



Prisão cautelar ficou mais bem disciplinada com novo regime

23/05/2011

A prisão cautelar sempre teve uma natureza processual, nos termos da Constituição Federal, da doutrina e consoante Tratados Internacionais dos quais o País faz parte. Ocorre que, tendo em vista situações em que, na prática, ocorria um desvirtuamento do instituto, em boa hora surgiu a Lei nº 12.403/2011, reafirmando o caráter instrumental do instituto e trazendo ao Juiz mecanismos alternativos às medidas cautelares, bem como a valorização do instituto da fiança.

A Lei nº 12.403/2011 trouxe algumas inovações no tocante às prisões cautelares, principalmente quanto à possibilidade de medidas alternativas.

No art. 282 tem-se, na realidade, a fixação de critérios gerais quanto ao cabimento das medidas cautelares em geral, que devem ser seguidos pelo Juiz para a admissão das mesmas.

Assim é que, o art. 282, incisos I e II, alude principalmente à presença de dois requisitos essenciais para a fixação das medidas cautelares, a saber: “necessidade” e “adequação”, o que nada mais é do que a proporcionalidade. Por necessidade, entende-se que só é possível o cabimento da medida quando a mesma for imprescindível para a situação fática delineada, bem como por “adequação”, a aplicação da medida específica para a situação concreta determinada, verificando-se as circunstâncias do fato para a escolha da medida perfeitamente aplicável à hipótese.

Na realidade, procura o legislador indicar ao Juiz os parâmetros gerais que devem guiá-lo na escolha da medida cautelar cabível. Por primeiro, deve decidir pela aplicação ou não da prisão cautelar propriamente dita. Não sendo cabível, eis que desnecessária ou inadequada na hipótese, escolher qual a medida alternativa cabível, desde que evidentemente esta também se faça necessária.

Por óbvio, que o legislador, ao criar meios alternativos de medidas cautelares, não o fez com o propósito de instaurar um novo sistema, em que as medidas cautelares sejam a regra, pois não seria isso razoável, face ao princípio de que a liberdade é a regra, a exceção é a prisão. Optou o legislador por conceder ao Juiz instrumentos alternativos à prisão cautelar propriamente dita.

O § 1º. do art. 282 prevê a aplicação isolada ou cumulativa das medidas cautelares, o que me parece razoável, desde que necessária, por exemplo, a soma das medidas e também, é claro, desde que o acúmulo das mesmas não leve a situações esdrúxulas, como a de se prender preventivamente e, ao mesmo tempo, se determinar a proibição de frequência em determinados lugares.

É claro também que qualquer decisão, pela aplicação isolada ou cumulativa de medidas cautelares, sempre deverá se basear em um critério de adequação às circunstâncias do caso concreto.

O § 3º. prevê, como regra, a intimação da parte para se manifestar sobre pedido de aplicação de medida cautelar, salvo as hipóteses de urgência ou de ineficácia da medida. Só vejo utilidade neste dispositivo para as situações de medidas alternativas, previstas no art. 319 do CPP, pois, à evidência, quando se estiver diante de um pedido de prisão temporária ou de prisão preventiva, não há que se falar em intimação do indiciado ou acusado para se manifestar, sob pena de esvaziamento da medida. Todavia, em algumas situações do art. 319, quando não houver esse perigo, poder-se-á falar em intimação para esse fim. Assim, me parece que, no plano prático, a regra criada pelo legislador, é, na realidade, excepcional.

O § 4º. prevê a ampla possibilidade de o Juiz sempre poder alterar a situação, seja para substituir a medida aplicada por outra, seja para revogá-la ou seja para aplicar outra em acréscimo.

O § 5º. trata da possibilidade de revogação da medida ou substituí-la, quando verificar a ausência dos motivos que a justificavam, voltar a decretá-la se sobrevierem as razões que a justificavam. Portanto, trata de mera complementação do disposto no § 4º, reafirmando-se o caráter precário da situação jurídica estabelecida em sede de processo cautelar.

O § 6º. confirma o que já seria lógico em decorrência do “caput”, mas não custa nada repetir, diante da teimosia de alguns que não entendem o caráter excepcional das medidas cautelares restritivas da liberdade de deambulação, que é a regra de que a *“prisão preventiva só será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”*.

