

PRISÃO E LIBERDADE NA LEI Nº 12.403/2011

David Medina da Silva¹

1. Introdução. 2. Panorama da Lei nº 12.403/2011. 3. Princípios das medidas cautelares penais. 3.1. Proporcionalidade. 3.2. Instrumentalidade. 3.3. Subsidiariedade da Prisão. 3.4. Cumulatividade. 3.5. Fungibilidade. 3.6. Contraditório. 4. Prisão cautelar. 4.1. Prisão em flagrante. 4.2. Prisão preventiva. 4.2.1. Pressupostos. 4.2.2. Fundamentos. 4.2.3. Hipóteses. 4.3. Prisão preventiva domiciliar. 4.4. Concessão de liberdade. 4.5. Limites à liberdade provisória. 4.6. Vista ao Ministério Público e aplicação de ofício das medidas cautelares penais. 5. Outras alterações. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 12.403 originou-se de uma “comissão de notáveis” constituída no início da década passada, pelo então Ministro da Justiça José Carlos Dias, e que foi coordenada por Ada Pellegrini Grinover. Após o longo período de tramitação, com diversas modificações nas casas legislativas, culminou o PL 4.208 com a edição do novo diploma, o qual retirou inspiração das legislações de Itália e de Portugal e pretende reduzir a utilização da prisão cautelar, criando outras alternativas acautelatórias no processo penal.

Mas não se deve comemorar o advento da nova lei pelo fato de amenizar o *déficit* prisional. A lei não pode ser uma solução barata para a falta de vagas nos estabelecimentos prisionais, pois os presídios estarão sempre cheios enquanto perdurar a omissão estatal em políticas públicas efetivas, capazes de reduzir os alarmantes índices de criminalidade da sociedade brasileira, que amarga uma média de 50.000 homicídios por ano, equivalente a um “Massacre do Carandirú” por dia no Brasil.

¹ Promotor de Justiça. Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Cumpra lembrar que a eficácia da Lei 12.403/2011 no tempo é imediata, incidindo sobre os processos em andamento à data de sua entrada em vigor. Com efeito, as prisões existentes poderão ser revisadas à luz do novo diploma, para aplicação, se for o caso, de medida cautelar diversa da segregação.

2. PANORAMA DA LEI Nº 12.403/2011

A nova legislação trouxe profundas alterações em institutos tradicionais e criou institutos novos. Com efeito, houve mudança na disciplina da prisão em flagrante e da prisão preventiva, assim como da liberdade provisória, estabelecendo, outrossim, um rol de nove medidas cautelares diversas da prisão, bem como a prisão preventiva domiciliar.

Além disso, previu um cadastro de mandados de prisão no Conselho Nacional de Justiça, revogou expressamente o artigo 595 (exigência de prisão para apelar, sob pena de deserção), impôs comunicação imediata da prisão ao Ministério Público e remessa de cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, quando o preso não indicar advogado. Foi abolida do sistema normativo, outrossim, a prisão administrativa que era prevista no art. 319.

Com efeito, a par das medidas de natureza patrimonial já previstas nos artigos 124 e 125 do CPP, o artigo 319 do Código de Processo Penal passa, a partir da Lei nº 12.403/2011, a registrar nove medidas cautelares diversas da prisão, a saber:

- a) comparecimento pessoal e obrigatório em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades;
- b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

- c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial;
- e) monitoração eletrônica.

3. PRINCÍPIOS DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

A prisão, como todas as cautelares penais, são regidas pelos seguintes princípios, extraídos do artigo 282:

3.1. Proporcionalidade

A Lei nº 12.403/2011 consagrou o *princípio da proporcionalidade*, do qual derivam os princípios da “proibição de excesso” e da “proibição da proteção deficiente”. Nesse sentido, cabe ao Direito Penal e Processual Penal estabelecer a proteção do indivíduo não só contra abusos do Estado (garantismo negativo), mas também em relação a abusos de outros indivíduos (garantismo positivo)² Trata-se de construção do Tribunal Constitucional alemão que foi incorporada, gradualmente, ao direito brasileiro a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³.

² Sobre o tema, conferir: STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 96.

³ STF HC 93000 e HC 94404; STJ HC 127615, HC 86288 HC 64379 e RHC 20471.

