II - (revogado);
- III - (revogado).

Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

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

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

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

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

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.

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

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

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

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

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

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

Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.5.2011