

## DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

MARCELLUS POLASTRI LIMA\*

### 1. Introdução.

Como é sabido por todos, é a legislação ordinária que deve se adequar à Constituição Federal (e não o contrário), pois esta é justamente umas das diretrizes para efetivar um processo penal realmente garantista na sua correta acepção.

Este é o grande problema do Código de Processo Penal brasileiro, pois, apesar das reformas pontuais que já sofreu, ainda padece de uma adequação constitucional em muitos pontos, especialmente no que tange às Medidas Cautelares Pessoais.

Em relação à prisão provisória já tinham ocorridos avanços significativos com a efetivação da reforma processual de 2008, mas a parte referente às Medidas Cautelares Pessoais em uma visão sistemática, tal como prevista no Projeto de Lei 4.208/2001 que integrava o rol da reforma pontual que vinha sendo feita por Comissão presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que parecia ter perdido sentido com o novo Projeto de CPP, acabou sendo apreciada e aprovada com várias modificações no “apagar das luzes”, tendo sido sancionada e publicada em 04 de maio de 2011, com o número de Lei 12.403 ( que altera dispositivos do CPP relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências) no momento em que terminávamos a elaboração deste estudo. Porém, em nada modifica o objetivo deste estudo, já que a Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011, com *vacatio* de sessenta dias, em muito se assemelha à proposta do Projeto de CPP do Senado, e que deve passar por novo crivo legislativo na Câmara dos Deputados.

---

\* Procurador de Justiça-RJ. Doutor e Mestre em Direito, com ênfase para Direito Processual Penal, pela UFMG. Professor-Doutor da UFES. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

O certo é que foi constituída Comissão Temporária de Estudo para a Reforma do Código de Processo Penal, no Senado Federal, presidida pelo Ministro do STJ Hamilton Carvalhido, que resultou no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, já aprovado nesta Casa Parlamentar, sendo remetido à Câmara dos Deputados.

O nosso intuito é abordar os pontos principais deste Projeto no que se refere às Medidas Cautelares Pessoais, investigando, sobretudo, a sua adequação Constitucional, sendo certo que, com o advento da Lei 12.403/2011 já referida, passaremos a ter um sistema mais coerente e harmônico inédito em nossa Codificação Processual Penal e, na medida do possível, pois, o intuito do presente estudo é o projeto de Lei oriundo do Senado, comentaremos os pontos desta lei que em haja alguma coincidência ou não (4.208/2001) com o Projeto de CPP do Senado.

## 2. A legitimidade do requerimento para decretação da medida cautelar. A decretação de ofício.

Em primeiro lugar, antes de adentrarmos na apreciação das mais significativas mudanças do Projeto de Lei nº 156 de 2009 em relação às cautelares pessoais, é necessária a análise da regra geral prevista no seu artigo 525 acerca da decretação das medidas cautelares em geral no processo penal, *verbis*:

Art. 525. No curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste Livro.

Parágrafo único. Durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação do delegado de polícia, salvo se a medida substituir a prisão ou outra cautelar anteriormente imposta, podendo, neste caso, ser aplicada de ofício pelo juiz.

Como se vê, depois de ser afirmada a possibilidade de o juiz decretar de ofício a medida cautelar no *caput* do dispositivo, o parágrafo único salienta que “durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação do delegado de polícia”.

Destarte, o Projeto prestigia o sistema acusatório, ao impedir que o juiz decrete a prisão cautelar de ofício durante a investigação, o que, já defendíamos ser a interpretação conforme a Constituição que se deveria dar à redação do art. 311 do Código em vigor (1941).

É que, para nós, o art. 311 do CPP de 41, que dava poderes ao juiz de decretar a prisão preventiva de ofício na fase do inquérito, nesta parte não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988 que assegura que a promoção da ação penal pública seja privativa do *parquet* (art. 129, I) e, assim, nesse passo, adotada a Carta Constitucional o sistema acusatório não mais poderia o juiz agir de ofício sem jurisdição, pois, assim agindo procede como se parte

fosse, abdicando de sua imparcialidade e afrontando o princípio *ne procedat ex officio*.

Se em se tratando de decretação da prisão de ofício **durante o processo**, não haveria nenhuma impropriedade, sendo tal atuar consentâneo com a especial característica do processo penal, advindo a Constituição de 1988, a decretação da prisão preventiva de ofício, **no caso de investigação penal**, passa a ser inconstitucional, em vista do disposto no art. 129, I, da CF, pois, agora, em vista do dispositivo constitucional, o magistrado, no processo penal, deve se abster de promover atos na investigação da ação penal pública de ofício.

Com a Constituição de 1988 o processo penal assume contornos do sistema acusatório, e não há compatibilidade desta depuração do sistema com o decreto de prisão preventiva de ofício **durante a investigação**, quando o magistrado agir, indevidamente, sem sua necessária imparcialidade. Tal resta evidente em se tratando de inquérito policial, quando nem existe processo e jurisdição.

Assim, aqui é diferente da hipótese de já ter sido instaurado o processo penal, pois, não havendo processo ou jurisdição, a decretação da prisão de ofício equivaleria a um **inconstitucional proceder do juízo**.

Como dito, se é assim no que se refere à investigação penal, dentro do sistema processual brasileiro, não haveria incoerência no atuar de ofício exclusivamente durante a fase processual.

Havendo um contencioso necessário no processo penal, e cabendo ao juiz **atuar traduzindo a vontade concreta da lei**, queremos crer que, sempre que o juiz venha a decidir sobre uma medida cautelar de ofício **durante o processo**, estará agindo exercendo jurisdição, em vista, sobretudo, **do interesse público**.

Ocorre que, segundo o Código de Processo Penal de 1941, a prisão preventiva poderia ser decretada de ofício mesmo durante o inquérito, e, assim, segundo Romeu Pires de Campos Barros, ocorreria "aquele fenômeno jurídico-processual que Carnelutti denominou de jurisdição sem ação, quando a lei admite a decretação e uma medida pelo juiz de ofício".<sup>1</sup>

No caso da decretação de ofício durante as investigações, inexistindo processo ou controvérsia, não poderá o juiz agir jurisdicionalmente ou administrativamente, pois tal atuar se equivaleria a uma verdadeira promoção de ação, o que é vedado pelo art. 129, I, do CPP.

Destarte, temos para nós que o art. 311 do CPP de 1941 não foi integralmente recebido pela Constituição Federal, não podendo mais o juiz decretar a prisão preventiva de ofício **durante a fase investigatória**, mas tão somente durante a ação penal.

Tanto é assim que, atento a isto, o legislador ordinário, já se adequando ao texto constitucional, na Lei 7.960/89, **no que se refere à prisão temporária para fins de investigação**, não prevê a decretação de ofício pelo juiz.

1. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro:Forense, 1982, p. 205.

Aliás, o STF, recentemente, declarou inconstitucional o atuar investigatório do juiz antes da ação penal, por inexistência do devido processo legal.<sup>2</sup>

Assim, bem agiu a Comissão do Projeto de Lei nº 156/2009, ao estabelecer que, na fase do processo, o juiz poderá decretar a prisão de ofício ou a requerimento da parte, mas retirando a possibilidade da decretação de ofício pelo juiz na fase de investigação.