O código de processo penal português, que inspirou a Lei 12.403/2011, ao tratar das medidas cautelares, expressamente menciona o princípio da proporcionalidade⁴ no artigo 193º. Nossa lei, na esteira desse princípio, estabelece que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se o seguinte:

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

Assim, qualquer medida cautelar, incluindo a prisão, deve ser examinada à luz do binômio necessidade/adequação, não sendo possível impor medida desnecessária ou inadequada, o que implica que o juiz deve sempre eleger a medida menos gravosa e hipoteticamente suficiente para acautelar o resultado final do processo.

3.2. Instrumentalidade

Depreende-se, também do artigo 282, que a medida cautelar tem natureza instrumental, ou seja, é destinada a garantir a tramitação do processo principal. A medida cautelar, portanto, não deve ser manejada quando não estiverem presentes as condições para ajuizamento da ação principal. Disso resulta, em nosso entendimento, a impossibilidade de aplicação dessas medidas sem oitiva do órgão de acusação, a quem compete decidir sobre o ajuizamento da ação penal. Claro que, excepcionalmente e de forma justificada pelo *periculum in mora*, poderá o juiz decretar a medida de imediato, ouvindo incontinenti o órgão de acusação.

Veja-se que a medida cautelar não se vincula ao resultado do processo principal, mas à sua regular tramitação ou ao interesse social. Por isso, não se trata de tutela antecipatória e não pode configurar antecipação de pena.

⁴ Art. 193º - 1. As medidas de coação e garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser necessárias e adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

3.3. Subsidiariedade da Prisão

Como decorrência do princípio da proporcionalidade, a lei consagra, expressamente, a subsidiariedade da prisão, o que implica que a prisão será utilizada como *ultima ratio*. Com efeito, estabelece o § 4º que o juiz pode, em “último caso”, decretar a prisão preventiva, e o § 6º determina que “a prisão preventiva será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Isso não significa, porém, que o juiz deva primeiramente aplicar outras medidas e, apenas diante da ineficácia concreta destas, decretar a prisão. O que se exige é um *juízo de insuficiência hipotética de outra medida cautelar*.

Impõe-se reafirmar que tutela cautelar não se confunde com tutela antecipada. A primeira, de efeitos instrumentais, tem por objetivo assegurar a tramitação adequada do processo, enquanto que a segunda destina-se a, desde logo, satisfazer a prestação devida à parte autora, em face de um juízo de probabilidade e irreversibilidade, sendo instituto característico do processo civil. Com efeito, não é possível utilizar medida cautelar como antecipação de pena ou, tampouco, exigir, como condição *sine qua non*, vinculação ou semelhança da cautelar com a pena ou com algum efeito da condenação. Assim, é possível, em tese, prender um indivíduo cautelarmente, ainda que o fato seja passível, em tese, de futura substituição por pena restritiva de direito, atentando-se, obviamente, para os princípios da proporcionalidade e da instrumentalidade da prisão, anteriormente analisados.

3.4. Cumulatividade

Consoante o § 3º do art. 282, o juiz poderá impor uma única medida ou várias, cumulativamente, tendo em vista a garantir maior eficácia. Evidentemente, havendo imposição de prisão, não será aplicada outra medida de natureza pessoal.

3.5. Fungibilidade

Nos termos do § 4º do art. 282, o juiz poderá substituir uma medida cautelar por uma ou mais medidas, no caso de descumprimento das obrigações impostas, o que confere fungibilidade à medida cautelar, uma vez que pode ser alterada a qualquer tempo, de acordo com o binômio necessidade e adequação.

3.6. Contraditório

O § 3º do art. 282 estabelece que o juiz, ressalvados os casos de urgência ou de perigo da ineficácia da medida, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. Tal dispositivo coaduna-se com a vedação de aplicação de medida cautelar de ofício na fase investigatória, prevista no § 2º. Assim, estabelecido o contraditório como princípio em matéria cautelar penal, não há dúvida de que acusação e defesa devem se manifestar sobre o tema. Nesse aspecto, é inconcebível que a medida cautelar seja decretada sem prévia manifestação do órgão de acusação, pois tal atitude implicaria estabelecer contraditório entre o implicado e a autoridade policial ou judicial.

