

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISABELLA BARTOLI CARVALHO ARAÚJO

**O PARADOXO EXISTENTE NO MOMENTO DE APLICAÇÃO
DO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES
AFIANÇÁVEIS E INAFIANÇÁVEIS**

VITÓRIA
2017

ISABELLA BARTOLI CARVALHO ARAÚJO

**O PARADOXO EXISTENTE NO MOMENTO DE APLICAÇÃO
DO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES
AFIANÇÁVEIS E INAFIANÇÁVEIS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o. Mestre Gustavo Senna Miranda

VITÓRIA

2017

ISABELLA BARTOLI CARVALHO ARAÚJO

**O PARADOXO EXISTENTE NO MOMENTO DE APLICAÇÃO
DO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES
AFIANÇÁVEIS E INAFIANÇÁVEIS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº. Mestre Gustavo Senna Miranda
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Faculdade de Direito de Vitória

Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O ordenamento jurídico sofre, constantemente, alterações em seu conteúdo, tendo em vista inúmeros fatores que regem a sociedade. É certo que toda e qualquer modificação que se busca é para aprimorar algo já existente. No entanto, é necessário ressaltar que nem sempre o almejado é alcançado. Com o surgimento da Lei 12.403 de 4 de maio de 2011 não foi diferente. A respectiva lei veio como uma forma não só de alterar diversos institutos presentes no âmbito do processo penal, como também aprimorar cada um deles de forma que se adequem cada vez mais com a realidade vivenciada na época. No entanto, conforme observa-se na legislação, foi gerada uma incongruência de grande relevância, o que, conseqüentemente, gera uma necessidade imediata de ser discutida. Tal incongruência se encontra na concessão da liberdade provisória para os crimes inafiançáveis e os crimes afiançáveis. Observa-se que para crimes inafiançáveis que, em tese, são considerados mais gravosos se comparados aos demais, a concessão da liberdade provisória – caso preenchidos os requisitos legais – se dará de forma “gratuita”, enquanto aos crimes menos severos, para sua concessão, caberia fiança. Dessa forma, o presente estudo pretende verificar se o cometimento de crime inafiançável pode configurar uma vantagem no momento da aplicação do instituto da liberdade provisória, ante a ausência dos requisitos necessários à conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Palavras-chave: Lei 12.403/2011; Prisões cautelares; Liberdade provisória com fiança e sem fiança.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 DAS PRISÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	7
1.1 AS PRISÕES CAUTELARES	9
1.1.1 Da prisão em flagrante	12
1.1.2 Da prisão temporária	17
1.1.3 Da prisão preventiva	20
1.2 AS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO	23
2 DO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA	25
2.1 APONTAMENTOS GERAIS	25
2.2 A LIBERDADE PROVISÓRIA PARA CRIMES AFIANÇÁVEIS	27
2.3 A LIBERDADE PROVISÓRIA PARA CRIMES INAFIANÇÁVEIS	30
3 DO PARADOXO NA APLICAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA COM E SEM FIANÇA	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o mundo, de uma forma geral, vive em constante mutação e, tal assertiva, não poderia ser diferente do que ocorre no âmbito jurídico. As alterações sofridas pelo ordenamento jurídico são reflexos de diversos fatores que regem o cotidiano da sociedade. No entanto, apesar da presunção de que as alterações que ocorrem vêm como uma forma de aprimorar a legislação existente, nem sempre é possível evitar as incoerências que podem ser geradas.

No que tange a esfera penal, é imprescindível uma maior cautela quanto a essas alterações, vez que em tal âmbito ocorrem as mais significativas restrições de direitos do ser humano. Sendo assim, entende-se ser necessária uma constante discussão quanto as diversas alterações sofridas pela legislação pátria, no intuito de se evitar conflitos entre o que já existe e as novidades a serem inseridas.

Uma das principais alterações sofridas no âmbito do processo penal e, talvez, a mais substancial delas, diz respeito ao surgimento da Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. A respectiva lei, conforme depreende-se do seu conteúdo, alterou diversos institutos do processo penal, tais como a fiança, a liberdade provisória, além de criar novas medidas cautelares.

Importa destacar que além das alterações realizadas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, a mesma trouxe uma nova e importante concepção ao âmbito jurídico. Antes do advento da respectiva lei, havia o entendimento de que as prisões cautelares eram regra no processo penal, enquanto a aplicação das medidas alternativas à prisão eram exceção. Ocorre que, posteriormente, houve uma inversão do entendimento e, atualmente, há uma busca pela manutenção da liberdade, sendo a prisão cautelar a *ultima ratio*.

Apesar da nova concepção gerada, no entanto, as alterações de alguns dos institutos trouxeram uma incoerência no âmbito do processo penal. Tais incoerências ficam ainda mais claras quando se observa a aplicação do instituto da liberdade provisória nos crimes afiançáveis e inafiançáveis, vez que ao invés de tornar certos crimes

passíveis de uma punição mais rigorosa, acabaram por simplificar a possibilidade de liberdade para aqueles que cometem delitos considerados mais severos.

Ao se observar o senso comum, a inafiançabilidade vem como sinônimo de crimes mais graves e, portanto, haveria uma manutenção da prisão tendo em vista a natureza do crime. Apesar do equívoco, a incoerência, vale ressaltar, não se encontra no entendimento da população quanto a liberdade provisória, mas quanto a aplicação das espécies desse instituto – liberdade provisória com fiança ou sem fiança. Desta forma, conforme se observa a partir dos dispositivos legais existentes e, também, de julgados, há a possibilidade de se conceder a liberdade provisória em crimes inafiançáveis, quando restar preenchidos os requisitos legais exigidos.

De certa forma, o paradoxo que surgiu com a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, acabou por gerar um questionamento: pode o cometimento de crime inafiançável configurar uma vantagem no momento da aplicação do instituto da liberdade provisória ante a ausência dos requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva?

É perceptível que, na tentativa do legislador de vedar o pagamento da fiança para crimes mais graves, acabou por deixar uma incoerência no ordenamento jurídico. Partindo de uma análise da legislação, é possível observar que aqueles que cometem crimes considerados mais severos, ou seja, os inafiançáveis, acabam por receber a liberdade provisória, caso estejam ausentes os requisitos de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, de forma “gratuita”, enquanto aos crimes menos graves a liberdade só pode ser concedida caso preenchidos os requisitos e mediante uma garantia real (fiança).

Sendo assim, surge uma necessidade de se discutir essa incongruência, não só como uma forma de demonstrar que o ordenamento jurídico é falho em alguns aspectos, mas também mostrar que é possível que haja novas alterações que possam acarretar na sua melhora.

1 DAS PRISÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A sociedade, ao longo dos anos, vem apresentando uma grande evolução se comparado as décadas passadas. Tal evolução, seja para o melhor ou para o pior, acaba por gerar a necessidade de alterações em sua ordem jurídica, vez que é preciso adequá-la as demandas sociais exigidas à época.

Entre tantos modelos de Estado que surgiram devido a essas demandas sociais, atualmente nos encontramos em um Estado Democrático de Direito, sendo esse modelo instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme apontado em seu preâmbulo.¹ Esse modelo de Estado, vale ressaltar, tem como ideia a identificação, reconhecimento e a implementação dos direitos fundamentais.² Ademais, consoante o entendimento de Eugênio Pacelli,

O Estado Democrático de Direito surge, então, como uma filosofia política, como uma nova teoria para a compreensão e a gestão da coisa pública, de tal modo que a soberania popular seja efetivamente resgatada e que os seus titulares não se limitem mais a ser meros destinatários das normas jurídicas e das demais formas de políticas públicas, mas que, concretamente, possam participar da construção de tais procedimentos.³

Os direitos fundamentais tanto individuais como coletivos, são tidos como valores cruciais dentro de um Estado Democrático de Direito e, como consequência, não é admitida uma punição por parte do Estado de forma automática e auto executável, não podendo acarretar pena sem que ocorra um processo legal e regular anteriormente.⁴ Isso ocorre devido a ideia de que o processo, e mais especificamente, o processo penal, deve adequar-se à Constituição Federal, e não vice-versa.