Porém, entendemos que, para melhor se adequar o texto ao sistema acusatório, deveria se exigir a prévia manifestação do Ministério Público quando houvesse representação da autoridade policial pela prisão preventiva.

É que o Delegado de Polícia não é parte no processo penal e, assim, se o juiz decreta a prisão preventiva tendo por base somente a representação do Delegado, também seria vulnerado o disposto no art. 129, I, da CF, pois tal equivaleria a uma decretação de ofício pelo juiz.

José Barcelos de Souza lembra que a decretação da preventiva de ofício, “costuma ocorrer precisamente na fase de inquérito policial, quase sempre mediante provocação da autoridade policial, através de representação, o que não lhe retira o caráter de prisão decretada de ofício”. (grifo nosso).<sup>3</sup>

Assim, a se defender que há inconstitucionalidade na decretação da medida de ofício pelo juiz, na fase de inquérito, deve-se entender que, mesmo havendo representação da autoridade policial, tal decretação também seria de ofício (não requerida pela parte, pois o Delegado não é parte na relação processual) e, assim, incidiria, igualmente, em inconstitucionalidade.

Ocorre que, geralmente, na ação penal pública, uma vez que a autoridade policial represente pela preventiva, via de regra tal representação é ratificada pelo Ministério Público que se manifesta a respeito, reforçando a pretensão, e, neste caso, havendo manifestação da parte, que se equivale a verdadeiro requerimento, não haveria inconstitucionalidade.

---

## 2. COLETA DE PROVAS POR JUIZ: DUE PROCESS OF LAW

O Tribunal, por maioria, julgou procedente em parte o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 3º da Lei 9.034/95, que conferia ao juiz competência para diligenciar pessoalmente nos procedimentos de investigação e obtenção de provas nas persecuções penais relativas a atos de organizações criminosas, nas hipóteses em que houvesse possibilidade de violação de sigilo. Preliminarmente, o Tribunal considerou prejudicada a ação direta no ponto em que autorizava o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras, em razão da superveniência da LC 105/2001, hierarquicamente superior, que regulou integralmente a questão, revogando a norma impugnada por incompatibilidade. Em seguida, no que se refere aos dados, documentos e informações fiscais e eleitorais, o Tribunal julgou procedente o pedido, por ofensa ao princípio do devido processo legal, por entender que a coleta pessoal de provas desvirtua a função do juiz, de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da prestação jurisdicional... (grifo nosso) ADI 1570/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 12.2.2004( Informativo STF 336)

3. SOUZA, José Barcelos de. *Direito Processual Civil e Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 114.

Mas, na falta de manifestação a respeito do *parquet*, entendemos que, decretando o juiz a medida, por representação da autoridade policial, haveria inconstitucionalidade, pois como acertadamente sustenta José Barcelos de Souza, **igualmente seria uma decretação de ofício**. Mas, frise-se, isto na fase de inquérito, pois, sendo instaurada a ação, nada impede que o Magistrado, em vista da anterior representação da autoridade policial, decrete a medida, pois, como já demonstrado, aqui se permite o atuar de ofício do juiz na fase processual.

Em suma: melhor seria adequado o dispositivo do Projeto de Lei nº 156/2009 se prevista expressamente a necessidade de ratificação pelo *parquet* da representação pela prisão preventiva da Autoridade Policial na fase inquisitorial, evitando-se, assim, a decretação de ofício da medida e melhor adequação ao sistema acusatório.

A nova Lei 12.403/2011 (art. 311), neste ponto, se iguala ao previsto no Projeto de Lei nº 156/2009, já que ali também se retira do juiz a possibilidade da decretação de ofício da cautelar na fase de investigação, mas mantém o defeito de deixar a representação do Delegado de Polícia. Para melhor adequação constitucional, o melhor é que, no novo Código de Processo Penal, se subordinasse a representação policial ao crivo anterior do Ministério Público, preservando, assim, o sistema acusatório constitucional. Aguardemos eventual emenda na Câmara dos Deputados.

### 3. O alargamento do rol de medidas cautelares pessoais.

A grande crítica que sofria o sistema do Código em vigor (1941) era exatamente a falta de opção do juiz ao se deparar com a necessidade de decretação de uma cautelar pessoal para preservar a utilidade e eficácia do processo, garantindo a aplicação da lei penal e evitando o *periculum libertatis*.

É que o juiz, no sistema do CPP de 1941, não tem escolha, ou decreta a prisão provisória ou deixa o acusado em liberdade e, assim, muitas das vezes, o juiz opta pela prisão por falta de uma previsão de uma medida pessoal substitutiva da prisão, ou seja, menos gravosa.

Consoante Luiz Cláudio Carvalho de Almeida, “o sacrifício de um bem jurídico há de ter, em contrapartida, a proteção de outro de maior relevância, devendo ser respeitados os estritos limites legais de modo a relegar ao mínimo o efeito gravoso da constrição”.<sup>4</sup>

Desta forma, parte da doutrina defendia a utilização de um poder geral de cautela, pois, assim, ao fazer uso do poder geral de cautela, o juiz poderia ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional

---

4. DE ALMEIDA, Luiz Cláudio. A prisão cautelar e o princípio da proporcionalidade. In *Revista do Ministério Público*. nº 09. Rio de Janeiro: PGJ, nº 09, p. 160.

decretação da prisão cautelar que, assim passaria, inclusive, a ser de aplicação mais benéfica ao acusado

Evidente que mesmo os autores que defendiam o poder geral de cautela não vislumbravam a utilização do mesmo para criar outro tipo de prisão provisória, dada a legalidade estrita desta medida. Mas, apontavam outras medidas possíveis de aplicação como, v.g., a apreensão de passaporte, a proibição de frequentar determinados lugares, o afastamento do lar etc.

Em obra específica acerca das cautelares penais, já asseverávamos que, para resolver o impasse, o caminho seria o legislador elencar na Lei, a exemplo da legislação processual penal italiana e chilena, um rol extenso de medidas que poderiam substituir a prisão, e, assim, poderia ser evitada a utilização do poder geral de cautela, já que o juiz teria uma opção legal para não decretar a cautelar mais gravosa, no caso a prisional.<sup>5</sup>

A Comissão elaboradora do Projeto de reforma processual penal, portanto, bem andou ao elencar um rol de cautelares pessoais, dando assim, ao juiz tal opção, *verbis*:

Art. 533. São medidas cautelares pessoais:

I – prisão provisória;

II – fiança;

III – recolhimento domiciliar;

IV – monitoramento eletrônico;

V – suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública;

VI – suspensão das atividades de pessoa jurídica;

VII – proibição de frequentar determinados lugares;

VIII – suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave;

IX – afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima;

X – proibição de ausentar-se da comarca ou do País;

XI – comparecimento periódico em juízo;

XII – proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada;

XIII – suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte;

---

5. LIMA, Marcellus Polastri. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

XIV – suspensão do poder familiar;

XV – bloqueio de endereço eletrônico na internet;

XVI – liberdade provisória.