O controle sobre a prisão em flagrante

Traz a lei importantes avanços em relação à prisão em flagrante, avanços esses que consolidam posição da doutrina sobre o tema e também da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal a respeito, que determina um controle mais rigoroso do Juiz quanto a este tipo de prisão.

Assim é que os arts. 306 e 310, do Código de Processo Penal, devem ser lidos conjuntamente. Trata, por exemplo, o primeiro, da imprescindível diligência de comunicar aos familiares do preso a prisão deste, como forma de garantir a inviolabilidade física e psíquica da pessoa presa. Salutar, sob esse prisma, a necessidade de comunicação à Defensoria Pública para a garantia de cumprimento de seus direitos constitucionais.

Menciona ainda a indispensável necessidade de se encaminhar, no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante.

Há a necessidade de comunicar a prisão ao Juiz, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Vê-se, portanto, que o dispositivo menciona a necessidade de comunicação ao MP, pelo que inova e, a nosso ver, retira a necessidade de o Juiz, antes de decidir fundamentadamente sobre a regularidade da prisão, encaminhar os autos ao Promotor, na medida em que este já foi comunicado da prisão, podendo se manifestar acerca da mesma. É o que deflui do ar. 310, observando-se que, antes, a redação era diferente e exigia a manifestação prévia. Se quiser ouvir o MP, poderá fazê-lo, mas não há obrigatoriedade.

É necessário também que o preso seja informado de seu direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII, da CF, conforme inclusive preceitua o art. 289-A, § 4º., assim que efetivada a prisão, garantia esta que tem por escopo protegê-lo integralmente, não podendo ser comunicado deste direito apenas quando for ouvido, mas sim durante a efetivação da prisão (Silvio César Arouck Gemaque, *Dignidade da Pessoa Humana e Prisão Cautelar*, RCS, 2006, p. 123). Conforme já tivemos oportunidade dizer, quando do comentário ao art. 289-A, o disposto no § 4º deste dispositivo, reforça a necessidade dessa comunicação, com já decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos, no célebre caso *Miranda x Arizona*.

Já o art. 310 propriamente dito traz importantes avanços, em matéria de controle judicial sobre a prisão em flagrante, em que se consagra como regra geral a liberdade provisória e como exceção a manutenção da prisão em flagrante, pois além de o juiz poder conceder a liberdade provisória nas hipóteses em que não estiverem presentes as hipóteses do art. 23, I, II e III, do Código Penal, isto é, quando houver provas de que praticou o fato sob alguma excludente de antijuridicidade, deverá ainda observar se estão presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312), conforme preceitua o parágrafo único do art. 310, que foi acrescentado ao art. 310 com a Lei n. 6.416/77 e modificado pela Lei nº. 12.403/2011, para só nesta hipótese, isto é, se presentes os requisitos da prisão preventiva, não mais manter o indicado preso em flagrante, como era antes, mas, nos moldes do inciso 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”*.

Forçoso, pois, concluir ser inadmissível mero despacho ordinário, nos termos do clássico *“flagrante formalmente em ordem. aguarde-se a vinda dos autos principais”*. Deve o juiz, ao contrário, atentar ao caráter excepcional da prisão em flagrante, controlando sempre a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva. Resulta claro, ainda, que a prisão em flagrante, como decorrência, aliás, de sua natureza excepcional, só existe até a confirmação da autoridade judiciária, após o que passa a ser uma prisão preventiva, eis que convertida nessa, se presentes as hipóteses do art. 312.

Merece, portanto, aplausos a nova redação do art. 310, que assegura um controle efetivo do Juiz sobre a prisão em flagrante, evitando-se situações injustas, de pessoas mantidas indevidamente em flagrante.

Entendemos também desnecessário aguardar manifestação prévia das partes ou da polícia, quanto à eventual medida cautelar a ser aplicada. O art. 310, II, não menciona isto, tratando-se de norma especial ao disposto no art. 282, § 2º (norma geral). Além disso, na fase de convalidação ou não da prisão em flagrante, exerce o Juiz um controle imediato sobre a prisão em flagrante, prisão esta eminentemente excepcional.

A prisão preventiva com a nova lei

A prisão preventiva é talvez a mais importante prisão cautelar existente, até porque, como visto do art. 310, seus requisitos é que controlam a manutenção ou não da prisão em flagrante, servindo como parâmetro, à exceção da prisão temporária, às prisões cautelares em geral.