É nesse contexto, portanto, que serão abordadas as prisões, além das demais medidas cautelares alternativas à prisão. Como se tem conhecimento, ao Estado é reservado o *jus puniendi*, ou seja, o direito-dever de punir. Importa salientar que na ocorrência de algum delito, esse direito-dever de punir deixa de ser abstrato,

¹ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.

² PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21.

³ *Ibid.*, p. 20.

⁴ ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. Aspectos do discurso jurídico-penal (material e formal) e sua ilegitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 29, nº 118, p. 293, abr./jun. 1993.

passando para o plano concreto e é nessa materialização do direito de punir que nasce a pretensão punitiva, ou seja, a justa pretensão punitiva do Estado contra aquele que recaiu sobre norma penal incriminadora.⁵ Vale destacar, no entanto, que apesar de ser detentor do direito de ação, o Estado encontra limitações na própria legislação no que tange à sua atuação.

As alterações trazidas pelos atuais dispositivos legais e jurisprudências, revelam que a liberdade individual é regra no ordenamento jurídico, enquanto a prisão trata-se de medida excepcional, ou *ultima ratio*. Conforme dispõe a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988,

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (grifo nosso)⁶

Cumprido destacar que, apesar de ser considerado inviolável e se tratar de um dos direitos fundamentais mais importantes do cidadão, a liberdade pode ser cerceada, contanto que seja feita de maneira legítima. A prisão, trata-se da privação da liberdade, uma forma de limitar o direito de ir e vir do ser humano ao recolhê-lo ao cárcere, mas essa limitação não se trata de algo perpétuo.⁷

No que tange os tipos de prisão existentes, conforme explicitado por Guilherme Nucci, o ordenamento jurídico aborda dois, sendo um deles a prisão-pena e o outro a prisão cautelar. A prisão-pena é fruto de uma sentença condenatória, com trânsito em julgado, em que ocorrerá a efetiva sanção penal. Já a prisão cautelar, no entanto, é entendida como consequência da necessidade de se adquirir uma investigação, ou instrução criminal, que seja produtiva e eficiente, sem que haja qualquer tipo de interferência, ou seja, uma medida de cautela com o objetivo de assegurar algo.⁸

⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 52.

⁶ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 25.

⁸ *Ibid.*, p. 25.

Partindo desse contexto, é possível observar que há diversas questões a serem discutidas no que tange a liberdade e a prisão. A mais substancial delas, no entanto, gira em torno da aplicação das espécies de liberdade provisória. Desta forma, entende-se que há uma necessidade de, primeiramente, compreender o que vem a ser as prisões cautelares para, posteriormente, entender o paradoxo que pode surgir no momento de aplicação das espécies da liberdade provisória.

1.1 AS PRISÕES CAUTELARES

As medidas cautelares existentes no âmbito criminal do ordenamento jurídico, trazem diversas modalidades de restrições à liberdade individual. Tais restrições, cumpre ressaltar, podem ser mais graves, como no caso da prisão, ou mais leves, como no caso de uma simples proibição de contato com outra pessoa. O que importa, ao final, é que tal medida seja decretada de forma legal e fática, tendo em vista o princípio da presunção de inocência presente na Constituição de 1988.⁹

No âmbito processual penal, as medidas cautelares podem ser utilizadas na fase de investigação, quando o processo ainda inexistente, para assegurar o procedimento investigatório, ou ainda, uma vez iniciado o processo, podem ser utilizadas no sentido de viabilizar sua proteção imediata para garantir o bom andamento da instrução.¹⁰

No que tange o princípio da presunção de inocência, manifesto no art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esse assim estabelece que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.¹¹

Desta forma, o status de inocência do sujeito que supostamente cometeu o delito, é garantido até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podendo sua

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 27.

¹⁰ PACHELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória**: a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 36-37.

¹¹ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

liberdade ser cerceada cautelarmente apenas em situações excepcionais e de estrita necessidade.¹² Neste sentido,

O princípio da presunção de inocência não constitui causa impeditiva da decretação da prisão ou outras medidas cautelares, quando presentes os seus requisitos justificadores. É que a presunção de inocência não é absoluta. Possui natureza *iuris tantum*.¹³

Cumprе ressaltar que, apesar das diversas modalidades de prisão cautelar, certas características são aplicáveis a todas. Dentre elas, como requisitos para a decretação de uma prisão cautelar, tem-se a existência do *fumus comissi delicti* – probabilidade da ocorrência de um delito – e do *periculum libertatis* – perigo decorrente do estado de liberdade do imputado.¹⁴ Para Pacelli,

[...] para que se possa pensar na adoção de quaisquer medidas cautelares pessoais, deverão restar devidamente constatados - em juízo provisório, é claro! – (a) a existência efetiva de um fato; (b) a tipificação criminal aparente desse fato; (c) a também aparente incoerência de qualquer circunstância fática que exclua a ilicitude ou mesmo a culpabilidade do agente; e, por fim, (d) que os elementos informativos presentes – suporte fático – possam sustentar uma conclusão inicial acerca da respectiva autoria.¹⁵

Além das características comuns, existem princípios que regem as variadas modalidades existentes. O primeiro princípio diz respeito à jurisdicionalidade e motivação, ou seja, consoante o art. 5º, LXI, da Constituição Federal, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, com exceção dos casos de crime militar. Quanto a motivação, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no seguinte sentido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA INDIVIDUALIZADA PARA A IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP.

É necessária a devida fundamentação – concreta e individualizada - para a imposição de qualquer das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP. Isso porque essas medidas cautelares, ainda que mais benéficas, representam um constrangimento à liberdade individual. Assim, é necessária a devida fundamentação em respeito ao art. 93, IX, da CF e ao disposto no art. 282 do CPP, segundo o qual as referidas medidas deverão ser aplicadas

¹² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 71.

¹³ GOMES, Luiz Flavio. Da prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e medidas cautelares**: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 582.

¹⁵ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória**: a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 38.

observando-se a “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”, bem como a “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. (HC nº 231.817-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, jul. 23-4-2013)¹⁶

No que tange a existência de outros princípios, Aury Lopes defende a presença de um tímido contraditório no que diz respeito as medidas cautelares.¹⁷ Há também o princípio básico que rege a prisão cautelar, que é o princípio da legalidade. Tal princípio, segundo Marcellus Polastri, representa uma reserva legal que consiste no fato de que aquelas medidas coercitivas que provocam a privação da liberdade do indivíduo só poderiam ser decretadas nos casos em que houvessem autorização na Constituição Federal e nas demais leis do ordenamento jurídico.¹⁸

Cumprido destacar, ainda, o fato de que as prisões cautelares são guiadas pelo princípio da provisionalidade, ou seja, são entendidas como situacionais. Desaparecida a situação fática que legitimou a medida, deve cessar a prisão. Quanto a excepcionalidade, o entendimento é de que a prisão preventiva, como já abordado anteriormente, é o último instrumento a ser utilizado. Cabe ainda citar o princípio da proporcionalidade, previsto no art. 282 do Código de Processo Penal. Conforme se depreende da leitura do referido artigo, para que haja a correta aplicação das medidas cautelares, é preciso observar a necessidade e adequação.¹⁹ Esse princípio, consoante explicitado por Aury Lopes,

[...] vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.²⁰

Quando se fala nas prisões cautelares, o ordenamento jurídico prevê algumas modalidades, cada uma com sua peculiaridade e finalidade. Desta forma, é necessário compreender cada um desses tipos de prisão antes de adentrar no paradoxo da aplicação da liberdade provisória aos crimes afiançáveis e inafiançáveis.

¹⁶ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 33-34.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 588.

¹⁸ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 188.

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 595/596.

²⁰ Ibid., p. 595/596.