E o Projeto acrescenta, ainda, em seu art. 534 que:

Art. 534. As medidas cautelares pessoais previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for cominada pena privativa de liberdade, quer isolada, quer cumulativa ou alternativamente a outras espécies de pena.

É evidente que, se a infração penal não é apenada com prisão, não se justifica a imposição de prisão ou outra medida substitutiva de gravidade.

O projeto de reforma, assim, prestigia princípio que se extrai, se não diretamente, pelo menos implícita ou indiretamente da Constituição: o princípio da proporcionalidade.

Como bem acentua Gustavo Badaró, na esteira de J. J. Gomes Canotilho, Suzana de Toledo Barros, Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva:

“Ao mais, o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional, que rege todo e qualquer ato estatal de restrição de direito fundamental do indivíduo. Assim, mesmo sem uma previsão expressa de tal princípio na normatização infraconstitucional da prisão preventiva, sua aplicação decorre da proteção constitucional do direito à liberdade e da própria natureza das medidas cautelares.”<sup>6</sup>

Aliás, já defendíamos que as medidas cautelares pessoais, mormente as prisionais, deveriam ser regidas por características próprias, além daqueles gerais de toda cautelar, dentre eles o da **excepcionalidade**, uma vez que só devem ser tais medidas adotadas quando indispensáveis e inexistirem outras medidas menos gravosas, o da **proporcionalidade**, pois deve haver uma relação proporcional entre a medida cautelar pessoal, a finalidade do procedimento e a dificuldade ou obstáculos na apuração dos fatos, sendo que o juiz sempre deve examinar a hipótese em concreto, ponderando a gravidade da medida com a finalidade que se pretende, com auxílio, ainda, dos requisitos da **necessidade e adequação**<sup>7</sup>.

A Lei nº 12.403/2011, que modifica o CPP ora em vigor, também elenca um rol de medidas substitutivas à prisão, mas de maneira mais tímida, como menos hipóteses, verbis:

---

6. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Prisão Preventiva e Princípio da Proporcionalidade. In *Estudos Criminais em Homenagem a Weber Martins Batista*. Coordenação de Marcellus Polastri Lima e Bruno de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 159/182.

7. LIMA, Marcellus Polastri. Manual de Processo Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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.

Esperemos, então que, na reforma do Código em tramitação, que a matéria seja aprovada de maneira mais ampla, como ali previsto.

### 3. A prisão preventiva. Conversão do flagrante em preventiva.

Em relação à prisão preventiva, apesar de alguns deslizes, o projeto de lei traz sensíveis modificações, de forma a adequar a cautelar ao sistema acusatório, esperamos que os deslizes detectados possam ser sanados através de emendas no processo legislativo.

Dispõe o art. 556 do Projeto de Reforma:

Art. 556. Havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada:

I - como garantia da ordem pública ou da ordem econômica;

- II – por conveniência da instrução criminal;
- III – para assegurar a aplicação da lei penal;
- IV – em face da extrema gravidade do fato;
- V – diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor.

Dentre os requisitos para decretação da prisão preventiva no projeto de lei não se suprimiu os antigos pressupostos, mas, nota-se aqui, uma impropriedade, considerando o “espírito” que rege a reforma: além de manter a malfadada “garantia da ordem pública” coloca a Comissão a “gravidade do fato” como pressuposto para a decretação da cautelar.

Trata-se de um equívoco, já que a natureza cautelar da medida não condiz com tais pressupostos.

Frederico Marques já dizia que, no caso da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, a mesma “perde seu caráter de providência cautelar”, constituindo antes, como falava Faustin Hélier, verdadeira “medida de segurança”, e arremata “a *potesta coercendi* do Estado atua, então, para tutelar, não mais o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa e sim... a própria ordem pública”.<sup>8</sup>

E, segundo Antonio Magalhães Gomes Filho:

A idéia de “ordem pública”, longe de representar um conceito que pode ser corretamente delimitado, constitui um recurso retórico do legislador, utilizado “com objetivo de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica” e que implica “a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade e da certeza jurídica. (...) Apesar dessa apontada nebulosidade, o recurso à “ordem pública” em matéria penal e processual penal tem uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais. À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente dita, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social...”<sup>9</sup>

Na verdade, por faltar, na espécie, a instrumentabilidade e a referibilidade, pressupostos ou requisitos das medidas cautelares, em se tratando da motivação da ordem econômica ou ordem pública, difícil a compatibilização deste pressuposto da natureza cautelar da prisão preventiva.

Porém, queremos crer que, apesar do justificável questionamento a respeito da natureza da pretensão cautelar com fundamento na proteção da ordem

---

8. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol IV. Campinas: Boockseller, 1997, p. 63.

9. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 66-67.

pública ou da ordem econômica, é preservada, em certo sentido, a natureza de cautelar quando a prisão tiver o escopo de assegurar o resultado útil do processo, de forma a impedir que o réu possa continuar a cometer crimes, e resguardando o princípio da prevenção geral.

Como aduz Weber Martins Batista, “a providência impõe-se pra evitar que o autor continue sua atividade criminosa. Ou porque se trata de pessoa propensa a isso, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio dos parceiros do crime”.<sup>10</sup>

O que não se justifica é a identificação da garantia da ordem pública com o clamor social e a gravidade do crime, ou mesmo o aumento da criminalidade, que são conceitos estranhos ao processo e ao crime cometido, devendo ser considerada, sim, a **possibilidade de cometimento de outros crimes**.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, apesar de rechaçar a cautelaridade no que diz respeito à ordem pública simplesmente em vista da gravidade do fato ou da violência empregada, tem entendido que pode haver motivação quanto a este requisito, havendo assim cautelaridade, quando esta **“envolve, em linhas gerais, as seguintes circunstâncias principais: a) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; b) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e c) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal”**. (HC 89238/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 29.5.2007).<sup>11</sup>

O que ocorre é que, como a Comissão já colocou no item V a reiteração da prática criminosa como pressuposto para a decretação da cautelar, não deveria colocar a “ordem pública” como requisito autônomo, já que, como visto, esta só se justifica na hipótese de reiteração da prática criminosa.

Por outro lado, ao se possibilitar a decretação da prisão preventiva em vista da “extrema gravidade do fato” (item IV do art. 556), a Comissão elaboradora do Projeto desvincula tal “gravidade do fato” do conceito de ordem pública, o que é mais incompreensível, pois, além de manter a tão criticada “ordem pública” como pressuposto cautelar prisional, prestigia a decretação somente com base na “gravidade do fato” quando esta era, justamente, o maior alvo de críticas por não condizer com a natureza cautelar da medida.

---

10. Idem, ibidem, p. 77.

11. Cf. Informativo STF, nº 469.

De outra parte, bem andou a Comissão elaboradora do Projeto, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência, ao dispor nos parágrafo 1º e 2º do artigo comentado que:

§ 1º A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena”.

§ 2º O clamor público não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva.

Assim, até mesmo por este motivo, não se autorizaria uma decretação da cautelar pela “gravidade do fato” e, segundo esperamos, tal deve ser revisto no processo legislativo.

