

**PRISÃO EM FLAGRANTE À LUZ DA LEI 12.403/11:  
MEDIDAS POSTERIORES A PRISÃO EM FLAGRANTE.<sup>1</sup>**

Marcelo César Moraes Fascini<sup>2</sup>

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PRISÃO EM FLAGRANTE; 2.1 SUJEITOS DO FLAGRANTE; 2.2 ESPÉCIES DE FLAGRANTE; 3 DAS MEDIDAS POSTERIORES A PRISÃO EM FLAGRANTE; 3.1 PRISÃO PREVENTIVA; 3.2 RELAXAMENTO DA PRISÃO; 3.3 LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA; 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

**RESUMO:** O estudo da razão da prisão em flagrante é pertinente no atual contexto de violência vivido pela sociedade, que estimulada pela mídia, busca soluções repressivas que tendem a suprir direitos e garantias fundamentais. A crise da atual política criminal decorre da violência estatal e estrutural que descontextualiza os conflitos sociais, transformando-os em conflitos individuais, através de desvios de conduta, previamente criminalizados. A Constituição Federal, apesar de ter formalmente garantido os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade, não se instrumentalizou com os meios essenciais à sua efetivação, sendo desconstituída pelo processo econômico da exclusão. O processo penal é um instrumento de defesa social. Por essa razão, a grande dificuldade em incorporar substancialmente normas, princípios e garantias individuais. Assim, a ponderação entre o bem comum e os direitos individuais fundamentais em cada caso, é fundamental para que se possa cogitar da solução, sem malferir direitos constitucionais estabelecidos. Ante o exposto, a importância do trabalho resume-se em demonstrar a conciliação entre o interesse social repressivo e as novas perspectivas sociais e políticas, através de uma análise minuciosa a respeito dos requisitos e pressupostos autorizadores da prisão em flagrante delito, bem como das medidas posteriores a esta prisão, em consonância com a Lei 12.403/11.

**PALAVRAS-CHAVES:** PRISÃO EM FLAGRANTE; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

**ABSTRACT:** The arrest of the reason for study in the act is relevant in the present context of violence experienced by society, stimulated by the media, repressive search solutions that tend to meet fundamental rights and guarantees. The current criminal political crisis stems from the state and structural violence that decontextualizes social conflicts, turning them in individual conflicts through misconduct, previously criminalized. The Federal Constitution, despite having formally guaranteed the fundamental right to freedom and equality, not instrumentalized with the essential means at its effectiveness, being discontented the

---

<sup>1</sup> Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo do Prof. Esp. Stella Maris Guergolet de Moura.

<sup>2</sup> Acadêmico ou Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2010. Email para contato marcelofascini@hotmail.com.

economic exclusion process. The criminal process is an instrument of social defense. For this reason, the great difficulty in substantially incorporate norms, principles and individual guarantees. Thus, the balance between the common good and the fundamental rights of individuals in each case, it is essential so that one can think of the solution without established constitutional rights. Based on the foregoing, the importance of work boils down to show the reconciliation of social interest repressive and new social and political perspectives, through a thorough analysis about the authorizers requirements and assumptions of arrest in flagrante delicto in line with the principles constitutional.

**KEY-WORDS:** PRISON IN GROSS; CONSTITUTIONAL PRINCIPLES; GUARANTEES.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à liberdade individual é um dos direitos fundamentais do homem, que de tamanha importância, tem assegurado este direito no texto da Constituição Federal. Embora assegurado o direito à liberdade individual, seu exercício não pode se dar de forma irrestrita devendo prevalecer o interesse da coletividade.

Diante da supremacia do interesse público, entende o legislador que em determinadas hipóteses previstas em lei, poderia o poder público, restringir o direito a liberdade individual, com a finalidade de atingir o bem comum.

Com o intuito de proteger o interesse social e coletivo é que além da hipótese de prisão decretada em decorrência de sentença penal condenatória, foram inseridas na Constituição federal diversas modalidades de prisão de cunho cautelar.

Mesmo admitindo a restrição à liberdade individual, a Constituição Federal procurou resguardar os institutos de todo excesso do poder público, trazendo uma série de princípios expostos no artigo 5º, XLIX, LIV, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXI, LXVI e LXVIII. Criando uma série de mecanismos para que o poder público atue dentro de um regramento específico, impedindo qualquer excesso deste.

É, portanto, nesse campo de confronto entre os direitos e garantias individuais, consagrados em nosso ordenamento jurídico e as medidas restritivas ao direito da liberdade individual, entre elas a prisão em flagrante, que destacamos o controle judicial de mencionada custódia cautelar dentre as medidas inseridas como garantia fundamental. Como propósito central deste trabalho.

## 2 PRISÃO EM FLAGRANTE

A expressão flagrante encontra sua origem no verbo latim *flagare*<sup>3</sup>, significando aquilo que arde, queima, resplandece.

Na lição de Vicente Greco Filho, “o *flagrante* é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação a prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial.”<sup>4</sup>

A prisão em flagrante é a única exceção, prevista pela Constituição Federal (art. 5º, LXI), de que qualquer prisão realizar-se-á por ordem escrita, sendo permitida, portanto, para fazer cessar a prática delituosa e a perturbação da ordem jurídica, com o escopo de resguardar a prova da materialidade do fato e respectiva autoria, funcionando como um mecanismo de defesa da coletividade.