1.1.1 Da prisão em flagrante

O termo “flagrante”, conforme apresentado por João Mendes, deriva da raiz grega *flegein*, que tem o sentido de queimar.²¹ Logo, quando se fala em flagrante, no âmbito criminal e consoante o disposto no art. 302 do Código de Processo Penal, trata-se de um delito que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. Desta forma, a prisão em flagrante corresponde aquela que ocorrerá no momento e no local do crime.²² Cumpre ressaltar, ainda, que a respectiva espécie de prisão possui previsão constitucional, consoante o disposto no art. 5º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao estabelecer que “[...] ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.²³

Assim como as demais medidas restritivas de liberdade, a prisão em flagrante possui algumas peculiaridades. A principal delas se encontra no fato de que a prisão pode ser realizada por qualquer pessoa, seja ela do povo, caracterizando um flagrante facultativo, ou agente policial, configurando um flagrante obrigatório.²⁴ Desta forma, dispõe o art. 301 do Código de Processo Penal que “[...] qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”²⁵

Pelo fato de existir a possibilidade de a prisão poder ser realizada por uma pessoa comum, na prisão em flagrante não é exigida ordem escrita por parte do juiz. Esse procedimento, de certa forma mais simples para a decretação de uma prisão, é visto como uma forma de autopreservação e defesa da sociedade. Cumpre destacar, no entanto, que apesar de possuir um procedimento um pouco diferente dos demais, os

²¹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes, 1999; apud POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 193.

²² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 891.

²³ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 68.

²⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 08 ago. 2017.

atos de documentação ocorrerão normalmente em uma Delegacia de Polícia.²⁶ Ademais, apesar de qualquer do povo ter a competência para prender, somente o juiz poderá manter tal prisão. O Supremo Tribunal Federal vem decidindo nesse sentido, conforme apresentado pela jurisprudência:

Para manter a prisão em flagrante, deve o magistrado fazê-lo com base em elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade da prisão do indivíduo, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. (HC 113.613-SP, 1ª T., rel. Dias Toffoli, 16.04.2013, v.u.)²⁷

No que tange a natureza jurídica desse tipo de prisão, a doutrina não é uniforme. Conforme explicitado por Nestor Távora em uma de suas obras, há três correntes no que diz respeito a identificação da natureza jurídica desse tipo de prisão. A primeira delas defende o fato de que a natureza jurídica da prisão em flagrante é de ato administrativo. Já a segunda corrente, reputa que a prisão em flagrante, no entanto, é uma das espécies de medidas de natureza acautelatória. A terceira corrente, defendida por Tourinho Filho, entende que a prisão em flagrante trata-se, na verdade, de um ato complexo em que eu tenho uma fase administrativa, que diz respeito a prisão-captura, e uma segunda fase de natureza processual, que seria o momento em que se faz a comunicação ao juiz. Na mesma linha, Aury Lopes defende a ideia de que em um primeiro momento a prisão em flagrante nada mais é que uma medida pré-cautelar.²⁸

Superada a natureza jurídica dessa modalidade de prisão, é possível destacar, ainda, a existência de diversas espécies de flagrante, sendo algumas legais e outras ilegais. A primeira espécie diz respeito ao flagrante próprio, previsto no art. 302, I e II do Código de Processo Penal. Esse tipo de flagrante, também chamado de propriamente dito ou real, ocorre quando o agente, sujeito passivo da prisão, é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acabou de cometê-la, sendo marcado pelo vínculo de imediatidade existente entre a ocorrência da infração e a prisão. Outra espécie seria o flagrante impróprio (art. 302, III, do CPP), caracterizado pela presença

²⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 891.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 82.

²⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 891-892.

de perseguição, ou seja, o agente é perseguido, logo após a ocorrência da infração, em uma situação em que há a presunção de que ele seria o autor do fato.²⁹

No caso de um flagrante presumido, com previsão no art. 302, IV do CPP, não há perseguição, mas o agente é encontrado na posse de objetos que levam a crer que ele seja o autor do crime. Há ainda o flagrante esperado que, apesar de não disciplinado em lei, possui idealização nas doutrinas e jurisprudências mais atuais.³⁰ Nessa espécie de flagrante, conforme apontado por Távora,

[...] temos o tratamento da atividade pretérita da autoridade policial que antecede o início da execução delitiva, em que a polícia antecipa-se ao criminoso e, tendo ciência de que a infração ocorrerá, sai na frente, fazendo campana (tocaia), e realizando a prisão quando os atos executórios são deflagrados.³¹

Dentre as diversas possibilidades de flagrante, tem-se, inclusive, o flagrante postergado, ou diferido, que corresponde ao flagrante em que a autoridade policial tem a possibilidade de aguardar o momento mais adequado para a realização da prisão, tendo em vista a investigação criminal.³²

Cabe destacar, também, a existência do chamado flagrante preparado. Nesse caso, o agente será provocado ou induzido a cometer o delito, ou seja, são utilizadas técnicas no intuito de formular uma armadilha para que o agente, conseqüentemente, seja preso em flagrante praticando a infração.³³ No entanto, conforme Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Desta forma, há o entendimento de que, nesse caso, não há que se falar em flagrante, vez que tal espécie configura crime impossível.³⁴

Conforme já exposto, além das espécies de prisão em flagrante lícitas, dispostas nas jurisprudências e na própria legislação, há aquelas que são consideradas ilícitas,

²⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 892.

³⁰ Ibid., p. 893.

³¹ Ibid., p. 893-894.

³² Ibid., p. 895-896.

³³ Ibid., p. 896.

³⁴ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 205.

como no caso do flagrante forjado. Essa espécie de flagrante é fabricada e realizada com a finalidade de incriminar pessoa inocente, no entanto, o único infrator nesse caso seria o próprio forjador.³⁵

Uma vez compreendidas as modalidades, e partindo do pressuposto de que o sujeito ativo trata-se daquele que efetua a prisão e o sujeito passivo é aquele detido em uma situação de flagrância, necessário se faz entender todo o procedimento que permeia uma prisão em flagrante. Sendo assim, com a detenção do agente, o primeiro ato a ser realizado é a apresentação do mesmo a uma autoridade policial. Cumpre destacar, no entanto, que não pode haver uma demora injustificada na apresentação do agente, sob pena do sujeito ativo recair sobre algum crime. Logo após a apresentação, cabe a autoridade policial, conforme o disposto no artigo 304 do Código de Processo Penal, ouvir o condutor, ou seja, aquele que além de realizar a prisão do agente, o conduziu.³⁶

Na sequência, deverá ocorrer a oitiva das testemunhas, as quais terão suas declarações reduzidas a termo. Há o entendimento de que devido ao fato da lei ter se utilizado do plural, são necessárias pelo menos duas testemunhas. Cumpre destacar, ainda, que na ausência de testemunhas, serão chamadas as testemunhas instrumentais ou indiretas que, apesar de nada conhecerem sobre o delito, são utilizadas como a finalidade de integralizar a formalidade do ato.³⁷

Nestor Távora alega que, quando possível, deve ser feita a oitiva da vítima – antes mesmo da oitiva do conduzido – com o intuito de esclarecer os fatos e contribuir para a caracterização do flagrante. No entanto, importa salientar que a lei é omissa no que tange a oitiva de vítimas nessa fase. Por último, ocorrerá a oitiva do conduzido. Nesse caso, será assegurado o direito ao silêncio, conforme disposto no art. 5º, LXIII da Constituição da República Federativa do Brasil.³⁸ Destaca-se, todavia, a divergência na doutrina quanto a questão da imprescindibilidade do advogado nessa fase. Enquanto Aury Lopes entende ser imprescindível a presença de advogado nesse

³⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 897.

³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 612-613.

³⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 911.