Outra boa medida, considerando os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, foi a ratificação no parágrafo 3º do dispositivo que

§ 3º A prisão preventiva somente será imposta se outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente.

Destarte, como dito supra, sempre que se puder decretar outra medida cautelar pessoal que não a prisional, o juiz deve optar por aquela outra medida, já que o Projeto deixa um rol extenso de medidas cautelares pessoais não prisionais para a opção do juiz.

Inovação também elogiável foi a fixação de prazos máximos de duração da prisão provisória, *verbis*:

Art. 558. Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos:

I – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto nos arts. 14, VIII e parágrafo único, e 31, §§ 3º e 4º;

II – 360 (trezentos e sessenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido na forma do inciso I do *caput* deste artigo.

§ 1º Não sendo decretada a prisão preventiva no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância, o tribunal poderá fazê-lo no exercício de sua competência recursal, hipótese em que deverá ser observado o prazo previsto no inciso II do *caput* deste artigo.

§ 2º Acrescentam-se 180 (cento e oitenta) dias ao prazo previsto no inciso II do *caput* deste artigo, incluindo a hipótese do § 1º, se houver interposição, pela defesa, dos recursos especial e/ou extraordinário.

§ 3º Acrescentam-se, ainda, 60 (sessenta) dias aos prazos previstos nos incisos I e II do *caput* deste artigo, bem como nos §§ 1º e 2º, no caso de investigação ou processo de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 12 (doze) anos.

§ 4º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o prazo a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo terá como termo final a decisão de pronúncia, contando-se, a partir daí, mais 180 (cento e oitenta) dias até a sentença condenatória recorrível proferida pelo juiz presidente.

§ 5º Os prazos previstos neste artigo também se aplicam à investigação, processo e julgamento de crimes de competência originária dos tribunais.

Art. 559. Os prazos máximos de duração da prisão preventiva serão contados do início da execução da medida.

§ 1º Se, após o início da execução, o custodiado fugir, os prazos interrompem-se e, após a recaptura, serão contados em dobro.

§ 2º Não obstante o disposto no § 1º deste artigo, em nenhuma hipótese a prisão preventiva ultrapassará o limite de 4 (quatro) anos, ainda que a contagem seja feita de forma descontínua.

Art. 560. Ao decretar ou prorrogar a prisão preventiva, o juiz indicará o prazo de duração da medida, findo o qual o preso será imediatamente posto em liberdade, observado o disposto nos §§ 1º a 4º deste artigo.

A questão da **duração do processo em um prazo razoável** é objeto de preocupação de Declarações, Tratados e Convenções internacionais, mas, no Brasil tanto a doutrina como a jurisprudência não davam a devida importância ao tema,<sup>12</sup> mesmo tendo sido o país signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A CADH (Convenção Americana dos Direitos Humanos) previa a garantia do **juízo dentro de um prazo razoável** seja no processo penal, seja no extrapenal, com a consequência, em caso de desobediência (no que se refere ao processo penal), de ser o acusado colocado em liberdade, caso estivesse em prisão provisória.

O direito ou garantia do prazo razoável do processo, sem dúvida, integra ou é consequência do devido processo legal, que, no Brasil é princípio constitucional, elencado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, pois, como bem acentuam Badaró e Aury Lopes, “é correto enquadrar o direito a um processo no prazo razoável ou sem dilações indevidas como corolário ou elemento do devido processo legal”.<sup>13</sup>

Em relação, porém, à existência na CF da garantia ou direito ao prazo razoável no processo, a discussão não tinha mais razão de ser, pois a mesma Emenda Complementar nº 45, inseriu no art. 5º, a garantia de forma explícita, no inciso LXXVIII, *verbis*:

---

12. Tanto assim que uma das pioneiras monografias sobre o tema foi a de José Rogério Cruz e Tucci, só publicada em 1997, com o título “Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal”, publicada pela Editora Revista dos Tribunais de São Paulo.

13. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES JR. Aury. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 19.

“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Assim, de forma expressa, a partir de 8 de dezembro de 2004, data da vigência da Emenda Constitucional nº 45, passa a existir no Brasil, previsão na lei fundamental da garantia a um processo com duração razoável, seja penal ou não penal, sendo a norma até mais ampla do que aquela da CADH, pois abrange os processos administrativos, não se restringindo aos judiciais. Outrossim, conforme o § 1º do artigo 5º da CF, tal garantia deve ter aplicação imediata, mesmo não sendo regulamentada por lei ordinária.

Agora, depois de longa convivência com uma fixação de um prazo máximo de duração da prisão provisória a cargo da jurisprudência, que considerava o prazo de 81 dias, mas que só vigorava até o fim da instrução criminal e comportava exceção em casos de clamor público, número excessivo de réus e força maior, o projeto de lei estabelece prazos bem delineados e para hipóteses diversas considerando as características da decretação da preventiva no caso em concreto.

Apesar de alguns considerarem os prazos excessivos é de se ter em conta que a Comissão optou pela inclusão da fase investigatória, quando o agente já pode estar preso através de temporária ou preventiva, consoante já defendiam Badaró e Aury Lopes Jr.:

Para efeito de incidência do direito ao prazo razoável, devemos considerar três fases da persecução penal: a das investigações preliminares (inquérito policial no sistema brasileiro); a fase do juízo em primeiro grau de jurisdição; e a fase recursal.<sup>14</sup>

Ademais, o prazo será contado até o fim do processo efetivo, e não só até a instrução criminal.

O prazo, portanto, deverá ser o do trânsito em julgado do processo, e daí a fixação de prazo maior.

Pode ser verificado que o Projeto se refere genericamente à prisão preventiva, mas quer se referir tanto àquela medida decretada em fase de investigação como no curso do processo, como aquela decretada na pronúncia e após a sentença condenatória recorrível na pendência de recurso.

Tal já se dava com a reforma processual penal operada em 2008, adequando-se à Constituição Federal de 1988 e, como não poderia deixar de ser, manteve o projeto a bem-vinda inovação.

Aliás, sempre defendemos este ponto de vista, inclusive chegando à conclusão antes da reforma de 2008 de que, mesmo após a sentença, em havendo recurso, poderia ser decretada a prisão com base nos fundamentos

---

14. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy *et al ob. cit.*, p. 84.

que autorizam a prisão preventiva,<sup>15</sup> já que, com a oportunidade do recurso se daria a **prorrogação da ação e do processo**, e, assim, cabível seria a prisão preventiva, podendo o juiz, com a sentença condenatória recorrível, se presente um dos motivos autorizadores do art. 312 do CPP, decretar a prisão provisória.