4. PRISÃO CAUTELAR

O artigo 283 estabelece que ninguém será preso se não em flagrante delito, em face de prisão provisória e em razão de ordem escrita e fundamentada de autoridade policial e, finalmente, em virtude de sentença condenatória transitada em julgado. Assenta, assim, as hipóteses de prisão provisória. Cabe lembrar que a prisão temporária permanece regulada pela Lei 7.960/89, não sendo objeto desta abordagem, portanto.

É característica da prisão provisória a cautelaridade, podendo-se falar em *cautelaridade social*, se a medida é necessária para proteção da sociedade, e *cautelaridade processual*, se está vinculada à proteção do processo.⁵

4.1. Prisão em flagrante

Profunda alteração recebeu a *prisão em flagrante*, estabelecendo o artigo 310 que, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá o magistrado relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante legal em prisão preventiva, quando presentes os requisitos legais, ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, podendo aplicar uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão. A liberdade provisória, mediante compromisso de comparecimento aos atos do processo, também poderá ser deferida se houver prova de causa excludente da ilicitude, nos termos do parágrafo único do art. 310. Veja-se que, nesse caso, não se impõe medida cautelar, salvo se houver quebra do compromisso de comparecimento.

Ultrapassada, agora, a discussão acerca da autonomia do flagrante ou se ele “prende por si só”⁶, pois a nova lei claramente consagrou a natureza **pré-cautelar** da prisão em flagrante, de modo que ninguém ficará preso sob

⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Processo Penal**: Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança, Saraiva, São Paulo: 2011, p. 58.

⁶ Anteriormente à reforma, conferia-se natureza cautelar ao flagrante, que constituía o próprio título da prisão. Nesse sentido: “...temos a situação de flagrante delito, a prisão em flagrante enquanto ato de prender no momento do flagrante, as formalidade para manutenção da prisão (documentação da prisão e efetivação dos direitos constitucionais do preso em flagrante) e a manutenção da prisão em flagrante (também denominada prisão em flagrante). A lei não criou expressões diferentes para o ato de prender no momento do flagrante e a manutenção da prisão em flagrante. Tudo isso é tratado como um único fato contínuo, que é denominado prisão em flagrante. Meses depois do fato *flagrante delito*, quando já não há mais a situação de flagrante delito, ainda poderemos dizer que a pessoas está presa em flagrante, se a prisão não foi relaxada, nem houve ainda sentença penal condenatória. (...) O auto de prisão em flagrante devidamente lavrado, juntamente com os demais documentos (nota de culpa, comunicação da prisão ao juiz etc.), passa a ser o título que legitima a prisão. FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**: Teoria, Crítica e Práxis. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010, p. 881. Na mesma esteira: (Habeas Corpus Nº 70035196195, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 29/04/2010); (Habeas Corpus Nº

esse título. Sendo legal a prisão e presentes os requisitos da prisão preventiva, esta será a modalidade de prisão cautelar imposta.

Torna-se discutível, inclusive, a preservação da exigência da homologação, por se tratar de ato utilizado, tradicionalmente, como forma de validação da prisão em flagrante, para fins de manutenção da custódia a esse título. Ora, com a necessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a homologação para validar a prisão em flagrante parece perder sua razão de existir ou se torna mera formalidade sem qualquer efeito prático ou jurídico. De qualquer sorte, impõe-se reconhecer que nenhum impacto ou prejuízo existe na subsistência da homologação dos flagrantes. Apenas parece desnecessária tal prática.

Outra inovação diz com a obrigatória comunicação imediata da prisão ao Ministério Público, não mais apenas ao juiz e a família do preso ou pessoa por ele indicada (art. 306).

O art. 306, § 1º, estabelece que em até 24 horas após a realização da prisão, o auto de prisão em flagrante será enviado ao juiz competente, encaminhando-se, igualmente, cópia integral à Defensoria Pública, quando o preso não indicar advogado. No mesmo prazo, será entregue ao preso a nota de culpa (art. 306, § 2º). Portanto, permanece de 24 horas o prazo da autoridade policial para conclusão do flagrante e remessa a juízo. Todavia, não estabelece a lei prazo específico para exame judicial do respectivo auto. Consagrou-se nos pretórios a observância do prazo geral de um dia, previsto no art. 800, III, do CPP. Todavia, convém lembrar que o art. 335 prevê o prazo de 48 horas para concessão da fiança negada pela autoridade policial, sendo esse, em nosso sentir, o prazo para exame do auto de prisão em flagrante, por imposição lógica. Em qualquer caso, conta-se o prazo do termo de conclusão ao juiz (art. 800, § 1º).