³⁸ *Ibid.*, p. 910-911.

momento, outros autores acreditam não haver necessidade tendo em vista o fato de que nessa fase predomina a inquisitorialidade.³⁹

Findada a oitiva, deverá ser entregue ao preso nota de culpa, explicitando o motivo de sua prisão, o nome do condutor e das testemunhas, devendo o respectivo recibo ser devidamente assinado. Com a devida formalização e finalização do auto de prisão em flagrante, deverá haver sua remessa imediatamente ao juiz competente. No entanto, conforme a nova redação dada ao artigo 322 do Código de Processo Penal, nos casos em que a infração possui pena privativa de liberdade com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos, pode a própria autoridade policial estipular fiança antes mesmo de enviar o auto de prisão em flagrante ao juiz.⁴⁰ Isto posto, assim dispõe o dispositivo legal:

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

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.⁴¹

Por possuir natureza pré-cautelares, conforme apresentado por Aury Lopes, e tendo em vista sua precariedade, há o entendimento de que o auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado dentro de um prazo de 24 (vinte e quatro) horas ao juiz competente. Recebido pelo magistrado, o mesmo deverá, ao analisar o caso, enfrentar a possibilidade de concessão da liberdade provisória com ou sem aplicação de demais medidas cautelares diversas, ou, no caso de haver necessidade e pedido por parte do Ministério Público ou da própria polícia, decretar a prisão preventiva. Importa destacar que toda e qualquer decisão do juiz deverá ser escrita e fundamentada.⁴² Marcellus Polastri incorpora o seguinte entendimento:

[...] o encaminhamento pela autoridade policial pode ocorrer em até 24 horas (inclusive na 24ª hora), o que não significa que o “crivo” judicial se dará neste período, pois pode haver algum impedimento, como no caso de finais de semana, feriados, inexistência de plantão na Comarca etc., não tendo o juiz

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 613.

⁴⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 911.

⁴¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 08 ago. 2017.

⁴² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 615.

qualquer obrigação de exarar decisão neste período, pois somente a terá quando receber os autos.⁴³

Outra formalidade de grande relevância, é a dupla comunicação da prisão, ou seja, deve-se comunicar imediatamente não só o juiz competente, mas também à família do preso. No entanto, com a incorporação da Lei 12.403/11, foi acrescido o entendimento de que, também, deverá haver a comunicação da prisão ao Ministério Público. Ressalta-se que a ausência de qualquer dessas formalidades, conduz à ilegalidade da prisão em flagrante. Desta forma, caso o juiz verifique a ausência da comunicação de qualquer dos envolvidos, deixará de homologar a prisão em flagrante, devendo relaxá-la, tendo em vista a ilegalidade formal.⁴⁴

Segundo Marcellus Polastri, deve-se ainda observar o que se segue:

A lavratura do flagrante é possível, em tese em qualquer crime ou contravenção, mas a prisão nem sempre será a consequência, uma vez que, sendo contravenção ou crime culposo, ou mesmo não sendo imputada pena privativa de liberdade, a lavratura do flagrante não pode conduzir e não deve necessariamente levar a uma prisão cautelar definitiva.⁴⁵

Desta forma, cumpre ressaltar que mesmo em se tratando de uma prisão em flagrante, não há a possibilidade de decretação de medidas cautelares pessoais se não for cominada pena privativa de liberdade. Também, nos casos em que for cabível o pagamento de fiança, se a mesma for prestada, não deve-se recolher o agente à prisão, assim como ocorrerá nos casos legais em que a prisão é excluída como possibilidade.⁴⁶

1.1.2 Da prisão temporária

Assim como a prisão em flagrante, a prisão temporária possui peculiaridades que a diferenciam de todo e qualquer tipo de prisão. A primeira delas se encontra no fato de que essa espécie de prisão é regida por lei especial, qual seja, a Lei nº 7.690/1989, e

⁴³ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 195.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 615-616.

⁴⁵ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 201.

⁴⁶ Ibid., p. 201.

será nessa lei especial que estarão reguladas algumas das hipóteses em que poderá incidir esse tipo de prisão.

Alguns autores afirmam que o surgimento da prisão temporária seria nada mais do que a legalização da chamada “prisão para averiguações” o que, segundo Guilherme Nucci, seria um “encaminhamento à força do suspeito à delegacia, visando-se à apuração da materialidade ou autoria do delito”. No entanto, tal entendimento não é majoritário, visto que além desse tipo de prisão ter caído em desuso, atualmente, caso seja realizada, a prisão para averiguação constituiria crime de abuso de autoridade.⁴⁷ Consoante o entendimento de Nucci,

Substituindo a prisão para averiguação, a temporária destina-se, muitas vezes, a permitir a colheita de provas da materialidade da infração penal e dos elementos básicos de autoria. Eis por que se trata de um *mal necessário*. Embora de curta duração, nem sempre decretada em função de motivos sólidos, pelo menos se trata de medida cautelar privativa de liberdade controlada pelo Judiciário. (grifo do autor)⁴⁸

Cumprе destacar que a prisão temporária, conforme o disposto acima, possui natureza cautelar, a ser decretada na fase de investigação criminal, com o intuito de aperfeiçoá-la e garantir a eficácia e produtividade da respectiva investigação. No entanto, há uma crítica feita por Nucci no sentido de que pela lei ser vaga, abre margem a interpretações excessivas. Entende-se ser de extrema importância a compreensão de inexistência de decretação de prisão temporária na fase judicial, vez que para essa fase o Estado se utilizará da prisão preventiva. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu nesse sentido, ao afirmar que “[...] uma vez ofertada a denúncia, mostra-se desnecessária a prisão temporária, pois visa resguardar a integridade das investigações, já encerrada. (HC 210.697-SP, 5ª T., rel. Jorge Mussi, 06.08.2013,v.u.)”.⁴⁹

Além de estar prevista em lei especial, a prisão temporária, ao contrário da prisão em flagrante, só poderá ser decretada pelo magistrado, e somente se for provocado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, não sendo possível sua decretação de

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 57.

⁴⁸ Ibid., p. 60.

⁴⁹ Ibid., p. 57.

ofício.⁵⁰ Cumpre ressaltar que o juiz deverá, de forma fundamentada, decidir quanto a decretação da prisão temporária em até 24 horas após o pedido e, sendo ele realizado pela própria autoridade policial, deve-se abrir vista ao Ministério Público para que se manifeste antes da decisão judicial.⁵¹ Em decorrência do prazo de 24 horas, há o Plantão Judiciário, em caráter permanente, para magistrados e promotores, com a finalidade de atender os pedidos de prisão.⁵²

O art. 1º da Lei nº 7.960/1989, dispõe algumas das situações em que se usará essa modalidade de prisão. Alguns autores, como Marcellus Polastri, possuem o entendimento de que só será cabível a prisão temporária nos crimes enumerados em lei, seja a lei supracitada ou em lei ordinária, desde que haja menção expressa do cabimento de prisão temporária. Tal entendimento é decorrente do fato de que, por se tratar de medida cautelar pessoal prisional, a interpretação da lei deve se dar de maneira restritiva.⁵³

Desta forma, entende-se que só poderá ser decretada a temporária nas hipóteses previstas pelo inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/1989 se houver vinculação a imprescindibilidade do inquérito policial ou ao fato do indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos que sejam considerados suficientes para que seja esclarecida sua identidade.⁵⁴

Uma questão de elevada relevância no que tange a prisão temporária diz respeito ao seu prazo de duração. Conforme o disposto no art. 2º, caput e §7º da Lei nº 7.960/89, o tempo de prisão temporária é de cinco dias, podendo ser prorrogado por mais cinco em casos de comprovada e extrema necessidade. No entanto, em se tratando de crimes hediondos, há a disposição legal de que a prisão temporária terá 30 dias de duração, podendo ser prorrogada por igual período, também, em casos de extrema e comprovada necessidade.⁵⁵

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 61.

⁵¹ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 214.

⁵² Ibid., p. 216.

⁵³ Ibid., p. 211.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 58.

⁵⁵ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 215-216.