De maneira quase completa, Hélio Tornaghi cita como fundamentos da prisão em flagrante, a exemplaridade (serve de advertência aos maus); a satisfação (restitui a tranquilidade aos bons); o prestígio (restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade); frustrar o resultado (evitar a consumação do crime ou, pelo menos, o seu exaurimento); e proteger o preso contra a exasperação do povo.<sup>5</sup>

Fernando da Costa Tourinho Filho, complementa a idéia afirmando que a prisão em flagrante justifica-se a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fática, colhendo sem tardança a prova da infração, seja a parte *objecti*, seja a parte *subjecti*.<sup>6</sup>

O legislador constituinte de 1988 consagrou o status constitucional da prisão cautelar ao manter a possibilidade da sua existência, impondo, entretanto, limites a esta mesma prisão processual, na medida em que aplicá-la de forma indiscriminada poderá violar direitos e princípios constitucionais de alta relevância. A constitucionalização do processo penal permitiu a inserção das garantias individuais consubstanciando a efetiva proteção da liberdade em contraponto com a necessidade custódia acautelatória.

---

<sup>3</sup> BRASIL, Dicionário Virtual. Disponível em: <http://www.origemdapalavra.com.br>. Acesso em 01 set. 2015.

<sup>4</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p.266.

<sup>5</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.50.

<sup>6</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 28.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. volume III. P.438.

Referidos dispositivos constitucionais surgiram como elementos complicadores, instalando uma possível incompatibilidade entre os institutos da custódia provisória, ou prisão antecipada dos acusados, e os princípios regedores da prisão.

Dessa forma, se fez necessária a realização de um estudo aprofundado do tema com o escopo de demonstrar que as prisões cautelares devem ser decretadas apenas quando tal medida se mostrar estritamente necessária e em caráter excepcional. As prisões provisórias não devem ser utilizadas indiscriminadamente, como instrumentos de punição e controle da sociedade pelo Estado. Aliás, essa é uma decorrência do princípio liberal de inocência, que impede seja dispensado ao réu ou indiciado, o mesmo tratamento que se dispensa aos condenados, impondo-lhes prisões provisórias com caráter punitivo.

Para tanto, elaboramos, num primeiro plano deste trabalho, as noções preliminares das enunciações normativas de valor genérico a nível constitucional que condicionam, orientam e norteiam o instituto da prisão em flagrante delito.

No campo destinado a prisão em flagrante, que constitui a única exceção prevista pela Constituição Federal, de que qualquer prisão será realizada por ordem escrita, a pesquisa foi centrada em suas espécies, já que a legislação processual penal prevê três situações de flagrância (flagrante próprio, impróprio e o flagrante ficto); formalidades, que devem ser seguidas, pois fundamentais para garantir ao cidadão o contraditório e a ampla defesa; além de outros aspectos de suma importância para a exploração do tema.

No desenvolvimento da pesquisa incursionou-se por correntes doutrinárias que hodiernamente se apresentam cada vez mais restritivas à solução de aprisionamento em massa, não deixando de procurar observar o Direito Penal e Processual sistematizados, além da Constituição Federal.

## 2.1 SUJEITOS DO FLAGRANTE

A lei conferiu a possibilidade de qualquer do povo (inclusive a própria vítima) prender aquele que for encontrado em flagrante delito, agindo sob a excludente de ilicitude denominada exercício regular de direito, em consonância com o art. 23, inciso III, do Código Penal.

Dessa forma, é necessário que seja denominado os elementos que em determinado fato, seja identificado através de suas condutas, sendo posteriormente tratados de acordo com suas igualdades ou desigualdades.

- 1) Sujeito ativo é aquele que efetua a prisão<sup>7</sup>, pode ser qualquer pessoa, integrante ou não da força policial. O condutor é a pessoa que apresenta o suposto preso à autoridade policial que presidirá a lavratura do auto, nem sempre correspondendo àquele que efetuou a prisão.
- 2) Sujeito passivo é aquele detido em situação de flagrância<sup>8</sup>. Em regra, pode ser qualquer pessoa.

Entretanto, existem algumas exceções a serem consideradas, entre elas estão:

- a) O Presidente da República que somente poderá ser preso com o advento de sentença condenatória transitada em julgado;
- b) os diplomatas estrangeiros podem desfrutar da possibilidade de não ser presos em flagrante, a depender dos tratados e convenções internacionais;
- c) os membros do Congresso Nacional só podem ser presos em flagrante por crime inafiançável. Atenção para a interpretação dada pelo STF no informativo n.135 que entende que há perda da imunidade parlamentar para congressista que se afasta para exercer cargo no Poder Executivo;
- d) os magistrados somente poderão ser presos em flagrante por crime inafiançável, devendo a autoridade fazer a imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do respectivo Tribunal;
- e) os membros do MP só poderão ser presos em flagrante por crime inafiançável, devendo a autoridade fazer em 24 horas a comunicação e apresentação do membro do MP ao respectivo Procurador-Geral;
- f) os advogados somente poderão ser presos em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, sendo necessária a presença de representante da OAB, nas hipóteses de flagrante em razão do exercício profissional, para a lavratura do auto, sob pena de nulidade;
- g) os adolescentes não serão privados de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 106, Lei nº 8.069/1990); o motorista que presta pronto e integral

---

<sup>7</sup> CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 255.

<sup>8</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 403.

socorro à vítima de acidente de trânsito não será preso em flagrante, nem lhe será exigida fiança.

Autoridade competente em regra, a autoridade policial da circunscrição onde foi efetuada a prisão é a que possui atribuição para presidir a lavratura do auto.