Até 1967, havia a prisão preventiva obrigatória e a facultativa. Atualmente, há apenas a facultativa. A obrigatória foi sempre combatida pela doutrina, até que abolida em 1967, conquanto as inúmeras iniciativas legislativas no sentido de vedar a concessão de liberdade provisória para uma série de crimes sejam, por via oblíqua, a admissão da prisão preventiva obrigatória.

A prisão preventiva pode ser decretada durante a investigação policial ou do processo penal, observando-se que na nova redação da lei não fala mais em “inquérito policial”, o que reforça a ideia de que não há necessidade de um inquérito policial formalmente instaurado para a prisão preventiva. Todavia, a lei menciona “investigação policial”, e não investigação por outros órgãos, tais como o MP, por exemplo, muito embora o art. 282, §2º, fale em “investigação criminal”, fato este que tem que ser levado em consideração, observando-se aí uma contradição na lei. Entende-se apenas que, uma vez decretada durante a investigação, deve também o Promotor, ao requerer o decreto da prisão, oferecer também a respectiva denúncia, até porque para o oferecimento da denúncia são necessários indícios suficientes de autoria e prova da materialidade requisitos esses que são também pressupostos para o decreto da prisão preventiva, a teor do art. 312 do CPP.

Pode também este tipo de prisão cautelar se decretada de ofício pelo Juiz, se durante o processo, o que modificou a redação anterior, que falava, de ofício, mas sem vincular ao processo, permitindo-se a prisão preventiva decretada, de ofício, pelo Juiz, quando nem ainda havia processo penal instaurado. Andou melhor a lei nova, a qual, ainda mantendo a prisão, de ofício, o faz apenas após a instauração da ação penal. Todavia, o mais comum é que a prisão seja decretada pelo Juiz, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Os termos “requerimento” e “representação” diferenciam-se, uma vez que o requerimento é pedido formulado apenas pela parte no processo, neste caso, o MP, que detém legitimidade para fazer pedidos em geral e até recorrer. A autoridade policial, por seu turno, faz apenas representação, uma vez que não é parte no processo e não detém, portanto, legitimidade para recorrer. Daí o cabimento apenas de representação. Não há óbice a que o assistente de acusação requeira.

Pressupostos: prova da existência do crime e indícios de autoria ou probabilidade suficiente. Por serem os mesmos que sustentam o oferecimento de uma denúncia, é que se diz que, nos casos em que o Promotor pede a decretação da prisão preventiva, deve também oferecer a denúncia.

Requisitos ou circunstâncias que autorizam a medida: 312 do CPP: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica (lei n. 8.884/94); c) conveniência da instrução criminal e d) assecuração de eventual pena a ser imposta. Observe-se que a Lei nº. 12.403/2011, repetiu praticamente o dispositivo anterior, com a única novidade do parágrafo único, nada sendo alterado, portanto, quanto aos pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Para alguns, como Tourinho Filho, só se justifica a prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal (Processo Penal, 2010, p. 552). Beccaria já anotava que *“o acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime”* (Dos Delitos e das penas,



SP, Edipro, 2003, p. 58).

Garantia da ordem pública: ordem pública “é a situação ou o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto” (Vocabulário jurídico, RJ, Forense, v.3, p. 1101). Expressões vagas não são admissíveis para a comprovação de ofensa a ordem pública, tais como: “periculosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pelo rádio, jornais ou televisão”. Cabe ao Juiz o controle dessas expressões vagas, sempre se pautando por uma análise concreta. Com efeito, Tornagui ensinava: *“O juiz prepotente é uma calamidade: é um criminoso que tem numa das mãos a poderosa arma da prisão preventiva e na outra um “Bill” de indenidade. Para ele não há freios internos nem disposições de espírito; só a lei pode coartá-lo e contê-lo dentro dos limites da razão ou mandá-lo para o manicômio”* (Manual de processo penal, RJ, Freitas Bastos, 1963, v. 1, p. 270, nota 12).

Assim, não podem ser admitidas expressões vagas, que denotem uma análise abstrata e genérica da medida, e sim uma análise concreta e circunstanciada da prisão preventiva sob este fundamento da manutenção da ordem pública. O juiz deve pautar sua fundamentação, utilizando-se de expressões que remetam ao caso concreto, que analisem o autor do fato e as circunstâncias subjetivas e objetivas que o rodeiam. A decisão não pode ser genérica, não bastando a mera alusão à letra da lei, não podendo basear-se em presunções, nem em preconceitos sociais ou de quaisquer espécie.