4.2. Prisão preventiva

A *prisão preventiva* deve ser examinada à luz de pressupostos, fundamentos e hipóteses:

4.2.1. *Pressupostos*: 1º) cominação abstrata de pena privativa de liberdade; 2º) ausência de causa excludente da ilicitude; 2º) insuficiência hipotética de outra medida cautelar. O primeiro pressuposto significa que a prisão preventiva não pode, como qualquer cautelar, ser aplicada em crimes aos quais não se comina pena privativa de liberdade, nos termos do art. 283, § 1º. O segundo pressuposto está previsto no artigo 314, que veda a decretação da prisão preventiva quando o juiz verificar a presença de causa excludente da ilicitude. O terceiro pressuposto, por fim, decorre do princípio da subsidiariedade da prisão.

4.2.2. *Fundamentos*: garantia da ordem pública ou econômica, assegurar a aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal, além da substituição de medida cautelar descumprida. Tais fundamentos, previstos no artigo 312, justificam a *necessidade* da prisão, que deve estar vinculada a alguma das situações elencadas no referido dispositivo.

4.2.3. *Hipóteses*: segundo o artigo 313, a prisão preventiva é cabível para crimes dolosos, punidos com pena máxima superior a 4 anos, ou em caso de indivíduos reincidentes, respeitada a prescrição da reincidência, ou no caso de descumprimento de medida protetiva estabelecida em favor de indivíduo vulnerável nos casos de violência doméstica ou familiar, bem como para fins de identificação. Observe-se que as hipóteses são alternativas e não cumulativas, em qualquer delas, desde que presentes os fundamentos do art. 312, é cabível a decretação. Convém lembrar que, no caso de prisão para identificação, a prisão deve limitar-se ao tempo necessário à obtenção esmerada dos dados afetos à identidade.

Além disso, o artigo 366 estabelece outra hipótese autorizadora da prisão preventiva. Trata-se da situação de réu citado por edital, cuja prisão pode ser decretada para garantir a continuidade do processo. Desimporta, nesse caso, a pena do delito, equiparando-se à prisão para identificação. A previsão de hipótese de prisão preventiva em dispositivo esparso decorre, obviamente, da natureza pontual das mudanças legislativas, o que causa prejuízo à visão sistêmica mais rigorosa por parte do legislador, não podendo, porém, embaraçar a visão do intérprete, que deve atentar para os fenômenos relacionados à adaptação das novas normas ao sistema preexistente.

Não convém confundir **fundamento** com **hipótese de cabimento** da prisão preventiva. Com efeito, para prender preventivamente não basta haver fundamento legal; é preciso que a prisão seja aplicável à espécie, segundo as hipóteses legalmente previstas, sob pena de *atipicidade processual* do decreto.

Não há que se falar, outrossim, em duas espécies de prisão preventiva: uma decorrente de decretação e outra decorrente de conversão. A origem da prisão – se decretada autonomamente ou em razão de flagrante não altera a natureza do instituto, que será sempre prisão preventiva, com iguais características e efeitos em ambos os casos. Veja-se que o legislador, justamente, buscou uniformizar a disciplina da prisão cautelar, evitando a existência de prisão em flagrante e prisão preventiva, estas sim distintas. Não se pode substituir a dicotomia antiga por uma dicotomia nova, agora piorada, concebendo duas naturezas distintas para o mesmo instituto.

4.3. Prisão preventiva domiciliar

Hipótese inovadora é a prisão preventiva domiciliar, prevista nos artigos 317 e 318, a qual não se distancia da prisão preventiva quanto aos pressupostos, fundamentos e hipóteses, distinguindo-se, isto sim, pela forma de cumprimento, que se dá na própria residência do indiciado ou acusado. Trata-se, assim, de prisão preventiva. O cumprimento, porém, ocorre mediante recolhimento domiciliar.