Importa ressaltar, no entanto, que caso o prazo da temporária tenha se findado e não haja prorrogação, a autoridade policial tem o dever de, imediatamente e independente de alvará de soltura expedido pelo magistrado, colocar o investigado em liberdade sob pena de recair em crime de abuso de autoridade caso não haja a devida liberação. Deve-se salientar, ainda, que caso a autoridade policial tenha alcançado a conclusão da investigação, antes mesmo do fim da prisão temporária, poderá ser decretada a prisão preventiva.⁵⁶

No que tange ao local em que ficarão os presos temporários, Nucci assim aduz,

O importante, no prisma desta Lei, é manter os presos temporários *obrigatoriamente separados* de todos os outros detentos, inclusive os que estiverem em prisão preventiva. Logo, não se trata de coloca-los em cela com qualquer preso provisório ou primário, mas, sim, garantir-lhes um local apropriado, no qual tenham contato somente com outros presos temporários. (grifo do autor)⁵⁷

1.1.3 Da prisão preventiva

Consoante o disposto no ordenamento jurídico e na doutrina, a prisão preventiva trata-se de mais uma das modalidades de prisão cautelar existentes. Prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva só terá cabimento nos casos em que não for possível a aplicação de medidas cautelares consideradas menos severas, possuindo, portanto, natureza residual, conforme o previsto no art. 282, §6º do Código de Processo Penal.⁵⁸

A decretação desse tipo de prisão pode ocorrer em qualquer fase da investigação policial ou durante o processo penal, embora seja rara sua utilização durante o inquérito em decorrência do advento da prisão temporária. Ressalta-se, no entanto, que caso a infração se encontre fora da listagem prevista na lei especial que regulamenta a prisão temporária, somente será cabível a prisão preventiva.⁵⁹

⁵⁶ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 215.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 64.

⁵⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 681.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 91.

Ademais, dentre as novidades trazidas pela Lei 12.403/2011, é cabível destacar as alterações quanto as questões de legitimidade e oportunidade para a decretação. Há o entendimento de que o magistrado somente poderia decretar essa modalidade de prisão de ofício no decorrer do processo, não podendo decretar, conforme entendimento anterior, durante a investigação. Além disso, pode o assistente de acusação requerer a prisão preventiva, o que antes não ocorria.⁶⁰

Quanto aos pressupostos exigíveis a decretação da prisão preventiva, Távora destaca dois: a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Quando se fala na prova da existência do crime, tem-se que a materialidade do delito deve estar devidamente comprovada para que o cerceamento da liberdade de forma cautelar seja autorizado. No entanto, não se exige prova de autoria, mas tão somente indícios que fazem crer que o agente seria autor da infração penal.⁶¹ Assim,

Os pressupostos da preventiva materializam o *fumus comissi delicti* para decretação da medida, dando um mínimo de segurança na decretação da cautelar com a constatação probatória da infração e do infrator (justa causa). (grifo do autor)⁶²

Da mesma forma que as demais medidas cautelares, a prisão preventiva possui alguns requisitos. Conforme se depreende dos dispositivos legais, para que seja decretada a prisão preventiva, é necessário a existência de três fatores, sendo eles: a prova de existência do crime, indício suficiente de autoria e o elemento variável. Tal elemento corresponde as hipóteses de decretação, sendo elas: garantia de ordem pública, garantia de ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou a garantia de aplicação da lei penal.⁶³

Além das hipóteses de decretação da prisão preventiva, o artigo 313 do Código de Processo Penal traz algumas observações no momento de aplicação da referida medida. Desta forma, para que ocorra a decretação dessa modalidade de prisão, deve-se levar em conta o elemento subjetivo do crime, ou seja, é necessário o dolo

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 91.

⁶¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 916.

⁶² Ibid., p. 917.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 93.

como referencial. Ademais, somente será possível a decretação de prisão preventiva nos crimes dolosos em que a pena privativa máxima cominada seja superior a quatro anos.

O referido artigo ainda traz outras situações a serem observadas: a prisão preventiva também poderá ser admitida nos casos em que o sujeito tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado; nos casos em que o delito cometido envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência e, também, quando houver dúvida quanto a identidade civil da pessoa ou quando a mesma não fornecer elementos satisfatórios para esclarecê-la.

Nos casos, também, em que ocorrer descumprimento de medidas cautelares alternativas, consoante o disposto no art. 282, §4º, poderá ocorrer a prisão preventiva, contanto que sejam visualizados os requisitos constantes no art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, tem-se o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Nos termos do art. 282, §4º, do CPP, introduzido pela Lei 12403/2011, é possível a decretação da prisão preventiva em crimes punidos com pena igual ou inferior à 4 (quatro) anos, se o paciente descumpriu injustificadamente as medidas cautelares impostas e as demais se mostrarem ineficazes. (HC 0394079-75.2011.8.13.0000/MG, 6ª Câm. Crim., v.u., rel. Catta Preta, 19.07.2011)⁶⁴

Cumprido ressaltar, no entanto, que a prisão preventiva não poderá jamais ser decretada quando o magistrado verificar a presença de excludentes de ilicitude. Ademais, quando decretada, se verificar que a medida não é mais necessária, sua revogação é obrigatória. No que tange o prazo, por não existir nenhum específico, deve-se partir da análise de dois requisitos, sendo a razoabilidade e a proporcionalidade.⁶⁵

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 109.

⁶⁵ Ibid., p. 110-116.

1.2 AS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

O advento da Lei 12.403/2011 trouxe diversas alterações no âmbito criminal. Dentre elas, devido a essa nova lei, o Código de Processo Penal passou a prever nove medidas cautelares diversas à prisão. Nesse sentido,

Com a inovação legislativa introduzida pela Lei 12.403/2011, o Código de Processo Penal passou a capitular diversas providências substitutivas à prisão, sendo essa aplicada apenas quando aquelas não se mostrarem suficientes à repressão e a reprovabilidade do delito. (HC 219.101/RJ, 5ª T., v.u., rel. Min. Jorge Mussi, 10.04.2012).⁶⁶

Dessa forma, as medidas cautelares, no âmbito do processo penal, tratam-se de um gênero do qual temos como espécies as prisões cautelares, a liberdade provisória com ou sem vinculação à demais medidas e as medidas cautelares diversas da prisão. Por ora, no entanto, é necessário a compreensão do que viriam a ser essas medidas alternativas à prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

O ordenamento jurídico dispõe um rol de medidas cautelares e que, conforme o entendimento atual, devem ser impostas de forma preferencial à prisão. Tais medidas são consideradas menos extremas do ponto de vista do cárcere, mas mais gravosas no que tange a manutenção da liberdade do agente. Ademais, cumpre ressaltar que apesar da divergência quanto ao fato do rol previsto no art. 319 do Código de Processo Penal ser taxativo ou exemplificativo, há o entendimento de que o juiz possui a faculdade de estabelecer outras medidas mais adequadas ao caso concreto, desde que dentro dos limites permitidos pela própria legislação.⁶⁷

Por não possuir um prazo de durabilidade, as medidas cautelares diversas à prisão irão depender do fator necessidade, podendo ser substituídas ou cumuladas com outras medidas ou até mesmo revogadas conforme o caso concreto. Outrossim, podem ser decretadas a qualquer momento na persecução penal. Dentre as medidas, tem-se o comparecimento periódico em juízo, com prazo e condições fixadas pelo juiz,

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 132.

⁶⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 1024.

no sentido de informar e justificar suas atividades realizadas, vinculando-o a persecução penal.⁶⁸

Outra medida, consoante o disposto no art. 319 do Código de Processo Penal, é a proibição de acessar ou de frequentar determinados locais quando, devido a circunstâncias relacionadas ao fato, o indiciado ou acusado deva permanecer longe do local com a finalidade de evitar o risco de novas infrações. Há, ainda, a proibição de manter contato com determinada pessoa quando, por conta do fato, o indiciado ou acusado deva se manter distante da mesma. No que tange as proibições, outra medida cautelar seria a proibição do agente de se ausentar da Comarca quando a sua presença seja conveniente ou indispensável para a investigação ou instrução.⁶⁹

As demais medidas são: possibilidade de recolhimento domiciliar do agente durante o período noturno e nos dias de folga, caso o investigado tenha residência e trabalho fixos; a internação provisória do acusado nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça por agentes inimputáveis ou semi-imputáveis, conforme análise dos peritos, e também em caso de possível reiteração; utilização de monitoração eletrônica; suspensão da execução de função pública ou de qualquer atividade que possua natureza econômica ou financeira em casos em que ocorra receio de serem utilizados com a finalidade de cometer ilícitos penais.⁷⁰

Cumprido destacar, ainda, a questão referente a fiança. Tal instituto deixou de ser somente uma garantia real aplicada nos casos de liberdade provisória, e tornou-se uma medida cautelar, sendo possível sua aplicação de forma isolada ou cumulativamente com outras medidas provisórias.⁷¹

⁶⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 1028.

⁶⁹ Ibid., p. 1029.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 137.