## 2.2 ESPÉCIES DE FLAGRANTE

A prisão em flagrante delito conceituada no contexto acima, deixa claro o momento de flagrância de um delito. Entretanto, para que o sujeito ativo do delito não passe despercebido em determinadas situações, houve a necessidade do doutrinador, considerando as diversas formas práticas de se cometer um delito, identifica-las para que o flagrante delito tenha uma abrangência maior, tornando sua eficácia plena. Dessa forma, vejamos as espécies de flagrante:

- a) Flagrante próprio (também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro): é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (CPP, art. 302, I e II). Nesta última hipótese, devemos interpretar a expressão “acaba de cometê-la” de forma restritiva, no sentido de um absoluto imediato, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem qualquer intervalo de tempo).<sup>9</sup>
- b) Flagrante impróprio (também chamado de irreal ou quase flagrante): ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração (CPP, art. 302, III). No caso do flagrante impróprio, a expressão “logo após” não tem o mesmo rigor do inciso precedente (“acaba de cometê-la”). Admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição. Assim, “logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor. Não tem qualquer fundamento a regra popular de que é de vinte e quatro horas o prazo entre a hora do crime e a prisão em flagrante, pois, no caso

---

<sup>9</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

do flagrante impróprio, a perseguição pode levar até dias, desde que ininterrupta.<sup>10</sup>

- c) **Flagrante presumido (ficto ou assimilado):** o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (CPP, art. 302, IV). Não é necessário que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito em situação suspeita. Essa espécie de flagrante usa a expressão “logo depois”, ao invés de “logo após” (somente empregada no flagrante impróprio). Embora ambas as expressões tenham o mesmo significado, a doutrina tem entendido que o “logo depois”, do flagrante presumido, comporta um lapso temporal maior do que o “logo após”, do flagrante impróprio. Nesse sentido, Magalhães Noronha: “Embora as ex-316 pressões dos incisos III e IV sejam sinônimas, cremos que a situação de fato admite um elastério maior ao juiz na apreciação do último, pois não se trata de fuga e perseguição, mas de crime e encontro, sendo a conexão temporal daquelas muito mais estreita ou íntima”. Temos assim que a expressão “acaba de cometê-la”, empregada no flagrante próprio, significa imediatamente após o cometimento do crime; “logo após”, no flagrante impróprio, compreende um lapso temporal maior; e, finalmente, o “logo depois”, do flagrante presumido, engloba um espaço de tempo maior ainda.<sup>11</sup>
- d) **Flagrante compulsório ou obrigatório:** chama-se compulsório porque o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante, não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la. Ocorre em qualquer das hipóteses previstas no art. 302 (flagrante próprio, impróprio e presumido), e diz respeito à autoridade policial e seus agentes, que têm o dever de efetuar a prisão em flagrante. Está previsto no art. 301, segunda parte, do Código de Processo Penal: “... as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.<sup>12</sup>
- e) **Flagrante facultativo:** consiste na faculdade de efetuar ou não o flagrante, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Abrange todas as espécies de flagrante, previstas no art. 302, e se refere às pessoas comuns do

---

<sup>10</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 252.

<sup>12</sup> CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 252.

povo. Está previsto no art. 301, primeira parte, do Código de Processo Penal: “Qualquer do povo poderá... prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.<sup>13</sup>

- f) Flagrante preparado ou provocado (também chamado de delito de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador): na definição de Damásio de Jesus, “ocorre crime putativo por obra do agente provocador quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consuma”. Trata-se de modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado. Assim, podemos dizer que existe flagrante preparado ou provocado quando o agente, policial ou terceiro, conhecido como provocador, induz o autor à prática do crime, viciando a sua vontade, e, logo em seguida, o prende em flagrante. Neste caso, em face da ausência de vontade livre e espontânea do infrator e da ocorrência de crime impossível, a conduta é considerada atípica. Esta é a posição pacífica do STF, consubstanciada na Súmula 145: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Também nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo: “somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas um protagonista inconsciente de uma comédia. O elemento subjetivo do crime existe, é certo, em toda a sua plenitude, mas, sob o aspecto objetivo, não há violação da lei penal, senão uma insciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada pelo agente, da exterioridade de um crime”. “Se o agente policial induz ou instiga o acusado a fornecer-lhe a droga que no momento não a possuía, porém saindo do local e retornando minutos depois com certa quantidade de entorpecente pedido pelo policial que, no ato da entrega lhe dá voz de prisão, cumpre reconhecer a ocorrência de flagrante preparado”.<sup>14</sup>
- g) Flagrante esperado: nesse caso, a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer

---

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 253.

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 253.



atitude de induzimento ou instigação. Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível. O agente comete crime e, portanto, poderá ser efetuada a prisão em flagrante. Esta é a posição do STJ: “Não há flagrante preparado quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se de investigação anterior, para efetivar a prisão, sem utilização de agente provocador”.<sup>15</sup>

- h) Flagrante prorrogado ou retardado: está previsto no art. 2º, II, da Lei n. 9.034/95, chamada de Lei do Crime Organizado, e “consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”. Neste caso, portanto, o agente policial detém discricionariedade para deixar de efetuar a prisão em flagrante no momento em que presencia a prática da infração penal, podendo aguardar um momento mais importante do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de prova. Como lembra Luiz Flávio Gomes, somente é possível esta espécie de flagrante diante da ocorrência de crime organizado, ou seja, somente “em ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculada. Dito de outra maneira: exclusivamente no crime organizado é possível tal estratégia interventiva. Fora da 318 organização criminosa é impossível tal medida”. Difere-se do esperado, pois, neste, o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante no primeiro momento em que ocorrer o delito, não podendo escolher um momento posterior que considerar mais adequado, enquanto no prorrogado, o agente policial tem a discricionariedade quanto ao momento da prisão. Convém mencionar que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, é também possível o flagrante prorrogado ou retardado em relação aos crimes previstos na nova Lei de Drogas, em qualquer fase da persecução penal, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público (art. 53 da lei). Assim, é possível “a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que não se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e