O art. 318 prevê que a prisão preventiva seja cumprida domiciliarmente quando o preso for:

- I - maior de 80 (oitenta) anos;
- II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV - gestante a partir do 7^o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Trata-se de dispositivo fundado em razões humanitárias, especialmente focado na vulnerabilidade dos beneficiados com a prisão domiciliar, merecendo especial atenção o inciso III, pois visa a preservar do impacto da segregação pessoas que nada têm a ver com a infração penal cometida.

O parágrafo único exige prova idônea para deferimento da prisão domiciliar. Tal regra deve ser conciliada com a restrição à prova de estado prevista no art. 155, parágrafo único.⁷ Diante disso, a idade superior a 80 anos ou inferior a 6 anos devem ser demonstradas por certidão de nascimento. Agrega-se a isso que a prova de doença grave debilitante e deficiência, assim como da gestação, com especificação do risco, se for o caso, deve ser feita mediante documento médico idôneo.

Difícil composição é a que diz com a imprescindibilidade do preso aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 anos ou com deficiência. Temos que tal imprescindibilidade quer significar única alternativa de amparo e cuidado. Havendo alternativa, a prisão preventiva não poderá ser cumprida em domicílio. Evidentemente, tal situação poderá exigir estudo psicossocial ou avaliação semelhante. Por outro lado, não se justifica a idade de seis anos, pois regras de proteção à infância impedem que qualquer criança fique ao desamparo, devendo, em cada caso, haver particular atenção do juiz criminal.

⁷ “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”

Além de ser imprescindível, a lei exige, cumulativamente, que a pessoa reclame de cuidados especiais. Especial é aquilo que foge do corriqueiro e, partindo da premissa que a lei não contém palavras inúteis, esta exigência também deve ser observada. Ora, toda a criança necessita de cuidados, mas cuidados especiais somente são aqueles além dos rotineiramente dispensados. Podem ser exemplos o caso da amamentação e de crianças com algum tipo de sofrimento de ordem psicológica.

Quisesse o legislador possibilitar a prisão domiciliar fora dos casos em que há a necessidade de cuidados especiais, bastaria o texto “imprescindível aos cuidados de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência”.

Verifica-se, portanto, que a lei traz, repita-se, cumulativamente, duas condições para a aplicação da prisão domiciliar, uma referente à pessoa cuidadora (imprescindível) e uma referente ao tipo de cuidado a ser prestado (especial).

Estamos com NUCCI ao referir que a permissão para recolhimento domiciliar não é obrigatória, podendo o juiz deixar de fazer a concessão fundamentadamente. Nesse sentido: “Imagine-se o chefe de uma quadrilha perigosa, autêntico paradigma de crime organizado, com mais de 80 anos: não tem sentido colocá-lo em prisão domiciliar. A idade não é o único elemento a ser ponderado na hipótese.”⁸

O citado autor adverte, ainda, que o artigo 318 não admite analogia, a exemplo do que ocorre hoje na execução penal, em que se concede prisão domiciliar fora das hipóteses do art. 117 quando não há vagas no regime aberto. Afinal, se o indivíduo está apto a cumprir prisão preventiva em seu domicílio, em que não há maior vigilância, sem dúvida estará apto a receber medida cautelar diversa da prisão.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade** – As Reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2011. p. 78-79.

Por fim, cabe registrar que a prisão preventiva não se confunde com a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, prevista no art. 319. Esta impede que o indivíduo saia de casa à noite, apenas, enquanto a prisão preventiva domiciliar implica recolhimento à residência vinte e quatro horas por dia, enquanto durar a medida. A propósito, com relação à prisão domiciliar, por se tratar de autêntica prisão preventiva, caberá a detração prevista no art. 42 do Código Penal.

4.4. Concessão de liberdade

São distintas as formas de concessão de liberdade ao indivíduo submetido à prisão, a saber:

- a) relaxamento: ocorre no caso de o juiz verificar o descumprimento de formalidade essencial do flagrante, configurando-se, assim, ilegal a prisão (art. 310, I);
- b) revogação: está prevista no artigo 316, o qual não sofreu alteração, ocorrendo sempre que a prisão preventiva se revelar ilegal, o que ocorre, por exemplo, no caso de excesso de prazo ou de nulidade processual;
- c) liberdade provisória: em se tratando de prisão legal, seja em flagrante ou preventiva, a prisão será desfeita mediante liberdade provisória, podendo associar-se qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, em caso de necessidade e adequação.