⁷¹ Ibid., p. 139.

2 DO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

2.1 APONTAMENTOS GERAIS

O artigo 310 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz, no momento em que recebe o auto de prisão em flagrante, possui três opções: a) relaxar a prisão, tendo em vista sua ilegalidade ou; b) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo indispensáveis os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e nos casos em que não for possível a utilização de medidas cautelares diversas da prisão ou; c) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.⁷²

Apesar de haver uma discussão quanto ao termo “provisória”, a liberdade provisória diz respeito a uma das espécies de medidas cautelares existentes no ordenamento jurídico, sendo cabível somente após a prisão em flagrante. Cumpre destacar, ainda, o fato de que essa espécie de medida cautelar também possui previsão expressa na Constituição Federal de 1988, o que, consoante o disposto no art. 5º, LXVI, “[...] ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.⁷³

Tal medida cautelar tem como finalidade a concessão da liberdade física para quem fora legalmente preso em flagrante. Desta forma, Nestor Távora expõe o seguinte entendimento:

A liberdade provisória é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade ou a sua manutenção, ilidindo o estabelecimento de algumas prisões cautelares.⁷⁴

Consoante o disposto no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal de 1988, a liberdade provisória trata-se de um gênero, se subdividindo em duas espécies: liberdade

⁷² LIMA, MARCELLUS POLASTRI. Algumas considerações sobre o flagrante delito e a liberdade provisória sem fiança, na forma da Lei 12.403/2011. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: n. 44, p. 98, abri./jun. 2012.

⁷³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 08 ago. 2017.

⁷⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 998.

provisória com fiança e liberdade provisória sem fiança. A fiança diz respeito a uma garantia real, que consiste na entrega de valores ao Estado com o escopo de assegurar a liberdade provisória do agente preso em flagrante, enquanto durar o transcurso do processo. Tais valores podem ser dinheiro, joias, imóveis, etc.⁷⁵ Desta forma,

O instituto da fiança tem por finalidade a garantia do juízo, assegurando a presença do acusado durante a persecução criminal e o bom andamento do feito. Interpretando sistematicamente a lei, identifica-se uma finalidade secundária na medida, que consiste em assegurar o juízo também para o cumprimento de futuras obrigações financeiras. (STJ – RHC 42.049-SP, 6ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 17.12.2013, v.u.)⁷⁶

Ressalta-se, no entanto, que a fiança correspondente a liberdade provisória se diferencia da fiança prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal. Tal assertiva deriva do fato de que a fiança do artigo 319 do Código de Processo Penal corresponde a chamada fiança restritiva, que poderá ser imposta em qualquer fase da investigação ou do processo, conforme o disposto no artigo 334 do Código de Processo Penal. Já a fiança na liberdade provisória, diz respeito a uma fiança libertadora, ou seja, restitui a liberdade daquele que foi preso legalmente em flagrante, só podendo ser utilizada até o momento do artigo 310, também do Código de Processo Penal.⁷⁷

Cabe destacar, no entanto, o parecer de Eugênio Pacelli ao defender que

[...] não há liberdade mediante fiança, uma vez que não se paga pela liberdade (CPP, art. 350), ainda que seja ela (a fiança) restituída sob cautela, diante de prisão em flagrante legal, ou que se dê em substituição à prisão preventiva anteriormente decretada (art. 282, §5º e art. 315, CPP). Ou seja, a fiança não é condicionante da liberdade [...]⁷⁸

A Constituição Federal de 1988, assim como o Código de Processo Penal, estipulam em seus respectivos artigos diversos crimes e situações em que a fiança poderá ser, ou não, vinculada. Não obstante, o entendimento majoritário defende a concepção de

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 144.

⁷⁶ Ibid., p. 145.

⁷⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 731.

⁷⁸ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória**: a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 136.

que onde não houver vedação legal, será admitida a fiança.⁷⁹ Isto posto, entende-se ser necessário, primeiramente, a análise de cada uma das espécies de liberdade provisória, de forma isolada, para posterior comparação e compreensão do paradoxo no momento da aplicação das mesmas.

2.2 A LIBERDADE PROVISÓRIA PARA CRIMES AFIANÇÁVEIS

Uma das grandes inovações introduzidas pela Lei 12.403/2011, diz respeito a ampliação das hipóteses de fiança. A princípio, todos os crimes passaram a ser afiançáveis, ressalvados, contudo, aqueles em que há vedação expressa e óbice a seu deferimento.

A liberdade provisória mediante fiança, ou para crimes afiançáveis, é o direito subjetivo do beneficiário que preencher os requisitos legais e assumir as respectivas obrigações, podendo permanecer em liberdade durante a persecução penal.⁸⁰ É compreendida como uma modalidade de restituição da liberdade, em que há a ocorrência de prestação de fiança, levando em conta o cabimento e a adequação, conforme termos do artigo 282 do CPP.⁸¹ Segundo Gustavo Badaró,

Na liberdade provisória com fiança, é interessante notar que o legislador não disciplinou as hipóteses em que cabe a fiança, mas sim os casos em que ela não poderá ser prestada. Assim o indivíduo preso processualmente, ao requerer a fiança, deverá fazer uma demonstração do seu direito *a contrario sensu*. Isto é, deverá demonstrar que não estão presentes aquelas hipóteses previstas em lei, nas quais a fiança é vedada. (grifo do autor)⁸²

Consoante o disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal, a liberdade provisória com fiança não se trata de mera faculdade concedida pelo juiz ou delegado e benefício ao preso, mas obrigação imposta ao libertado.⁸³ No que tange a

⁷⁹ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 732.

⁸⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 1010.

⁸¹ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 134.

⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 430.

⁸³ MARCÃO, Renato. Lei nº 12.403/2011: o artigo 310 do CPP e a inafiançabilidade na visão do STF. **Revista Jurídica**, ano 59, n. 406, p. 69-75, ago. 2011. p. 70.

competência, a fiança pode ser estabelecida pela própria autoridade policial ou, como já de conhecimento, pelo próprio juiz. Quando se trata da autoridade policial, a mesma se encontra autorizada para estabelecer o valor da fiança nas infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse quatro anos. Para os demais casos, em que houver a ocorrência de crimes com penas mais elevadas, a competência para verificar a possibilidade e estabelecimento de valor de fiança, recai sobre o magistrado.⁸⁴

Ressalta-se que, para que seja determinado o valor da fiança, devem ser levados alguns pontos em consideração, tais como: a natureza da infração, as condições pessoais e econômicas do indiciado ou acusado, assim como sua vida pregressa, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade e a importância provável das custas do processo, consoante o disposto no art. 326 do Código de Processo Penal.⁸⁵ Ademais, o artigo 325 do CPP, assim estabelece:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:
 I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;
 II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.⁸⁶

Conforme se depreende da análise dos artigos dispostos na legislação, os valores da fiança poderão, ainda, sofrer modificações sempre que recomendar a situação econômica do investigado ou do acusado. Desta forma o art. 325, §1º do CPP, estabelece que a fiança poderá ser aumentada em até 1.000 (mil) vezes, reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços) ou até mesmo dispensada na forma do art. 350 do Código de Processo Penal.

Destaca-se, consoante o disposto no artigo 350 do CPP, que o juiz ao verificar a situação econômica do preso, poderá conceder a liberdade provisória independente

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 145-146.

⁸⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 738.