---

<sup>15</sup> CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 253.

distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 53, II). A autorização será concedida “desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores” (cf. art. 53, parágrafo único).<sup>16</sup>

- i) Flagrante forjado (também chamado de fabricado, maquinado ou urdido): nesta espécie, os policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, colocando, por exemplo, no interior de um veículo substância entorpecente. Neste caso, além de, obviamente, não existir crime, responderá o policial ou terceiro por crime de abuso de autoridade.<sup>17</sup>

### 3 DAS MEDIDAS APÓS A PRISÃO EM FLAGRANTE

#### 3.1 PRISÃO PREVENTIVA

No sistema original do Código de Processo Penal de 1941, a prisão cautelar podia decorrer do flagrante, da decretação da prisão preventiva, da decisão de pronúncia ou da sentença condenatória recorrível<sup>18</sup>. A prisão preventiva, decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, era obrigatória nos crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos, desde que houvesse prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria<sup>19</sup>.

No âmbito internacional, a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não é a regra geral. Esta assertiva foi definida pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 9º, item 3, ratificado pelo Brasil. Seguindo a mesma tendência, o modelo constitucional de processo penal do Brasil reveste-se de caráter estritamente cautelar, com destaque para o princípio da presunção da inocência<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 253.

<sup>17</sup> CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 253.

<sup>18</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **A lei penal, o projeto do novo CPP e a realidade brasileira**. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região, Brasília, v.22, n. 8, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34794>. Acesso em: 23 nov. 2015.

<sup>19</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33.

<sup>20</sup> LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Prisões e medidas liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011, p 118.

Atualmente, a prisão preventiva é a mais incisiva dentre as medidas cautelares, tem caráter residual e só pode ser aplicada diante *do fumus comissi delicti e do periculum libertatis*. A situação deve ser grave e é urgente por natureza, de modo que não comporta postergação e contraditório prévio<sup>21</sup>.

O *fumus boni iuris* diz respeito à plausibilidade da alegação, indicando a aparência do direito invocado. No processo penal, não é propriamente a aparência de um direito que se analisa, mas sim a probabilidade ou verossimilhança da prática de um delito por parte do investigado ou réu<sup>22</sup>.

No período humanitário da ciência penal, Beccaria propôs que a prisão preventiva somente se justificaria diante da existência do crime e de sua autoria. Este é o pressuposto do *fumus comissi delicti*. Também chamado de *stricto sensu*, ela se verifica a partir da constatação, no conjunto probatório do caso concreto, da prova de existência do crime e indícios de autoria<sup>23</sup>.

Uma das condições fundamentais para qualquer medida cautelar é o *periculum in mora*. Deve se demonstrar que a medida pleiteada é urgente e necessária para evitar um perigo a algum bem jurídico relevante para o processo ou para a sociedade<sup>24</sup>.

No processo penal a expressão é comumente substituída por *periculum libertatis*. Ele mostra a necessidade da medida, em contraposição ao perigo que a liberdade do acusado pode trazer ao processo. Assim, sempre que se defrontar com uma medida cautelar, será imprescindível questionar se há efetiva necessidade de sua decretação para a proteção de determinados bens jurídicos<sup>25</sup>.

A prisão preventiva exige a demonstração de pressupostos legais, de atendimento a requisitos para sua decretação e, principalmente, a incidência de uma, ou mais, circunstância autorizadora. Este estudo tratará de forma breve de cada uma destas exigências.

O art. 312 do CPP com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.403/11, não sofreu modificação, pois apenas lhe foi acrescido um parágrafo

---

<sup>21</sup> TAVARES, Leonardo Ribas. **Prisão preventiva ontem e hoje: paradigma e diretrizes pela lei n. 12.403/11**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2011, p. 133.

<sup>22</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 24-25.

<sup>23</sup> LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Prisões e medidas liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 68-69.

<sup>24</sup> GARCETE, Carlos Alberto. **Breves impressões acerca da nova Lei. 12.403: lei das novas medidas cautelares penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 nov.2015.

<sup>25</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 32.

único. Desta forma, os requisitos indispensáveis para o decreto de prisão preventiva continuam os mesmos. Segundo a doutrina tradicional, a prisão preventiva pode ser analisada por seus pressupostos, fundamentos e circunstâncias. Na parte final do art. 312 encontram-se os requisitos ou pressupostos.

Em relação à materialidade é necessário que exista a comprovação da ocorrência de um delito, seja por meio do exame de corpo de delito ou por meio de outras provas. Neste ponto, o legislador se afastou do regime normal das medidas cautelares – em geral, de cognição não exauriente – pois exige certeza quanto à caracterização do *fumus boni iuris*.<sup>26</sup>

Além dos requisitos, há os fundamentos da prisão preventiva definidas no art. 312 do CPP:<sup>27</sup>

Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Cabe ao juiz, em cada caso, analisar os fatos e verificar se há provas capazes de confirmar um dos fundamentos, não bastando a mera presunção, devendo a decisão ser fundamentada, haja vista que se a Constituição proclama a presunção de inocência do réu ainda não definitivamente condenado.

Além disto, à luz do modelo de processo penal constitucional, a primeira observação é a necessidade de fundamentação, a qual deverá estar presente em qualquer decreto prisional, de acordo com o entendimento do STF<sup>28</sup>:

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – PRISÃO EM FLAGRANTE – DENEGAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO DO ATO QUE MANTÉM A PRISÃO EM FLAGRANTE - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – SIGNIFICADO E

<sup>26</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A prisão preventiva e o Princípio da Proporcionalidade: Proposta de Mudança Legislativa**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103. 2008, p.27.