Neste sentido, é a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: *“Por falta de motivação idônea, a Turma deferiu ‘habeas corpus’ para revogar a prisão preventiva decretada contra pronunciado pela suposta prática de homicídio simples, a fim de determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso. No caso, a custódia fundamentara-se na necessidade de resguardo da ordem pública, em razão do alegado envolvimento do paciente em homicídios anteriores, bem como na gravidade das penas cominadas aos crimes a ele imputados, a indicar a impossibilidade de sua fuga do distrito da culpa. Inicialmente, salientou-se que ao mesmo tempo em que o tribunal estadual assentara inexistir embasamento para a prisão cautelar do paciente pelo seu suposto envolvimento em outros homicídios, utilizara-se de tais fatos para justificar a sua segregação em outra ação penal (...) Asseverou-se, no ponto, que a ameaça à ordem pública só pode ser aferida no contexto dos fatos. Ademais, considerou-se que o decreto impugnado não apontara circunstâncias concretas a justificar a adoção da excepcional prisão preventiva, valendo-se, da presunção de que, em liberdade, o paciente subtrair-se-ia à aplicação da lei penal, tendo em conta a pena prevista para o delito de homicídio”* (HC 90936/RS, rel. Min. Carlos Britto, 3.8.2007, 1ª Turma), cf. Roberval Rocha Ferreira Filho (org), *Principais Julgamentos do STF*, Podivm, 2008, Salvador, p. 289.

A reiteração criminosa tem sido admitida pela jurisprudência como fundamento para a decretação da prisão preventiva por ofensa à ordem pública, ressurgindo, agora, bem fortalecida com a redação do art. 282, I, ao mencionar a *“necessidade...e... para evitar a prática de infrações penais”*.

Por conveniência da instrução criminal justifica-se quando necessária a prisão para garantir a produção das provas e o regular andamento do processo. Tem finalidades “endoprocessuais”. Vale frisar que a prisão, nesta hipótese, deve estar vinculada ao processo propriamente dito; assim, não havendo mais necessidade da prisão, uma vez que a testemunha que precisava ser ouvida e estava sendo ameaçada, por exemplo, já foi ouvida, não há mais sentido na manutenção da prisão e o réu precisa ser colocado em liberdade.

Para assegurar a aplicação da lei penal: ocorre quando o réu está tentando se evadir ou se desfazer de seus bens, sendo, portanto, necessária a prisão para garantir a efetividade da lei penal. Evidentemente que, para a configuração deste requisito, também se fazem presentes os mesmos argumentos apresentados quando se tratou do requisito da “ordem pública”, na medida em que não são admissíveis meros argumentos genéricos, mas sim concretos, não sendo possível, por exemplo, admitir-se a prisão sob esta modalidade, apenas por que o réu é rico e pode se evadir do País mais facilmente ou porque reside em região de fronteira ou próximo a um aeroporto. Tais presunções, como visto, não são aceitas e ferem, a rigor, o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu núcleo essencial, além é claro do princípio da presunção de inocência.

Já entendeu, por exemplo, o STF que a decretação da prisão sob este fundamento não pode ser de molde a inviabilizar a vida profissional da pessoa: *“(...)tendo em conta o fato de o paciente ser piloto comercial e a existência de tratado celebrado entre o Brasil e o Reino da Espanha, em que assentada a possibilidade de cumprimento de pena, formalizada tanto aqui quanto lá, no país do qual seja originário o condenado, julgou-se conveniente viabilizar a continuidade de sua vida profissional, porquanto a sua retenção no país implicaria verdadeira apenação, e eventual perda, inclusive, da própria fonte de sustento do paciente e de sua família. Assim, concluiu-se pela devolução do passaporte ao paciente, ante o disposto no Decreto 2.576/98, mediante o qual foi promulgado o aludido tratado sobre transferência de presos”* (HC 91690/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 6.11.2007, 1ª Turma, in “Roberval Rocha Ferreira Filho (org), op. cit., p. 290.