⁸⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm. Acesso em: 08 ago. 2017.

de fiança, sujeitando o agente às obrigações dispostas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal e as medidas cautelares diversas, se for o caso. Quanto a referida disposição legal, Pacelli assim aduz:

Diante dessas reflexões, fica claro – ainda mais claro! – que a fiança é medida menos eficaz do que muitos pensam para alcance das finalidades cautelares a que se propõe. Tal constatação ganha relevo na medida em que a *clientela* do sistema penal se compõe, em esmagadora maioria, de pessoas desde sempre marginalizadas, econômica e socialmente, que não tem meios suficiente sequer para sobreviver com um mínimo de dignidade. E essa carência de recursos financeiros não pode emergir como impedimento de acesso à liberdade, como se extrai não só do art. 350, *caput*, CPP, mas da própria Constituição de 1988 (de seu *texto* e de seu *contexto*).⁸⁷

A fiança pode ser postulada pelo próprio preso, por alguém que o faça por ele, seja diretamente ou por meio de defensor, mas também pelo próprio Ministério Público. Ocorre que, em casos de descumprimento, a fiança poderá ser extinta quando for julgada como quebrada, perdida, cassada ou sem efeito. Quando se fala na hipótese de fiança quebrada, ocorreu o descumprimento de condição imposta, conforme o disposto no art. 341 do CPP. No entanto, a consequência de tal quebramento importará na perda da metade do valor da fiança, e caberá ao juiz decidir quanto a imposição de outras medidas cautelares, como as previstas nos artigos 319 e 320, ou, somente se for o caso, a decretação de prisão preventiva.⁸⁸

A fiança perdida encontra-se relacionada à fuga verificada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Desta forma, será perdido, na totalidade, o valor da fiança, se o acusado que foi posteriormente condenado não se apresentar para o início do cumprimento de sua pena imposta. No que tange a fiança cassada, entende-se que quando houver reconhecimento de que a fiança não for cabível na espécie, será cassada independentemente de qual fase do processo, consoante o disposto no art. 338 do Código de Processo Penal. Nesse caso, haverá a devolução do valor prestado de forma integral e atualizada.⁸⁹

⁸⁷ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p.137.

⁸⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 739-741.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 741-752.

Por último, tem-se a fiança sem efeito, que corresponde a fiança que não foi reforçada. No caso exposto, e consoante a disposição do parágrafo único do art. 340 do Código de Processo Penal, nos casos em que a fiança ficar sem efeito o réu será recolhido a prisão caso não venha a ser reforçada.⁹⁰ Cumpre ressaltar que não se ouve o Ministério Público antes do momento de fixação da fiança, nem mesmo no momento antes de conceder a liberdade provisória ou relaxar o flagrante, vez que são consideradas medidas urgentes e que, portanto, devem ser tomadas de imediato pelo magistrado.⁹¹

2.3 A LIBERDADE PROVISÓRIA PARA CRIMES INAFIANÇÁVEIS

A liberdade provisória para crimes inafiançáveis, trata-se de uma espécie de liberdade provisória em que a restituição da liberdade vem acompanhada de outras medidas cautelares pessoais diversas da fiança.⁹² Conforme entendimento de Aury Lopes, “[...] mesmo sendo o crime hediondo ou qualquer outro “inafiançável”, poderá o juiz conceder liberdade provisória, sem fiança, e mediante a imposição de uma ou mais medidas cautelares diversas, conforme o caso”.⁹³

Tais crimes, diferente dos crimes afiançáveis, se encontram previstos, de forma taxativa, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, também, no artigo 323 do Código de Processo Penal. O artigo 324, conforme se depreende de sua leitura, versa sobre situações em que também não será possível a aplicação de fiança, tendo em vista a existência de incompatibilidade. Nesse ínterim,

As atuais proibições, justas ou injustas, advém da Constituição Federal, contra a qual nada pode fazer o legislador ordinário. São elas: crimes de racismo (art. 5º, XLII, CF); delitos de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e hediondos (art. 5º, XLIII, CF); infrações cometidas por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF).

⁹⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 742-743.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 155.

⁹² PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória**: a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 134.

⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. **O regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 156.

Cabe destacar, no entanto, que quando se fala na infiançabilidade de determinados crimes, não há a proibição da concessão da liberdade provisória. Ademais, a infiançabilidade somente irá gerar, como consequências práticas, a impossibilidade de se conceder a liberdade provisória com fiança por parte da autoridade policial ou a liberdade provisória restará sujeita à imposição de medidas cautelares diversas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme fique demonstrado a sua necessidade.⁹⁴

Desta forma, é possível estabelecer que o magistrado deverá conceder a liberdade provisória sem fiança nos seguintes casos: quando o réu for pobre e não puder arcar com o valor da fiança, consoante o disposto no art. 350 do Código de Processo Penal e quando for verificada a incoerência com qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva e não for cabível a fiança.

Há ainda as situações em que o magistrado verifica que o agente executou o fato com base em alguma das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal, tais como o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, consoante o previsto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Neste caso, Guilherme Nucci aduz que

[...] havendo fortes indícios de que algumas delas está presente, melhor colocar a pessoa em liberdade do que segurá-la detida. O ideal é que o magistrado faça isso o mais breve possível, justamente para impedir que pessoas, sob o manto protetor das excludentes – algo que pode ser ampliado também para as excludentes de culpabilidade –, permaneça encarcerada.⁹⁵

Assim como no caso dos crimes afiançáveis, no que tange a liberdade provisória sem fiança, qualquer pessoa poderá requerê-la, seja em nome próprio ou por meio de um defensor. Nesse caso, também haverá legitimidade do Ministério Público para pleitear a liberdade provisória sem fiança em favor do preso. Ressalta-se, no entanto, o fato de que somente o juiz competente poderá conceder a liberdade provisória sem fiança. Aliás, o magistrado pode, e deve conceder de ofício, sempre que recomendada.⁹⁶

⁹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 696.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 581-582.

⁹⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 748.

Salienta-se, no entanto, que apesar de não ser possível vincular a liberdade provisória sem fiança ao cumprimento de obrigações, há a possibilidade de sua revogação. Consoante entendimento doutrinário, poderá ocorrer a revogação da liberdade provisória sem fiança nos casos em que houver a decretação da prisão preventiva, absolvição ou condenação definitiva e com trânsito em julgado.⁹⁷

⁹⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 761.

3 DO PARADOXO NA APLICAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA COM E SEM FIANÇA

Entre tantas inovações trazidas pelo advento da Lei nº 12.403/2011, é possível reconhecer o surgimento de algumas contradições. Como exposto previamente, o instituto da liberdade provisória, no momento de sua aplicação, expressa a existência de um verdadeiro paradoxo legislativo. Tal assertiva decorre da ideia de que, enquanto é possível a concessão de liberdade provisória sem fiança para crimes mais gravosos, o ordenamento jurídico dispõe da possibilidade de concessão de liberdade provisória com fiança aqueles considerados de menor gravidade.

Apesar de haver uma concepção no senso comum de que a inafiançabilidade estaria diretamente ligada a ideia de restrição de liberdade do indivíduo, tal entendimento encontra-se equivocado. Conforme dispõe Eugênio Pacelli, o termo “inafiançável”, na verdade, somente significa a proibição da imposição de fiança. Ressalta-se, ainda, que essa proibição é considerada completamente insuficiente para a possibilidade de restituição da liberdade do preso em flagrante.⁹⁸ Assim, consoante o entendimento de Renato Marcão,

[...] a inafiançabilidade é característica daquilo que não comporta fiança. Se a pretensão do legislador constituinte era dizer mais que isso, deveria dizer que aqueles crimes a que se referiu *eram insuscetíveis de liberdade provisória*. Mas não disse, e por isso não podemos dar interpretação mais ampla ao dispositivo que impõe restrição ao sagrado direito à liberdade, valor de extração máxima no texto constitucional.⁹⁹

Destaca-se, que o problema não se encontra no fato da concessão da liberdade provisória. Como já exposto, o direito à liberdade, além de ser um direito fundamental e previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, trata-se de regra, enquanto a prisão corresponde a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. A questão, na verdade, gira em torno do contraditório que surgiu com a respectiva lei e que,

⁹⁸ PACHELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 139.