<sup>27</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decretolei/Del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94157. Relator: min. CELSO DE MELLO. Publicado no DOU 25.03.2011.

ALCANCE DO ART. 310, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP - PEDIDO DEFERIDO, COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AO CO-RÉU. – A prisão cautelar – qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) – somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do “status libertatis” do indiciado ou do réu. Precedentes. - Aquele que foi preso em flagrante, embora formalmente perfeito o auto respectivo (CPP, arts. 304 a 306) e não obstante tecnicamente caracterizada a situação de flagrância (CPP, art. 302), tem, mesmo assim, direito subjetivo à obtenção da liberdade provisória (CPP, art. 310, parágrafo único), desde que não se registre, quanto a ele, qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, a significar que a prisão em flagrante somente deverá subsistir se se demonstrar que aquele que a sofreu deve permanecer sob a custódia cautelar do Estado, em razão de se verificarem, quanto a ele, os requisitos objetivos e subjetivos justificadores da prisão preventiva. Doutrina. Jurisprudência. - Constitui situação de injusto constrangimento ao “status libertatis” do indiciado ou do réu a decisão judicial que, sem indicar fatos concretos que demonstrem, objetivamente, a imprescindibilidade da manutenção da prisão em flagrante, denega, ao paciente, a liberdade provisória que lhe assegura o parágrafo único do art. 310 do CPP. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

A garantia da ordem pública é a expressão mais ampla e aberta de todos os fundamentos da prisão preventiva e, justamente por isto, a que traz mais divergências e, muitas vezes, abusos<sup>29</sup>. Ordem pública significa segurança e tranquilidade da sociedade, ou, paz social e convivência harmoniosa. A prisão preventiva do acusado é decretada para a garantia da ordem pública quando houver o risco de que a tranquilidade social será ameaçada pela prática de novos delitos<sup>30</sup>.

O risco de reiteração criminosa pelo agente é o fator que justifica a prisão com base na ordem pública. Este fundamento tem como pressuposto principal evitar que o acusado em liberdade continue a praticar novos crimes ou incentivar que outros o cometam. A finalidade é prevenir a prática de delitos, acautelando o meio social, conferindo ao cidadão, dentro do possível, maior tranquilidade quanto à possibilidade de ser vítima de crimes<sup>31</sup>.

A provável continuidade da prática delitiva justifica a prisão preventiva do acusado, em razão da garantia da ordem pública, quando se demonstre concretamente a elevada probabilidade de reiteração delitiva. A previsibilidade da prática de novos delitos dependerá das circunstâncias factuais e de elementos indiretos, pois dificilmente se obterá do próprio agente tal declaração.

A cognição sobre o *periculum in mora* deve ser feita com base em um juízo de probabilidade da ocorrência de um dano, pois seria praticamente impossível se chegar à certeza de um perigo de dano<sup>32</sup>.

A sistemática implantada pela Lei 12.403/11 prevê duas formas de prisão preventiva. A primeira é possível de ser aplicada independentemente de qualquer outra medida cautelar anterior – preventiva originária ou autônoma. Além desta, há a prisão preventiva substitutiva cuja função é substituir alguma medida anterior à prisão anteriormente aplicada, em caso de descumprimento, pelo investigado ou pelo acusado, de qualquer das obrigações impostas<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **A lei penal, o projeto do novo CPP e a realidade brasileira**. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região, Brasília, v. 22, n. 8, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34794>. Acesso em: 16 ago. 2015.

<sup>30</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 37.

<sup>31</sup> SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 191.

<sup>32</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 37.

<sup>33</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccovoc/decretolei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 09 ago. 2015.

As condições de admissibilidade discutidas nesta seção deste estudo explicam em quais circunstâncias e crimes é possível a decretação da prisão preventiva autônoma, conforme o art. 313 do CPP<sup>34</sup>.

Crime Doloso com Pena Máxima superior a quatro anos, a primeira e mais importante condição de admissibilidade por ser a regra geral está prevista no inciso I do art. 313 do CPP. Ela afirma que é cabível a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos<sup>35</sup>.

É importante perceber que com tal enunciado se afasta o cabimento de prisão preventiva em caso de contravenções, pois a lei faz expressa menção ao crime, excluindo-as por consequência. Também não é possível a decretação da prisão preventiva na hipótese dos crimes culposos<sup>36</sup>.

Isto se aplica porque nos crimes culposos não há limite de pena para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Além disto, a pena máxima para o delito deve ser superior a quatro anos<sup>37</sup>.

A perspectiva do legislador é de que, se nestas hipóteses não ocorre a aplicação da pena privativa de liberdade ao final do processo, a prisão preventiva se mostra desproporcional<sup>38</sup>.

Reincidência em Crime Doloso A segunda condição de admissibilidade é sem dúvida a mais questionada pela maior dos doutrinadores. O principal motivo é o fato de ser em desconformidade com a jurisprudência que sempre negou a aplicação do disposto no art. 594 do Código de Processo Penal, o qual permitia o réu incidente de apelar em liberdade:<sup>39</sup>

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória ou condenado por crime de que se livre solto. (Revogado pela Lei 11.719 de 2008):

---

<sup>34</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 233.

<sup>35</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em: 09 set. 2015.

<sup>36</sup> NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 66.

<sup>37</sup> SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 195.

<sup>38</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 238.