A Lei 11.719/2008, integrante da reforma pontual realizada no processo penal brasileiro, acabou adotando este entendimento ao dispor, no novo parágrafo único do artigo 387, que o juiz, ao proferir sentença condenatória... “decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

Assim, com o advento da reforma processual penal (Leis 11.689, de 09.06.08, e 11.719/2008), passamos a ter uma nova sistemática em relação à prisão processual, pois foi alterada a “prisão por pronúncia” dando-se, ainda, a revogação expressa do artigo 594 do CPP de 1941 que estabelecia modalidade própria de prisão por sentença condenatória recorrível. Após a reforma de 2008, portanto, restou somente a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando da prolação da pronúncia (modificação imposta pela Lei 11.689/2008) ou da sentença condenatória recorrível, na forma do parágrafo único do artigo 387 do CPP (inserido pela Lei 11.719/ 2008).<sup>16</sup>

Em suma, a prisão preventiva, após a reforma de 2008, passou a ter quatro momentos para ser aferida: 1. no curso da investigação penal; 2. no curso do processo; 3. no momento ou após a pronúncia; e 4. no momento ou após a sentença condenatória recorrível, como iremos melhor detalhar abaixo. A mudança entre as “espécies” de prisão preventiva estará no momento de sua decretação e no exame do seu primeiro requisito, ou seja, o *fumus comissi delicti*, uma vez que quando há pronúncia e sentença condenatória, já teremos o título que reconhece tal requisito (a decisão judicial de pronúncia ou a sentença condenatória), enquanto que na investigação ou no processo, se demandará um exame mais apurado do juiz em relação aos elementos dos autos, pois ainda não existe qualquer decisão judicial. Quanto ao segundo requisito (*periculum in mora*) sempre deverá ser objeto de investigação detalhada e fundamentada em todas as modalidades de prisão preventiva.

Na verdade, após a Constituição Federal de 1988, para nós a cautelar do antigo art. 594 subsistia,<sup>17</sup> mas, fazíamos uma ressalva: depois da Constituição, não podia mais ser decretada a prisão automaticamente, não em vista do

---

15. O STF, no HC 88174/SP (Relator Min.J oaquim Barbosa e para o acórdão Min. Eros Grau), julgado em 12.12.2006, entendeu que “...proferida a sentença penal condenatória, nada obsta a decretação de custódia do réu, desde que demonstrada a cautelaridade (CPP, art. 312)...”.

16. Cf. nosso “A tutela cautelar no Processo Penal” e nosso “Curso de Processo Penal”, todos editados pela editora Lumen Juris.

17. Assim sempre defendemos em nossos trabalhos doutrinários, como em nossos livros “A Tutela Cautelar no Processo Penal” e “Manual de Processo Penal”.

princípio da presunção de inocência, mas porque para a existência da cautelar havia de pressupor uma efetiva demonstração do requisito do *periculum libertatis*, requisito cautelar que não se justificava tão-somente pela condenação recorrível.

Agora, seguindo os passos da reforma processual penal de 2008, e adequando definitivamente o instituto da prisão provisória à Constituição Federal, o projeto de reforma do CPP em andamento no Congresso Nacional só mantém, além da prisão temporária, a prisão em flagrante a ser decretada nos casos de flagrante delito e a prisão preventiva, que pode ser decretada antes e durante todo o processo, inclusive na fase recursal.

No que se refere ao impedimento de se exercer o direito recursal, caso o réu não se recolhesse à prisão, entendíamos que, em face da Constituição Federal, tal óbice não mais subsistia, pois afrontaria a garantia da ampla defesa, como bem vislumbrava José Barcelos de Souza, infringindo, ainda, a nosso ver, a garantia do duplo grau de jurisdição que, apesar de não constar expressamente como princípio expresso na Constituição Federal, se inseria no conceito maior do devido processo legal.<sup>18</sup>

Seguindo o mesmo raciocínio, temos que concluir que o art. 595 do CPP é inconstitucional, pois não se pode reconhecer a deserção do recurso do réu que recorreu, simplesmente pelo motivo deste ter fugido da prisão, quando, como se sabe, a fuga do réu, apesar de ser falta grave na execução penal, nem mesmo se constitui em crime. Assim, apesar de a Lei 11.719/2008 não ter revogado expressamente este artigo (e perdeu uma boa oportunidade de fazer isto expressamente), este não mais poderia subsistir perante a ordem constitucional, já que não foi recebido pela mesma, em face dos princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

---

18. O STF, através de sua 1ª Turma, no HC 88420, assim entendeu, acentuando mais o relator Ministro Ricardo Lewandowski que, "o duplo grau de jurisdição (conforme artigo 8º, II, 'h', do Pacto de São José da Costa Rica – incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal) tem "estatura constitucional, ainda que a Carta Magna a ele não faça menção direta". Isso porque, prossegue o ministro, o 'due process of law', constante do artigo 5º, LXVI, contempla a possibilidade de revisão por tribunal superior de sentença proferida por juízo monocrático. Assim, o 'duplo grau' deve prevalecer sobre o artigo 594 do CPP, pois tal direito integra o sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais, conforme decidido pelo Supremo na ADI 1675", confirmou. E, segundo o Ministro, esposando idêntico entendimento aqui defendido, "o reconhecimento ao duplo grau não infirma a legalidade da custódia cautelar decretada em desfavor do paciente, podendo ela subsistir independentemente de admitir-se o recurso". E, em fevereiro de 2008, após vários julgados nesta linha, o Plenário do STF, julgando o HC-90279, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, por unanimidade entendeu ser inconstitucional a vedação de recurso sem se recolher à prisão, sendo que o eminente relator ressaltou que, a seu ver, o artigo 594 do CPP, que obriga o recolhimento do condenado para que a justiça possa analisar recurso de apelação, é um "pressuposto extravagante de recorribilidade".

Em que pese a Lei 11.719/2008 não ter revogado de forma expressa o art. 595, no parágrafo único do art. 387, se dispõe que “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, **sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta**” (grifo nosso), o que demonstra que o recurso do réu deve sempre ser conhecido.

Aliás, o STJ sumulou a questão nestes termos:

Súmula 347. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

O Projeto de reforma de CPP em andamento no Congresso Nacional retira de vez da legislação o óbice para apelar caso ocorra a fuga do réu ou não se recolha à prisão, adequando-se definitivamente à Constituição Federal.

Igualmente a nova Lei 12.403/2011 também revoga o dispositivo.

Entretanto, para nós, o Projeto de CPP comete um equívoco ao dispor no art. 555 que:

Art. 555. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, deverá:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter, fundamentadamente, a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus pressupostos legais; ou

III – arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; ou

IV – conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. A concessão de liberdade provisória na forma do inciso IV do *caput* deste artigo somente será admitida se o preso for pobre e não tiver condição de efetuar o pagamento da fiança. (grifo nosso)

Ora, consoante Mirabete, “a prisão em flagrante é um ato administrativo, como deixa entrever o art. 301 do CPP, ou seja, uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal” (art. 5º, LXI).<sup>19</sup>

Mas, na verdade a chamada **cautelar** da prisão em flagrante delito é uma conjugação de um ato administrativo com um judicial, pois, segundo Daniela Cristina Rios Gonçalves:

... consubstancia-se, inicialmente, em um ato de **natureza administrativa**, já que a captura do flagrado é efetivada fora da esfera processual, **sem mandado**, por qualquer do povo e, em regra, pela Polícia

---

19. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2007 p. 366.