⁹⁹ MARCÃO, Renato. Lei nº 12.403/2011: o artigo 310 do CPP e a inafiançabilidade na visão do STF. **Revista Jurídica**, ano 59, n. 406, p.73, ago. 2011. p. 73.

consequentemente, permitiu a fiança para crimes mais leves mas não para os mais graves.¹⁰⁰ Assim,

É bem verdade que o surgimento da possibilidade de liberdade provisória sem fiança, cabível em relação aos crimes inafiançáveis, criou aparente situação de injustiça, apontando para uma equação na qual, nos crimes mais leves, o agente paga fiança para aguardar em liberdade, enquanto naqueles mais graves, por isso inafiançáveis, pode aguardar em liberdade sem ter que prestar qualquer garantia real; sem desembolsar nada.¹⁰¹

Diante de tal contradição, diversos doutrinadores e profissionais do Direito passaram a direcionar duras críticas a essa questão, que surgiu em decorrência da não observação do legislador quanto as inovações trazidas pela nova lei e o que já se encontrava previsto no ordenamento jurídico. Para Pacelli,

[...] veda-se a fiança para crimes muito mais reprováveis pela legislação (ver o rol do art. 323, CPP), ao tempo em que se permite a imposição de regime mais gravoso (incluindo a fiança!) aos demais delitos, de menor gravidade ou, quando nada, de menor censura! Ou seja, a conclusão que se alcança é a de que o aprisionado em flagrante por alegada prática de crime inafiançável pode ter restituída sua liberdade com ônus menores que aqueles pilhados em supostas infrações menos graves! Como já dissemos já em outro espaço, coisas, enfim, do Brasil tupiniquim!¹⁰²

Ainda assim, para Juliana Jobim, “[...] se mesmo aos crimes rotulados como inafiançáveis, ao acusado pode ser concedida liberdade provisória sem fiança, tal instituto, a menos para o juiz tornou-se inócuo, quando não esdrúxulo”.¹⁰³

Apesar das críticas, que são consideradas essenciais para compreender esse paradoxo, há uma incansável busca para que essas contradições sejam dizimadas. Dessa forma, diversas alternativas vêm surgindo com o intuito de sanar esse paradoxo. Entende-se, no entanto, que a alternativa que mais se adequa ao atual cenário diz respeito a possibilidade de tornar todos os crimes afiançáveis. Assim, não haveria, ou ao menos diminuiria, as contradições existentes atualmente.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 146.

¹⁰¹ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 729.

¹⁰² PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória**: a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 140.

¹⁰³ AMARAL, Juliana Jobim do. A Lei 12.403/2011: novos e velhos problemas. **Revista Jurídica**, ano 59, n. 404, p. 77-94, jun. 2011. p. 87.

Neste sentido, conforme aludido por Renato Marcão, é necessário, e urgente, que ocorra uma profunda revisão normativa para que todos os crimes se tornem afiançáveis e somente fique reservada a possibilidade de liberdade provisória para os casos em que houver, por parte do autuado, comprovada hipossuficiência econômico-financeira.¹⁰⁴ Assim,

[...] o correto e mais justo seria acabar com o instituto da liberdade provisória sem fiança e permitir a fiança para todos os casos – salvo quando presentes os requisitos da prisão preventiva – alcançando assim os crimes mais graves, dentre os quais se destacam os hediondos e assemelhados. Pela nossa proposta, só seria possível a liberdade provisória sem fiança nos casos de comprovada hipossuficiência econômico-financeira. Para todos os demais, fiança.¹⁰⁵

Desta forma, conforme todo o disposto e defendido, entende-se que ao estabelecer a afiançabilidade para todo e qualquer tipo de crime, além de pôr um fim ao paradoxo quanto a aplicação das espécies da liberdade provisória, o cometimento de crime inafiançável por parte do agente deixaria de ser entendido, inclusive, como uma vantagem no momento de concessão da liberdade provisória.

Ressalta-se que há, ainda, os casos em que o juiz verificar que o fato cometido pelo agente se encontra dentre as hipóteses previstas no art. 23 do Código Penal, que versa sobre as excludentes de ilicitude. Nesse caso, defende-se, também, a possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança.

Segundo Pacelli, “[...] quando ele (constituente) se propõe a regular matéria legislativa a partir de conceitos e institutos já em vigor e em aplicação é preciso certa cautela a fim de se evitar a criação e a profusão de confusões”.¹⁰⁶ Sendo assim, se a intenção do legislador é a atribuição de uma penalidade maior aos que cometem crimes mais gravosos, cabe a ele a observância minuciosa daquilo que já se encontra previsto no ordenamento jurídico, para que as inovações a serem trazidas não entrem em conflito

¹⁰⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 730.

¹⁰⁵ Idem. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 263.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 602.

com aquilo já estabelecido ou, caso contrário, as contradições continuarão a existir, mantendo o ordenamento jurídico como algo constantemente falho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como a sociedade, o ordenamento jurídico, de uma forma geral, vem sofrendo intensas e diversas alterações em decorrência da necessidade de se adequar, cada vez mais, com a realidade vivenciada a época. Não obstante, apesar dos inúmeros esforços em prol de um ordenamento jurídico completo, é plenamente possível o surgimento de algumas contradições, assim como a necessidade em debatê-las.

Tal situação não poderia ser diferente do que ocorreu após o advento da Lei 12.403/2011. A referida lei trouxe algumas inovações de grande relevância para o âmbito processual penal, mas, também, um paradoxo que merece destaque: a aplicação da liberdade provisória para crimes afiançáveis e inafiançáveis.

Analisando todas as etapas, desde o momento da prisão até o momento de possível aplicação do instituto da liberdade provisória, é possível observar que o problema não se encontra no procedimento, mas na relação entre as espécies de liberdade provisória e a natureza dos crimes. Tal assertiva deriva do fato de que, ao observar o ordenamento jurídico, é perceptível que para crimes considerados mais gravosos a concessão da liberdade provisória se dará de forma “gratuita” ante a impossibilidade de se exigir a fiança, vez que, na maior parte, esses crimes são tidos como inafiançáveis. Da mesma forma, para aqueles crimes de menor gravidade, exige-se o pagamento de fiança.

Importa destacar que, apesar de haver uma presunção sobre a real intenção do legislador ao estabelecer certos crimes como inafiançáveis, não se deve interpretar nada além dos limites impostos pela lei e pelos princípios que o norteiam. Sendo assim, inafiançabilidade não pode ser entendida como sinônimo de impossibilidade de concessão de liberdade, uma vez que tratam-se de coisas distintas. Estabelecidas essas ideias, constata-se que são necessárias reformas no âmbito normativo com o intuito de dizimar as contradições que existem na aplicação das espécies de liberdade provisória.

Entende-se que, apesar de não ser a única possibilidade, vez que surgem a cada dia que passa novas possibilidades de resolução para esse impasse, a melhor forma de resolver o paradoxo seria tornar todos os crimes afiançáveis. Com isso, além da redução, ou até mesmo da extinção, desse paradoxo, o cometimento de um crime inafiançável não mais figuraria como vantagem no momento da concessão da liberdade provisória.

Sendo assim, defende-se a ideia de estabelecer a fiança para todos os crimes, independentemente da natureza deles, vez que, atualmente, tal alternativa é tida como a melhor opção para suprimir esse paradoxo. Ressalta-se, no entanto, que, em casos de comprovada hipossuficiência econômico-financeira, deve-se manter a liberdade provisória sem fiança, assim como nos casos em que houver a presença de excludentes de ilicitude.

Diante do exposto, entende-se que há uma necessidade cada vez maior do legislador ao analisar de forma mais detalhada e minuciosa aquilo que já se encontra previsto no ordenamento, de forma que as inovações a serem acrescentadas sejam capazes de aprimorar o que já se encontra estabelecido e não gerar contradições, como vem ocorrendo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Juliana Jobim do. A Lei 12.403/2011: novos e velhos problemas. **Revista Jurídica**, ano 59, n. 404, p. 77-94, jun. 2011.

ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. Aspectos do discurso jurídico-penal (material e formal) e sua ilegitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 29, nº 118, p. 283-304, abr./jun. 1993.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015,

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 08 ago. 2017.

GOMES, Luiz Flavio. Da prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In:_____; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e medidas cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 22-95.

LIMA, MARCELLUS POLASTRI. Algumas considerações sobre o flagrante delito e a liberdade provisória sem fiança, na forma da Lei 12.403/2011. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: n. 44, p. 98, abri./jun. 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **O regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. Lei nº 12.403/2011: o artigo 310 do CPP e a inafiançabilidade na visão do STF. **Revista Jurídica**, ano 59, n. 406, p. 69-75, ago. 2011.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade: comentários à lei 12.403/2011**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.