<sup>39</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em: 09 set. 2015.

Além disto, esta condição atenta contra o princípio de interpretação da lei segundo o espírito do legislador que expressamente revogou o art. 393 e o inc. I do CPC que previa<sup>40</sup>:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I- ser o réu preso ou conservado em prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

Segundo Silva, tal normativo está contaminado de vício de inconstitucionalidade na medida em que fere o disposto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal e, portanto não deve ser aplicado<sup>41</sup>. O Desembargador Aramis Nassif completa que a pena é um mal necessário e a reincidência não. Sem função teleológica e sem aplicação a agravante, nada a justificaria e, portanto, o inciso ficaria sem efeito<sup>42</sup>.

Violência Doméstica o inciso III do art. 313 afirma que será cabível a prisão preventiva 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. Este inciso excepciona a regra geral, permitindo a decretação da prisão preventiva mesmo que a infração possua pena máxima igual ou inferior a quatro anos<sup>43</sup>.

A Lei 11.340/2006 incluiu o inciso IV na antiga redação do art. 313 do CPP como passou a prever em seu art. 20, a decretação da prisão preventiva nessa hipótese, com o intuito de assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência indicadas no art. 22<sup>44</sup>:

Art. 22 - Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato

<sup>40</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em: 09 set. 2015.

<sup>41</sup> SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 195.

<sup>42</sup> NASSIF, Aramis. **A reincidência: necessidade de novo paradigma**. Revista Ibero-americana de Ciências Penais. Porto Alegre: ano 2, nº. 4, p.21.

<sup>43</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 246.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei 11.340/06**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)> Acesso em: 19 set. 2015.



com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

A nova redação do art. 313 do CPP, inciso III afirmou que o mesmo vale para situações envolvendo criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, desde que o delito tenha sido cometido no âmbito de violência doméstica e familiar.

Nesse sentido, há que se fazer uma interpretação conforme a CF/88, relativamente ao inciso III do art. 313 do CPP para fixar como uma única interpretação possível, a que exige a combinação do inciso III com o inciso I<sup>45</sup>.

Dúvida sobre identidade civil Outra exceção ao inciso I está no parágrafo único do art. 313, quando afirma que “também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente após a identificação”.

Como a Lei não faz distinção, a prisão preventiva neste caso é cabível tanto no caso do crime doloso quanto culposo. No entanto, a decretação da prisão preventiva no caso de crime culposo deve ser muito excepcional, pois será aplicada pena restritiva de direito ao final do processo<sup>46</sup>.

Inegavelmente esta modalidade de prisão em muito se aproxima da prisão para averiguação. A Lei 7.960/89, em seu art. 1º, inc. II, já previa a possibilidade de prender alguém para esclarecimento da identidade. No entanto, a doutrina tinha fundamentado a matéria exigindo a combinação deste inciso com o inciso III que trazia um rol taxativo de crimes passíveis de prisão temporária<sup>47</sup>.

Nesta circunstância a prisão deve perdurar somente até o momento em que houver a identificação do acusado, e quando isto ocorrer, o agente deverá ser colocado imediatamente em liberdade, ressalvada a hipótese em que permanecerem presentes os motivos para a decretação da prisão preventiva<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 73.

<sup>46</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 250.

<sup>47</sup> NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 66.

<sup>48</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 246.

### 3.2 RELAXAMENTO DA PRISÃO

Primeiramente, cumpre esclarecer que o relaxamento da prisão em flagrante pode ser efetuada pelo magistrado, bem como pela autoridade policial.

De acordo com o disposto no *caput* do art. 304 do CPP, cabe à autoridade policial ouvir o condutor, as testemunhas que o acompanharem e, finalmente, interrogar o preso. Se todo o apurado obtiver, na linguagem do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, fundada suspeita contra o conduzido, ou seja, se os fatos narrados constituírem infração penal, constando elementos que indiquem que o conduzido provavelmente é o seu autor, e se a situação em que o conduzido foi encontrado configurar uma das hipóteses de flagrante admitidas na legislação, deverá a autoridade policial determinar seu recolhimento à prisão.

Caso contrário, se das respostas do condutor e das testemunhas não resultar fundada suspeita contra o conduzido, interpretando-se *a contrario sensu* o art.304, § 1º, do CPP, a autoridade policial não poderá recolhê-lo à prisão, devendo determinar sua imediata soltura, sem prejuízo da instauração de inquérito policial ou lavratura de simples boletim de ocorrência<sup>49</sup>.

Tem-se aí, para parte da doutrina, a possibilidade de relaxamento da prisão em flagrante pela própria autoridade policial (auto de prisão em flagrante negativo)<sup>50</sup>. Assim, o Delegado de Polícia pode e deve relaxar a prisão em flagrante, com fulcro no art. 304, § 1º, interpretado *a contrario sensu*, correspondente ao primeiro contraste de legalidade obrigatório quando não estiverem presente algumas condições somente passíveis de verificação ao final da formalização do auto, como, por exemplo, o convencimento, pela prova testemunhal colhida, de que o preso não é o autor do delito.<sup>51</sup>

Não se trata propriamente de relaxamento da prisão em flagrante. A uma porque, como ato complexo que é, a prisão em flagrante somente estará aperfeiçoada após a captura, condução coercitiva, lavratura do auto e recolhimento à prisão, sendo inviável falar-se em relaxamento da prisão em flagrante se todas essas fases ainda não foram cumpridas. Ademais, a própria Constituição Federal, ao se referir ao relaxamento da prisão ilegal, deixa claro que somente a autoridade

---

<sup>49</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2013, p. 888.