Ordem econômica: é uma espécie do gênero ordem pública. Conforme Guilherme de Souza Nucci: *“Nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área”* (Código de Processo Penal Comentado, 9ª. edição, RT, SP, 2009, p. 586). A Lei n. 8.884/94, alterou a redação do art. 312 do CPP para trazer a possibilidade de prisão para “garantia da ordem econômica”. O mais correto seria a criação de sanções econômicas contra as empresas faltosas e não uma nova faceta de ordem pública. Há também a magnitude da lesão prevista na Lei n. 7.492/86.

A nosso ver, seria melhor retirar o critério “ordem pública” para a prisão preventiva, admitindo-a apenas nas para garantir a instrução e aplicação da lei penal e para evitar a reiteração criminosa, como acontece na maioria dos países civilizados e também consoante previsto no Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional.

Aliás, neste sentido, parece-nos melhor a redação anterior do anteprojeto, que previa o seguinte: *“art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência*

de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas grave, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa". Seria a admissão da reiteração criminosa e para alguns tipos de crime.

O parágrafo único prevê a prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º.). É o cabimento da prisão preventiva como instrumento de cumprimento de outras medidas cautelares.

Já o art. 313 refere-se às hipóteses legais em que cabe a medida: a) crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; b) 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 1960 – Código Penal; c) 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; d) 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. réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inc. I do art. 64 do CP; d) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher.

Andou bem o legislador ao estipular o patamar mínimo de 4 anos para admitir o cabimento de prisão preventiva, pois não era aceitável a admissão de uma prisão cautelar, quando, na hipótese de condenação definitiva, a pena não seria privativa de liberdade ou em patamar mínimo e suficiente para eventual substituição. É o que sempre defendemos, como juízo prognóstico para a decretação da medida (Dignidade da Pessoa Humana, *op.cit.*, *passim*).

Andou bem também ao retirar a previsão para o réu vadio, o que era inconstitucional.

Entendemos que não poderá ser decretada a prisão preventiva, nos termos do inciso III, isto é, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência em razão de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da redação conferida pela Lei n. 11.340/2006, uma vez a pena definitiva cominada pelo legislador não é de molde a justificar a prisão preventiva. Apenas para casos mais graves, como tentativa de homicídio, por exemplo, estaria justificada a medida (Guilherme de Souza Nucci, *op.cit.*, p. 638), observando-se, inclusive, que para a hipótese é perfeitamente cabível, se o crime tiver pena inferior a 4 anos, a aplicação das medidas previstas nos incisos II e III, do art. 319.

Em relação a isso, tivemos oportunidade de asseverar em tese de doutorado o seguinte: “Ao que parece, neste particular, a Lei foi mais além em seu afã pela eficiência do que poderia, sob a égide da Constituição Federal e da proporcionalidade, pois o simples descumprimento de uma medida protetiva, ainda que configure um desrespeito à decisão judicial e deva ser punido sob este aspecto, não deveria configurar sempre na possibilidade de prisão preventiva. O que se dirá das hipóteses em que a pena abstratamente cominada sequer permitir a restrição à

*liberdade em regime fechado. Assim, conforme pensa Guilherme de Souza Nucci, não pode permitir que o acusado fique mais tempo preso do que ficaria se condenado definitivamente[1]. Nada justifica essa desproporcionalidade e a Lei não pode ir além da Constituição, que prevê o princípio da presunção de inocência, da individualização da pena e o princípio do respeito à dignidade humana, em seu núcleo essencial[2]. Assim, o equilíbrio entre a eficiência e o garantismo, conforme visto, instrumento balizador do processo penal, deve ser aplicado para suavizar os contornos legais e melhor aplicá-lo diante dos sistemas normativos como um todo (Silvio César Arouck Gemaque, *A necessária influência do Processo Penal internacional no Processo Penal brasileiro*, Tese de Doutorado, USP, 2010, pág.119).*

Também caberá a prisão preventiva na hipótese de acusado reincidente, desde que não tenha ainda escoado o prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 64, I, do CP.

Traz o parágrafo único a possibilidade de prisão preventiva para “*esclarecer dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la*”. Uma vez esclarecida a identidade, o preso deve ser logo colocado em liberdade.