Judiciária, sendo esta última também responsável pela determinação da custódia. Expressa o flagrante, assim, o exercício da atividade administrativa do Estado, sendo emanada do poder de polícia deste. (...) Torna-se em um segundo momento, por previsão constitucional, que determina a imediata comunicação da prisão ao juiz competente (art. 5º, LXII), de **natureza jurisdicional e processual**, uma vez que convalidada pelo juiz e projeta conseqüências na relação processual que se estabelece no juízo penal.<sup>20</sup>

Assim, no caso de prisão em flagrante, dar-se-á a prisão cautelar sem prévia ordem judicial, em vista da previsão constitucional. Trata-se de pronta reação da sociedade à prática do crime. Mas não é a única exceção ao controle jurisdicional prévio, pois, nos casos excepcionais de estado de defesa e estado de sítio, tal também se dará.

Autoriza-se a prisão, sem prévia ordem judicial, como reconhece Aury Lopes Jr., já que “existe a visibilidade do delito, o *fumus commissi delicti* é patente e, principalmente, porque essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24h”.<sup>21</sup>

Porém, o fato de que só a visibilidade do delito não esgota a natureza cautelar (*fumus commissi delicti*) não significa que, necessariamente deva o juiz em 24 horas, se for o caso, decretar uma prisão preventiva, ou substituir a modalidade de prisão, pois a prisão em flagrante é medida autônoma que subsiste por si só. **E prevista constitucionalmente.**

Ora, entre nós a prisão em flagrante, após ser ratificada pela autoridade judicial, é **forma autônoma de prisão cautelar**, conforme se depreende do texto constitucional e do Código de Processo Penal de 1941. O que ocorre é que se trata de medida excepcional, pela qual são autorizadas a captura, a lavratura do auto de flagrante e a detenção, sem prévia ordem judicial, por estar evidentemente presente o *fumus commissi delicti* (aliás, na maioria dos casos já não é fumaça: é fogo).

Trata-se de medida cautelar excepcional, e daí a razão de ser prevista **constitucionalmente**, sendo que, segundo Daniela Cristina Rios Gonçalves, a cautelar de prisão preventiva “...possui natureza **constitucional**, na medida em que está autorizada pela Constituição Federal em seu art. 5º, LXI, e **regulamentação legal**, posto que as hipóteses estritas de seu cabimento estão dispostas no Código de Processo Penal, arts. 301 e s.”.<sup>22</sup>

20. GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. *Prisão em Flagrante*. São Paulo: Saraiva. 2004, pp. 22-23.

21. LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 214.

22. GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. *Prisão em Flagrante...* Ob. cit., p. 21.

E é justamente por se tratar de exceção, que a prisão deve ser comunicada ao juiz, em 24 horas, propiciando que seja feita a apreciação da existência do fundamento do *periculum libertatis* pelo juiz e, somente com este ato, se completa a medida cautelar.

Destarte, o que existe é o fracionamento desta cautelar em dois atos distintos, a detenção pela autoridade policial e a ratificação do *periculum libertatis* por parte do juiz. Neste sentido, até se pode dizer que a prisão realizada pela autoridade policial se constitui em uma medida pré-cautelar, já que só se completaria a natureza cautelar da prisão em flagrante com a ratificação judicial. Frise-se: teremos, administrativamente, por ato do Delegado de Polícia, a **captura, a lavratura do auto próprio e o recolhimento prévio ao cárcere**, mas a medida cautelar de prisão em flagrante não se esgota nestes atos, sendo instituto complexo, que abarca, ainda, a necessidade de ratificação pelo juiz, quando o encarceramento se legitima totalmente. Portanto, só teremos o encarceramento cautelar completo, e a própria medida cautelar, após a decisão ratificatória do juiz.

Scarance Fernandes, corretamente, conclui neste sentido:

**“A prisão em flagrante é a única espécie de prisão cautelar que independe de decisão da autoridade judiciária, conforme autorização do art. 5º, LXI, da Constituição Federal. Isso porque, nesse caso, o fato de o agente ser surpreendido no cometimento do crime vincula-o à prática delituosa como o seu provável autor. Trata-se de medida pré-cautelar, verificando a autoridade policial, com base nos depoimentos e no interrogatório do auto de prisão em flagrante, a fundada suspeita contra o conduzido (art. 304, § 1º, do Código de Processo Penal), ou seja, a presença do *fumus boni iuris*. A necessidade da prisão será analisada pelo juiz quando receber a cópia do auto, devendo ser mantida a custódia como providência cautelar, se estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva...”<sup>23</sup>**

Portanto, trata-se de espécie particular de prisão cautelar, em que o delegado pratica uma providência pré-cautelar, mas completa-se a medida cautelar com averiguação da necessidade da prisão pelo juiz, que irá se utilizar, obviamente, dos mesmos parâmetros analisáveis na prisão preventiva. A cautelar da prisão em flagrante, portanto, exige a **ratificação** pelo juiz daquela detenção pré-cautelar, ao apreciar o *periculum in libertatis* através dos mesmos requisitos exigidos para a prisão preventiva, mas isto não autoriza a afirmação de que deva existir, necessariamente, a “substituição” da prisão em flagrante pela prisão preventiva, pois são modalidades distintas de cautelares, como demonstra a redação da própria Constituição Federal, que aponta a prisão em flagrante como modalidade autônoma de prisão cautelar ao lado daquelas decretadas diretamente pelo juiz ( a preventiva e a temporária).

---

23. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT ed., 2002, p. 137.

Consoante Vicente Greco Filho, "o flagrante é a situação, prevista em lei, de imediatidade, em reação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial".<sup>24</sup>

Assim, devemos distinguir: uma coisa é o ato de flagrante, ou seja, a captura do agente na ardência da prática delituosa, com a consequente lavratura do **auto de prisão em flagrante** e outra é a **prisão que decorre da lavratura deste auto**, não sendo caso de soltura (v.g fiança), aplicação de medida menos gravosa, ou como se diz no antigo sistema do Código de 1941 o agente não se livre solto (arts. 309 e 322 do CPP).

Conforme já lecionava Basileu Garcia, "nem sempre advirá da captura em flagrante a conservação em custódia".<sup>25</sup>

Como visto, o legislador constitucional elenca o flagrante delito como causa primária de uma prisão cautelar sem prévia ordem judicial, dando à autoridade policial o poder de averiguar o *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*, pois, de acordo com o art. 304 do CPP, sendo-lhe o preso apresentado, a autoridade interrogá-lo-á e serão ouvidos o condutor e testemunhas e, **no caso de existir fundada suspeita de ser o conduzido autor do crime, dar-se-á o recolhimento à prisão**, mas exige a lei em seguida a ratificação judicial, se presente o *periculum libertatis*, quando se completa a cautelar.

Assim, cabe ao delegado apenas a aferição do *fumus commissi delicti*, prescindindo-se de aferição do *periculum in mora*.

Antonio Scarance Fernandes conclui que:

"Não há maior dificuldade em justificar a cautelaridade da prisão em flagrante no que se refere ao requisito do *fumus boni iuris*. O fato de o agente ter sido surpreendido em uma das situações do art. 302 do CPP serve para evidenciar a existência de crime, do qual ele é o provável autor. (...) Não há nenhuma verificação da necessidade de que a pessoa seja recolhida. Limita-se a autoridade policial a verificar a presença do *fumus boni iuris*."<sup>26</sup>

E daí a pergunta: e quanto ao outro requisito da prisão cautelar, o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*?