<sup>50</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit.*, p. 888.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 888.

judiciária tem competência para fazê-lo (CF, art.5, LXV). Enxergamos, pois, no art. 304, § 1º, do CPP, não uma hipótese de relaxamento da prisão em flagrante, mas sim situação em que a autoridade competente deixa de ratificar a voz de prisão em flagrante dada pelo condutor por entender que não há fundada suspeita contra o conduzido.

Por outro lado, o relaxamento da prisão em flagrante ilegal analisada aos olhos da autoridade judiciária.<sup>52</sup>

O primeiro passo do magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante delito, diz respeito à análise da legalidade da medida constritiva. Essa análise passa pela verificação da regularidade da prisão em flagrante, seja pela presença dos requisitos materiais, seja pela presença dos requisitos formais, a saber: a) se o auto de prisão em flagrante noticia a prática da infração penal; b) se o agente capturado estava em uma das situações legais que autoriza o flagrante, elencadas no art.302 do CPP; c) se foram observadas as formalidades estabelecidas pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal, realizando-se um exame *ad solemnitatem* do auto, ou seja, analisando-se se está formalmente em ordem, sem vícios formais. Assim, verificada a ilegalidade da prisão em flagrante, deve o magistrado determinar seu relaxamento<sup>53</sup>.

Verificando o magistrado a presença de ordem ou execução de medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder, também deve encaminhar ao órgão do Ministério Público as peças comprobatórias da ilegalidade, a fim de promover a responsabilização criminal do funcionário, nos termos do art. 4º, “a”, e “c”, da Lei nº4.898/65. Além disso, vale lembrar que também configura abuso de autoridade deixar o juiz de ordenar o relaxamento da prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada (Lei nº4.898/65, art. 4º “d”).

O relaxamento da prisão em flagrante não impede, entretanto, a decretação da prisão preventiva e/ou temporária, nem tampouco a decretação das medidas cautelares diversas da prisão, desde que presentes seus requisitos legais. Não se pode confundir o juízo de legalidade da prisão em flagrante com o juízo de necessidade das medidas cautelares. O que não se pode admitir, todavia, é o

---

<sup>52</sup> MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185.

<sup>53</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit.*, p. 891.

relaxamento da prisão em flagrante, porque ilegal, e a subsequente e automática decretação de eventual prisão preventiva. Esta modalidade de prisão cautelar somente se afigura possível quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e indícios de autoria, e o *periculum libertatis* – garantia da ordem pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal –, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão listadas no art. 319 do CPP.<sup>54</sup>

Por fim, convém destacar que eventual vício no momento da prisão em flagrante só tem o condão de repercutir na legalidade da medida restritiva, não gerando nulidade do processo penal subsequente, nem tampouco servido como óbice à formação da opinio delicti, ressalvada, logicamente, a hipótese de provas obtidas por meios ilícitos por ocasião da referida prisão.<sup>55</sup>

### 3.3 LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA

Liberdade, direito de todo indivíduo, regra dentro do estado democrático de direito, que pode ser limitada como todo direito dependendo da casuística e do respeito ao ordenamento jurídico pré-determinado vigente, com todas as demais garantias asseguradas. Leia-se dignidade da pessoa humana e devido processo legal.

Liberdade provisória é o instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar e liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas.<sup>56</sup>

Caso o acusado seja preso cautelarmente, em suma, não decorrente de condenação penal transitada em julgada, poderia se falar em também a liberdade provisória, quando o motivo ensejador da custódia não subsiste mais, ou foi tal medida de segregação tenha sido viciada.

Com a introdução das denominadas medidas cautelares que visam ser a *prima ratio* no caso de atuação do estado no intuito de inibir ou prevenir qualquer evento mais gravoso – como crimes violentos ou algo semelhante.

---

<sup>54</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit.*, p. 892.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> CAPEZ, Fernando. *op. cit.*, p. 725.

O legislador afirma categoricamente, em compasso com texto constitucional, que a medida de prisão não deve ser a primeira nem a única medida que possa o juiz tomar.

Mesmo nos casos de descumprimento de tais medidas, a prisão não é a primeira opção, devendo o juiz substituí-la, cumulá-la e, por fim, verificar-se a necessidade e adequação da medida, decretar a prisão.

O instituto da fiança no Brasil era tímido pouco usado, ante a sua falta de aplicabilidade, a lei vedava fiança nos casos em que a pena mínima fosse superior a 2 anos, bem como nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Esta situação, entretanto, foi em parte superada com as modificações introduzida pela Lei n. 12.403/2011, que ampliou consideravelmente as hipóteses de cabimento de fiança.<sup>57</sup>

Agora em decorrência da nova previsão, houve uma adequação direta aos ditames constitucionais. Veja o que dispõe o artigo 5º incisos da CF:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;  
XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;  
XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (destaques não constam do original).

De acordo com a nova redação do artigo 323 do CPP atual:

Art. 323. Não será concedida fiança:  
I - nos crimes de racismo;  
II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;  
III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Além dessas vedações expressas que apenas compatibilizaram a lei infraconstitucional com a constituição federal, é vedada a fiança nos casos em que houver quebramento da fiança e nos casos de prisão civil ou militar, pois o objeto

---

<sup>57</sup> MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215.

das mesmas não se confunde com os motivos da preventiva, e quando se confundir em algumas situações na esfera militar, está é uma justiça especializada com código próprio.

Outra inovação é que antigamente, o arbitramento da fiança ficava a cargo do delegado quando o crime em tela foi punido com detenção ou prisão simples, e ao juiz quando o crime fosse punido com reclusão. Como a nova lei tenta mitigar ou acabar com a diferença entre reclusão ou detenção, essa divisão não subsiste mais.