Tal dispositivo é bastante similar à hipótese de prisão temporária, prevista no art. 1, II, da Lei nº 7.960/89. Todavia, esta se refere a prisão do indiciado para a investigação. Esta nova modalidade de prisão preventiva, que não é um pressuposto simples como os demais, mas sim uma nova modalidade de prisão, é pura e simplesmente, para esclarecer a identidade, seja a pessoa indiciada, seja acusada, prescindindo-se da necessidade de imprescindibilidade para a investigação. Isto é, a prisão da pessoa que não forneça elementos para sua identificação pode até ser totalmente desnecessária para a investigação, mas será feita simplesmente porque não há prova desta identificação pessoal. Seria uma espécie de uma cristalização da defesa da ordem pública.

Entendo ser inconstitucional a aplicação isolada deste dispositivo, por ofensa direta ao princípio da presunção de inocência e ao princípio da proporcionalidade, uma vez que ninguém pode ser preso preventiva apenas porque não tenha como comprovar sua identidade, sem que haja qualquer indício de prática de crime; trata-se, na realidade, de uma prisão para averiguações com chancela judicial.

Observe-se ainda que nenhum sistema processual civilizado preveja esse tipo de prisão, ressaltando-se que, mesmo países que admitem a prisão para averiguações sem ordem judicial, como a França e Inglaterra, por exemplo, o fazem por curto período e sempre com algum liame objetivo com determinado crime (Silvio César Arouck Gemaque, *Dignidade da Pessoa Humana e Prisão Cautelar*, RCS, *passim*).

A única interpretação capaz de salvar o dispositivo de risco de inconstitucionalidade é aquela que o aplique apenas nas hipóteses em que houver suspeita da prática de crime, deixando-se a aplicação do disposto no art. 1º, II, da Lei nº 7.960/89, que trata da prisão temporária, para as hipóteses em que houver imprescindibilidade para esclarecer determinada investigação. Seria aquela um *minus* em relação a esta.

Assim, prende-se pelo parágrafo único do art. 313, se houver suspeita, sem analisar a imprescindibilidade para a investigação, mas se essa estiver presente, pode-se prender

temporariamente. É esta a melhor interpretação sistemática a ser feita, sob pena de trazer confusão ao sistema ou até a inconstitucionalidade da norma ora comentada.

A prisão domiciliar

No art. 317 trouxe a lei a previsão da chamada prisão domiciliar, indicando no 318 das hipóteses em que será admitida.

Tenho para mim que se trata de importante avanço da Lei nº. 12.403/2001, pois, muitas vezes, as condições do caso concreto, evidenciam a impossibilidade do cumprimento da medida cautelar no cárcere, devendo a lei oferecer alternativas ao Juiz para melhor aplicá-la. A previsão de prisão domiciliar já existia na Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84), bem como já era admitida pela jurisprudência, mas é bom que a lei deixe isso claro, principalmente diante de nossa cultura eminentemente positivista. As hipóteses para seu cabimento estão no art. 318, a saber: a) maior de oitenta anos; b) problemas graves de saúde; c) imprescindível para cuidar de menor de 6 (seis) anos e idade ou deficiente e d) gestante a partir do 7º mês de gravidez ou em caso de gravidez de risco. São as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, cuja clareza falam por si, exceção ao fato de que não se entende por que se estabeleceu o 7º mês apenas de gravidez para o cabimento, quando se sabe, que muito antes, já a partir do terceiro mês já se tem a formação do feto, sendo que a partir daí já se poderia garantir o implemento da medida para melhor salvaguarda psíquica do futuro ser humano.

As medidas alternativas à prisão preventiva

Encontram-se previstas no art. 319 do CPP. Trata-se de importante inovação da Lei nº. 12.403/2001, pois confere ao Juiz uma gama de alternativas para restringir direitos, deixando a prisão efetivamente como *ultima ratio*. Não poucas vezes, o Juiz se deparava com situações em que um *minus* poderia ser aplicado ao acusado em matéria de restrição a direitos, mas, tendo em vista a ausência de dispositivo legal, não restava alternativa senão a decretação da prisão preventiva. As situações concretas previstas nos diversos incisos do art. 319 são auto-explicativas. Observe-se que inúmeras situações encontram-se previstas no dispositivo, a saber: determinação de um distanciamento entre acusado e vítima, para afastar o acusado de função pública, desde que haja justo receito de reiteração criminosa, para que não se ausente da comarca, internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável, monitoramento eletrônico etc.

Tais medidas poderão ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, mas sempre alternativamente à prisão preventiva.