Este requisito fica ao prudente exame do juiz, que, ao receber o auto de prisão em flagrante, fará um juízo da presença da necessidade da prisão e, caso negativo, deverá liberar o preso. E é por este motivo que o legislador constituinte dispõe no art. 5º, LXII, que deve haver imediata comunicação da prisão em flagrante ao juiz de direito.

24. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 235.

25. GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 100.

26. Idem, *ibidem*, pp. 291-292.

Destarte, a medida trazida como novidade na pretendida reforma é burocrática e até mesmo vulnera o texto constitucional, que dá autonomia a esta modalidade cautelar já tradicional em nosso direito.

Portanto, não foi feliz a Comissão de reforma do Código de Processo Penal ao dispor no artigo 555, II, que o juiz “deverá” ao exame do auto de prisão em flagrante decretar a prisão preventiva caso presente o *periculum libertatis*, pois isto induz uma necessidade de “substituição” da medida anteriormente imposta que já é prevista constitucionalmente e legalmente como integrante de uma modalidade cautelar autônoma, pois bastaria que o juiz mantivesse a medida cautelar de prisão em flagrante, obviamente justificando-se com a presença do *periculum libertatis*.

A opção da Comissão colide com a autonomia desta cautelar reconhecida constitucionalmente e é medida que só trará dificuldades no trâmite processual, exigindo decisão mais prolixa e não condizente com a tradição de nosso processo penal, pois uma coisa é o juiz reconhecer a presença do *periculum libertatis* e outra dar uma decisão de decretação de outra cautelar em substituição de prisão preventiva, pois aí terá que apreciar, também, o *fumus comissi delicti* o que seria desnecessário pois este está patente na flagrância, já que aqui temos mais do que a “fumaça”, ou seja, o próprio fogo como se vê da origem latina da palavra flagrante, e é justamente por isto que a Constituição admite a detenção imediata através de ato da autoridade policial. Caso haja erro desta autoridade policial o que se dá é o relaxamento da prisão pelo juiz, pois ao invés do flagrante se constituir em legítima causa da cautelar autônoma é reconhecido como ato ilegal, não se completando a natureza cautelar.

A nova Lei 12.403/2011, que modifica o CPP, incidiu no mesmo equívoco, trazendo esta “obrigatoriedade” de convalidação da prisão em flagrante em preventiva, o que esperamos que possa ser revisto na reforma processual penal, por via de emenda, até porque a prisão em flagrante, fazemos questão de repetir: é prisão cautelar autônoma garantida constitucionalmente.

#### 4. A Revalorização da Fiança.

Instituto de grande aplicação no passado, a fiança, com o advento da Lei 6.416/77, que introduziu o parágrafo único do art. 310 do CPP de 1941, acabou por perder sua importância, quase caindo em desuso.

É que na liberdade provisória com fiança, além de pagamento do valor da fiança, existem os vínculos de comparecimento aos atos do inquérito e da instrução criminal (art. 327) e de não mudança de residência, sem prévia permissão da autoridade processante.

E em caso de ausência, por mais de 8 (oito) dias, de sua residência, deve ser indicado o local em que poderá ao imputado ser encontrado (art. 328).

Já na liberdade provisória do parágrafo único do art. 310 do CPP, além de não exigir recolhimento de dinheiro ou outro valor, é menos onerosa ao agente no que se refere a ônus processuais, uma vez que só exige o vínculo de

comparecimento aos atos do processo. Além disso, seu âmbito de aplicação é maior do que o da fiança: a fiança não é admitida, no sistema do CPP de 1941, quando a pena mínima seja maior do que dois anos, e no art. 310 do mesmo Código não há tal restrição, e, ademais, o único óbice da aplicação do parágrafo único do art. 310 é a presença dos requisitos da prisão preventiva, enquanto a fiança, na forma dos arts. 323 e 324 do CPP, tem várias hipóteses de vedação.

Outrossim, a Lei 5.941/73 já tinha trazido alteração ao revogado art. 594 do CPP, vindo a permitir a apelação em liberdade para o réu primário de bons antecedentes, e, ainda tinha alterado o art. 596, permitindo a imediata soltura em caso de absolvição, mesmo havendo apelação interposta pela acusação.

Consoante Scarance Fernandes:

Não houve, com as alterações procedidas no Código, preocupação em observar os princípios da adequação e da proporcionalidade, eis que, na prática de crimes mais graves, com pena mínima superior a dois anos poderá o agente ser beneficiado com liberdade provisória sem fiança, com a obrigação de comparecer aos atos do processo, não tendo, todavia, direito a se livrar da prisão mediante pagamento de fiança. Tem o mais e não tem o menos. Perdeu, assim, a fiança muito da sua importância. De regra, aquele que tem direito à liberdade provisória com fiança terá também direito à liberdade provisória sem fiança, e obviamente essa solução, por ser mais benéfica, é a que deve ser acolhida pelo juiz.<sup>27</sup>

João Gualberto Garcez Ramos faz coro à crítica:

É preciso afirmar que talvez tenha sido no setor das infrações penais afiançáveis que a ação do tempo tenha sido mais desagregadora do que em qualquer outro capítulo do processo penal brasileiro (...) a combinação do fato de o Código de Processo Penal ter consagrado o sistema de valores numéricos fixos para as fianças criminais, além do fato dos diversos períodos inflacionários ocorridos desde 1941, essa combinação, como dito, foi lentamente desmoralizando o instituto da fiança criminal. Porém, foi com a redação dada ao artigo 312 do Código de Processo Penal pela Lei nº 5.349/67, e com o parágrafo único acrescentado ao artigo 310 do mesmo Código pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que o instituto da liberdade provisória com fiança sofreu um vigoroso empurrão no rumo da desmoralização (...) o tratamento processual penal dos indiciados pela prática de crime afiançável tornou-se mais severo do que o dirigido aos presumidos autores de crimes inafiançáveis (...) mesmo inafiançável a infração penal, o indiciado pode livrar-se solto sem o pagamento de fiança, prometendo apenas comparecer a todos os atos do processo.<sup>28</sup>

27. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2002, p. 316.

28. RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 218.

Asseveram Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz que:

A alteração mais significativa, que, aliás, instaurou período de dificuldades quase invencíveis na aplicação do instituto da fiança, foi introduzida pela Lei 6.416, de 1977, que prestigiando o requisito do *periculum in mora* (que se extrai do art. 312, redação atual), abandonou o critério da afiançabilidade como norteador da conveniência da medida, adotando o critério exclusivo da gravidade da infração (o requisito do *fumus boni iuris* que está previsto no art. 312 do CPP, na parte que alude “a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”).<sup>29</sup>

Contundente, também, a crítica de Weber Martins Batista:

Depois da Lei 6.416, de 1977, como se viu, a fiança perdeu toda a importância que tinha, pois, ou o juiz verifica que a prisão provisória do autor do fato criminoso é necessária, e, nesse caso, o detido não pode prestar fiança (se já prestou, fica ela sem efeito), ou verifica que inócorre qualquer das hipóteses que autorizariam sua prisão preventiva, caso em que o agente deverá ser colocado em liberdade provisória, sem fiança (se já prestou, esta, igualmente, lhe será devolvida). Em qualquer dos casos, portanto, não se presta fiança, ou esta fica sem efeito.<sup>30</sup>

Deve ser observado, ainda, que, em face do advento dos Juizados Especiais Criminais, mais esvaziado ficou o instituto da fiança, uma vez que os crimes de pequeno potencial ofensivo eram todos afiançáveis e, com a Lei 9.099/95, surgiu uma nova forma assecuratória de liberdade decorrente de imposição legal, prevista no seu art. 69, que reza que ao autor do fato que for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de nele comparecer, não se imporá prisão em flagrante e nem se exigirá fiança. Regra similar se encontra no Código de Trânsito Brasileiro, no art. 301, (Lei 9.503/97) beneficiando o agente que presta imediato socorro à vítima.

Conservava a fiança, entretanto, mesmo com seu esvaziamento, importância para aquelas hipóteses em que a Autoridade Policial podia arbitrá-la e concedê-la (nos crimes punidos com detenção, na forma do art. 332 do CPP de 1941), e, assim, pode o agente obter a liberdade mais rápido, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, sem necessidade de esperar a decisão judicial, no caso de pedido de liberdade sem fiança.<sup>31</sup>

Argumenta-se, também, que o procedimento para se obter a fiança é mais rápido, uma vez que não requer a prévia oitiva do Ministério Público, ao contrário da liberdade provisória sem fiança.

---

29. ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. BAZ, Marco Antonio Garcia. *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*. São Paulo: RT Ed., 2000, p. 111.

30. BATISTA, Weber Martins. *Liberdade Provisória*.. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 80.

31. Cf. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*... Ob. cit., p. 345.

Em boa hora, assim, o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, atento ao problema do esvaziamento do instituto da fiança, passa a revalorizar esta medida cautelar para fins de liberdade provisória, *verbis*:

Art. 567. A fiança consiste no arbitramento de determinado valor pela autoridade competente, com vistas a permitir que o preso, após o pagamento e assinatura do termo de compromisso, seja imediatamente posto em liberdade.

§ 1º No curso do processo, a fiança poderá ser exigida do réu solto, se a medida for necessária para assegurar o seu comparecimento, preservar o regular andamento do feito ou, ainda, como alternativa cautelar à prisão preventiva.

Art. 568. A fiança será requerida ao juiz ou por ele concedida de ofício.

§ 1º Nos crimes punidos com detenção ou prisão simples, qualquer que seja o limite máximo da pena cominada, ou reclusão, com pena fixada em limite não superior a 5 (cinco) anos, exceto se praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, a fiança será concedida diretamente pelo delegado de polícia, logo após a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Art. 572. O valor da fiança será fixado entre:

I – 1 (um) e 200 (duzentos) salários mínimos, nas infrações penais cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 8 (oito) anos;

II – 1 (um) e 100 (cem) salários mínimos, nas demais infrações penais.

§ 1º Para determinar o valor da fiança, a autoridade considerará a natureza, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como a importância provável das custas processuais, até o final do julgamento.

§ 2º Se assim o recomendar a situação econômica do preso e a natureza do crime, a fiança poderá ser:

I – reduzida até o máximo de 2 (dois) terços;

II – aumentada, pelo juiz, em até 100 (cem) vezes.

Não só aumenta drasticamente o valor da fiança no art. 472, considerada a gravidade do crime, como se aduz que podem ser aumentados tais valores em até cem vezes, ou pode ser reduzido se assim recomendar a situação financeira do imputado em até dois terços. Além disto permite que o próprio delegado de polícia conceda a fiança em crimes de reclusão cuja pena não ultrapasse cinco anos e não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Principalmente esta última medida irá propiciar uma maior utilização da fiança que passa a ser um direito subjetivo do agente a ser concedido de

imediatamente, sem a demora que pode resultar em um pedido de liberdade provisória sem fiança.

Permite-se, também, que, no processo o juiz conceda a fiança de ofício. Sim, somente no processo, pois na fase investigativa a ingerência de ofício do juiz seria inconstitucional, *ex-vi* do art. 129, I, da CF, ferindo o princípio acusatório. Para que se mantenha a interpretação conforme a Constituição do art. 568 do Projeto, durante a investigação a fiança deve ser requerida ao juiz, nos casos em que o próprio delegado de polícia não possa concedê-la. Melhor que legislador melhor esclareça tal ponto durante a tramitação na Câmara dos Deputados.

E mais, o Projeto de novo CPP dá a fiança valor de instrumento cautelar a propiciar a garantia de presença do réu ao processo, em substituição à decretação da prisão provisória, tal qual se dá em outras legislações alienígenas.

A Lei 12.403/2011 também revalorizou a fiança, mas achamos o texto do projeto de Código de Processo Penal advindo do Senado mais avançado e, assim, caso aprovado, poderemos ter aí um melhor tratamento da matéria.

## 5. Conclusão

Como se vê, apesar de alguns pontos que devem ser melhor apreciados na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei no que tange às Medidas Cautelares Pessoais, é avançado e irá adequar a legislação ordinária processual penal à Carta Constitucional.

Esperamos que o Projeto de Lei venha realmente a se transformar em um novo Código de Processo Penal, com o devido aperfeiçoamento que deve ser feito na Câmara dos Deputados, não sendo mais uma tentativa frustrada como foi os Projetos Hélio Tornaghi e Frederico Marques, sendo urgente uma adequação de nosso Código de Processo Penal à Constituição Federal.

Aliás, com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, já temos cerca de 2/3 do CPP renovados, o que pode fazer com que o Projeto de Código do Senado, perca força na Câmara dos Deputados, ficando aí a advertência da Comissão Ada Pellegrini Grinover: "É mais fácil se obter a reforma do Código através de projetos pontuais do que um Código por inteiro".

## Referências Bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Prisão Preventiva e Princípio da Proporcionalidade. In *Estudos Criminais em Homenagem a Weber Martins Batista*. Coordenação de Marcellus Polastri Lima e Bruno de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. LOPES JR., Aury. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro:Forense, 1982.

BATISTA, Weber Martins. *Liberdade Provisória*.. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

DE ALMEIDA, Luiz Cláudio. A prisão cautelar e o princípio da proporcionalidade. In *Revista do Ministério Público*. nº 09. Rio de Janeiro: PGJ, nº 09, Juris, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT ed., 2002.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal Constitucional*.São Paulo:RT, 2002.

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense , 1945.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo:Saraiva, 1991.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. *Prisão em Flagrante*. São Paulo: Saraiva. 2004

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*.2º ed. São Paulo:Saraiva.,1993.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol IV.Campinas: Boockseller,1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*.Processo Penal. São Paulo:Atlas, 2007.

LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. 2º ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 5º ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*.Belo Horizonte:Del Rey, 1998..

ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. BAZ, Marco Antonio Garcia. *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*. São Paulo: RT Ed., 2000.

SOUZA, José Barcelos de. *Direito Processual Civil e Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.