O novo critério é único e leva em consideração a pena máxima, quando não superior a 4 anos cumpre a autoridade policial, quando superior a esse montante mencionada fica a incumbência a cargo da autoridade judicial. Não havendo maiores dúvidas ou questionamentos quanto ao tema.

Como a intenção do legislador era dar nova musculatura à fiança, a mudança teria que se dar no montante do arbitramento, sob pena de não ser tão útil assim o trabalho do legislador.

Reproduz-se agora o que assevera o preceito legal elencado no artigo 325 do CPP (pós-mudança da lei 12.403 de 2011)<sup>58</sup>:

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

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

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

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

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

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

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

A mudança que pode isentar alguém da fiança depende da sua condição financeira ou, no mesmo sentido elevar esse valor há valores atuais que beiram dos milhões, se for o caso do acusado possuir condições financeiras para suportar tal quantia arbitrada.

Não houve a repetição da denominada liberdade provisória decorrente do réu livrar-se solto. Eis que tal previsão ao está mais prevista no Artigo

---

<sup>58</sup> MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219.

321 do CPP, motivo pelo qual tal modalidade não é mais prevista no ordenamento processual penal pátrio.

A Lei 12.403/11 teve por fim corrigir várias das distorções supramencionadas, autorizando a fiança para quase todos os delitos, exceto para os que a própria Constituição Federal veda.<sup>59</sup>

Aquela antiga previsão que o réu livrar-se-ia solto quando a infração fosse punida com uma pena de até 3 meses, salvo nos casos de vadiagem ou mendicância, não existe mais.

Quanto à liberdade provisória sem fiança, tal disposição será efetivada em entendimento decorrente da nova disposição legal, quando ausente os motivos que autorizem a decretação da prisão preventiva, a autoridade judiciária como primeira opção deverá beneficiar o acusado com a liberdade provisória.

Não sendo caso da liberdade provisória por si só, o juiz poderá determinar o cumprimento de algumas das medidas cautelares diversas da prisão.

Outra situação em que é possível a liberdade provisória sem fiança, é trazida no atual artigo 350 do CPP, quando a situação econômica do acusado assim o recomendar, o juiz poderá, neste caso dispensá-la.

#### **4 CONCLUSÃO**

As considerações finais procuram sintetizar as conclusões da pesquisa realizada, cujo aprofundamento necessário restou limitado pelas restrições metodológicas presentes em toda investigação em grau dissertativo, mantendo, porém, aberta a reflexão para futuro detalhamento, em sede própria. Neste sentido, conclui-se:

O respeito à dignidade do ser humano, à sua vida, integridade física, imagem, honra e privacidade, ao lado das garantias da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade da lei, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, da motivação dos atos judiciais, do julgamento em prazo razoável e da excepcionalidade da prisão provisória, impõe limites à persecução penal.

Se, antes da Lei nº 12.403/11, o juiz trabalhava apenas com duas soluções extremas, ou a prisão ou a liberdade, agora tem à disposição várias

---

<sup>59</sup> NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª edição. São Paulo: Forense, 2014, p. 515.

soluções intermediárias, destacando-se que a prisão preventiva somente deve ser decretada em último caso. Trata-se de mais uma medida legislativa que busca reduzir o encarceramento de pessoas acusadas da prática de crimes considerados menos graves. Resta saber se as novas medidas cautelares terão efetividade na prática, posto que, aparentemente, parecem de difícil fiscalização.

Espera-se que a nova lei seja usada com bom senso pelos operadores do Direito, a fim de atingir o que se espera de uma Justiça Justa, evitando-se o cárcere nas hipóteses em que ele não é necessário, mas sem perder de vista o imperioso combate à criminalidade, que tantos danos acarreta à população em geral.

Por fim, a prisão em flagrante é uma modalidade de prisão provisória que, embora exibindo natureza administrativa, tem caráter nitidamente cautelar, porquanto busca preservar alguns interesses tanto do Estado, relacionados ao *jus puniendi*; quanto ao indivíduo. A prisão em flagrante tanto obsta a ação criminosa que está ainda em curso, e com isso acautela o direito do sujeito passivo atingido pela conduta criminosa do agente, quanto restringe a liberdade do autor do delito possibilitando a realização da prova e a preservação do *corpus delicti*, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal. Aliás, essa é a única exceção que se admite ao comando constitucional de que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 4º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A prisão preventiva e o Princípio da Proporcionalidade: Proposta de Mudança Legislativa**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103. 2008.

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

BRASIL. **Lei 11.340/06**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)> Acesso em: 19 set. 2015.



BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em: 09 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94157. Relator: min. CELSO DE MELLO. Publicado no DOU 25.03.2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva: 2014.

CASTELO BRANCO, Tales. **Da Prisão em Flagrante**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARCETE, Carlos Alberto. **Breves impressões acerca da nova Lei. 12.403: lei das novas medidas cautelares penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 nov.2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Prisões e medidas liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Forense, 2005.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000.

MASSON, Kleber. **Código Penal Comentado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011.

Messa, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

NASSIF, Aramis. **A reincidência: necessidade de novo paradigma**. Revista Ibero-americana de Ciências Penais. Porto Alegre: ano 2012, nº. 4.

NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª edição. São Paulo: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prisão em Flagrante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória.** Curitiba: Juruá, 2011.

TAVARES, Leonardo Ribas. **Prisão preventiva ontem e hoje: paradigma e diretrizes pela lei n. 12.403/11.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2011.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* 28.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. volume III.