Uma consequência é a ampliação da fiança, que sai fortalecida, não havendo mais limitação quantitativa para seu cabimento, observando-se que os dispositivos que a limitavam em patamares numéricos foram revogados, como se vê dos arts. 321 e 323.

Outro aspecto que comprova isto é a ampliação do poder do Delegado de Polícia para a concessão da fiança, pois o art. 322 prevê a possibilidade de concessão pelo Delegado em infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Além disso, as hipóteses em que não será concedida fiança encontram-se limitadas por tipos de crime, como se vê do art. 323 (crimes de racismo, crimes de tortura tráfico, etc.).

A fiança tem por escopo assegurar o *“comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial”*.

O fortalecimento da fiança

Sem dúvida alguma a fiança resulta fortalecida no novo sistema, considerando-se que qualquer crime, em tese, é passível de fiança, exceção àqueles inafiançáveis previstos no 323.

A regra, a partir do que estabelece esse dispositivo, que fala em *“ausentes os requisitos...”*, em matéria de liberdade durante o processo, é a seguinte: a) se presentes os requisitos para prisão preventiva, não se aplica medida alternativa, nem fiança, prende-se apenas; b) se ausentes os requisitos para a prisão preventiva, aplica-se a fiança nas hipóteses em que se admite, para *“assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial”*, podendo ser cumulada com outras medidas alternativas; c) não se aplica a fiança, mas sim uma das medidas alternativas; d) fica o indicado ou acusado em liberdade provisória sem fiança e sem medidas alternativas, se não couber a primeira, por faltar condição econômica à pessoa ou por que está solto desde o início das investigações não havendo necessidade de nenhuma custódia cautelar.

Entendemos que em todas as hipóteses de um processo penal instaurado, há sempre um gravame ou restrição à liberdade individual de alguém e, se eventual acusado está em liberdade, isto ocorre sempre em caráter provisório pelo menos até o julgamento definitivo.

Frise-se que o art. 321 fala em *“ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder a 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” (grifo nosso)*.

Em suma, não se pode admitir que, a partir de agora, qualquer crime tenha sempre uma medida alternativa. O quê mudou efetivamente é a ampliação do cabimento das hipóteses de liberdade provisória com fiança e também a admissão de critérios alternativos para o cumprimento da prisão cautelar, desde que ausentes os critérios para a prisão preventiva, no caso de prisão em flagrante, em que o juiz entenda pela inocorrência dos requisitos da prisão preventiva. Esta é a única leitura possível deste dispositivo, tendo em vista o disposto no art. 282, § 6º e da parte final do presente dispositivo sob comento, que manda aplicar, no que for aplicável, o art. 282. Portanto o disposto no art. 321 deve ser analisado quanto ao momento processual ao qual ele se refere, isto é, o momento da prisão em flagrante e o controle que se faz para a concessão ou não da liberdade provisória.

Diz o art. 322 que a autoridade policial poderá conceder fiança a infrações cuja pena privativa de liberdade não seja superior a 4 anos. Em boa hora essa redação que valoriza a atuação da autoridade policial e deixa claro o cabimento da fiança para todas as infrações penais, exceção àquelas previstas no art. 323.

Nestas hipóteses, de crimes inafiançáveis, em que o legislador, de antemão, estipula a gravidade dos mesmos, não caberá fiança, mas, embora haja quase sempre o decreto de prisão preventiva, podem ocorrer situações em que isso não ocorra, ou seja, ficará o acusado livre independentemente de fiança e em situação mais favorável do que acusados por crimes

considerados menos graves, eis que afiançáveis.

Nas situações previstas no art. 324, de quebramento de fiança anterior, da prisão do devedor de alimentos, preso militar e se presentes os requisitos que autorizam a preventiva, não se concederá fiança.

O art. 325 trata dos valores da fiança, em que há um reforço considerável nos recursos arrecadados, valorizando a respeitabilidade das funções policiais e judiciárias, pois o depósito dos valores será mais uma garantia de obediência aos deveres processuais por parte dos acusados, devendo os juízes exercer este poder que a lei concede, tendo em vista o respeito a uma conduta mais ética no processo.

Ressalte-se que o critério para a estipulação dos valores deverá levar em consideração a condição econômica dos acusados ou indiciados e também as circunstâncias do caso concreto.

O art. 336 traz importante norma quanto, pois indica que a fiança deverá ressarcir também o dano causado, pois além das garantias mencionadas quanto ao dever de comparecimento ao processo e demais previstas no inciso VIII do art. 319, servirá também para cobrir as custas, indenização do dano, prestação pecuniária e multa, em caso de condenação. É de se observar que, como os valores foram muito ampliados, podendo chegar, à vista da condição econômica do acusado, a valores milionários; é importante tal dispositivo como forma de atender às despesas do processo e indenização às vítimas do crime. O parágrafo único não se refere apenas ao “caput” do art. 110, o que permite concluir que também se aplica às hipóteses de prescrição da pretensão punitiva pela pena aplicada, com trânsito para o MP, isto é, a prescrição retroativa. Entendemos que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência, na medida em que este não é absoluto e também porque a sentença que extingue a punibilidade pela prescrição não tem cunho absolutório, podendo implicar em algum gravame para o acusado, considerando-se, inclusive, conforme visto as finalidades indenizatórias destinada à fiança.

A aplicação da Lei no tempo

Dispõe o art. 3º, da Lei nº. 12.403/2001: “Esta Lei entre em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial”. Na medida em que se está diante de normas que afetam o direito de liberdade, seja em situações, em sua maioria mais benéficas, seja também em situações mais gravosas, alguns poderiam imaginar a não aplicação imediata da lei, vencido o prazo da *vacatio*, mas não é isso que entende a maior parte da doutrina, na medida em que são normas processuais:

“É evidente, também, que uma nova lei processual penal pode acarretar maiores gravames para o autor do delito se, por exemplo, restringe o direito à liberdade provisória, exclui um recurso, aumenta as hipóteses de prisão preventiva, diminui os meios de defesa, etc. Mesmo assim, aplica-se o princípio do efeito imediato previsto no artigo 2º. do CPP, que não contraria, como já visto, as normas constitucionais” (Mirabete, *Processo Penal*, Atlas, SP, 2002, p. 57);

Neste mesmo sentido, José Frederico Marques:



*“A fiança e a prisão preventiva, a lei nova é que as regula, pois não passam de medidas cautelares de coação processual. Se a lei de processo considerava afiançável o crime, na época em que foi cometido, mas em inafiançável o tornou a lei nova, esta é que vigorará; todavia, se a fiança já foi prestada, o ato permanece válido, produzindo assim todas as suas consequências. Sobre a prisão preventiva, diz MASSARI que, se ‘a lei nova introduz disciplina mais rigorosa no tocante a, o instituto, os dispositivos legais posteriores são aplicáveis também aos crimes cometidos precedentemente; por consequência, se a lei anterior não autorizava a expedição de mandado de prisão, ou o considerava facultativo em lugar de obrigatório, não pode o réu invocar essa liberalidade da lei do tempo em que o crime foi cometido, devendo, ao contrário, vigorar os preceitos novos, embora mais rigorosos” (Jose Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. I, Bookseller, Campinas, 1998, p. 62).*

Enfim, são essas as principais características da lei, outras poderiam ser citadas também, mas preferimos nos ater aos aspectos mais importantes. Entendemos que o instituto da prisão cautelar fica mais bem disciplinado com o novo regime, atendendo-se melhor ao equilíbrio entre o binômio eficiência e garantismo e às características da prisão cautelar como fenômeno essencialmente processual e a este diretamente relacionado, amoldando-se ainda o País ao que de mais moderno existe no mundo em matéria de prisão cautelar. Saliente-se ainda que eventuais percalços materiais não devam ser de molde a evitar a plena aplicação da lei.

Além disso, não há na lei um incentivo à impunidade, na medida em que esta foge ao âmbito meramente jurídico do tema, configurando-se, muito mais, por razões sociais e estranhas ao processo e que o utilizam meramente como instrumento.

Com efeito, é uma lei moderna que, em muitos aspectos assimilou entendimentos já consolidados na melhor doutrina e jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, bem como do direito comparado, além do que servirá aos juízes como um leque de opções para melhor fazer frente à situações de cautelaridade que se apresentem no processo.

[1] NUCCI, G. de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2006, p. 877.

[2] GEMAQUE, S. C. A. *Prisão cautelar e dignidade da pessoa humana*. RCS, 2006, *passim*.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-mai-23/prisao-cautelar-ficou-bem-disciplinada-regime/>