A concessão de liberdade provisória para o preso preventivamente decorre da interpretação do artigo 332, *in verbis*:

Art. 332. Em caso de prisão em flagrante, será competente para conceder a fiança a autoridade que presidir ao respectivo auto, e, em caso de prisão por mandado, o juiz que o houver expedido, ou a autoridade judiciária ou policial a quem tiver sido requisitada a prisão. [grifamos]

Veja-se que tal dispositivo situa-se, justamente, no capítulo da liberdade provisória, admitindo-se textualmente que esta seja concedida pelo juiz que expediu o mandado, ou seja, que prendeu preventivamente. Portanto,

é absolutamente jurídico, *ex lege data*, falar em liberdade provisória no caso de prisão preventiva. Mormente porque, doravante, o flagrante deixa de ser cautelar, de modo que a liberdade provisória, com ou sem fiança, deverá ser concedida na prisão preventiva originária da conversão prevista no art. 310, II. Assim, tem-se que a prisão preventiva será revogada quando se tornar ilegal (ex.: nulidade e excesso de prazo) ou será concedida liberdade provisória quando, mesmo legal, não se mantiverem presentes os motivos que a enseram, *rectius*, a necessidade e a adequação.

4.5. Limites à liberdade provisória

A Constituição Federal estabeleceu limites à concessão da liberdade provisória no art. 5º, incisos XLII⁹, XLIII¹⁰, XLIV¹¹ E LXVI¹², permitindo, inclusive, sua vedação. Sob o prisma constitucional, portanto, a liberdade provisória será concedida apenas quando a lei a admitir e não será admitida fiança para certos crimes.

A partir da Constituição Federal, várias legislações passaram a vedar a liberdade provisória, a exemplo da Lei nº 11.343/2006, com relação ao crime de tráfico de drogas, ou impor a inafiançabilidade, como consta na Lei nº 8.072/90 para os crimes hediondos e equiparados, gerando protestos de expressivo seguimento da doutrina.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo unânime na Primeira Turma e majoritário na Segunda, sustenta a impossibilidade de concessão de liberdade provisória nessas hipóteses.

⁹ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

¹⁰ 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;

¹¹ XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

¹² LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

A Lei 12.403/2011 não altera tal panorama. Com efeito, reforça a inafiançabilidade para os crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos, nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 323). Não se argumente, por exemplo, que após converter o flagrante em preventiva, poderá o juiz simplesmente revogar a custódia, tangenciando a Lei e a Constituição, que tornaram a liberdade durante o processo exceção em certos delitos.

Já dissemos que, doravante, a revogação da prisão preventiva torna-se restrita aos casos de ilegalidade da medida, podendo ocorrer por excesso de prazo ou nulidade, por exemplo, o que certamente é possível em qualquer situação. Todavia, não sendo caso de prisão ilegal, a liberdade provisória não poderá ser concedida nos crimes mencionados, por força da legislação e da jurisprudência mencionadas.

4.6. Vista ao Ministério Público e aplicação de ofício das medidas cautelares penais

A Lei 12.403/2011 estabeleceu vedação de o juiz decidir sobre a prisão ou medidas cautelares de ofício na fase investigatória¹³, causando severa perplexidade, já que em várias situações está previsto justamente o contrário, ou seja, a possibilidade de aplicação de medida cautelar *ex officio* pelo magistrado. Veja-se, por exemplo, a concessão de fiança (art. 333), a possibilidade de substituição de cautelar (art. 282, § 5º) ou mesmo a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II).

¹³ Art. 282, § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, **quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.**

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, **cabará a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal**, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Além disso, a Lei 11.340/06 expressamente concede ao juiz poder cautelar de ofício na fase investigatória, podendo inclusive decretar a prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 20).

Assim, embora silente a legislação, deve o juiz dar vista ao Ministério Público antes de se pronunciar no flagrante. Respeitando entendimento diverso¹⁴, cumpre notar que a necessidade da vista decorre da natureza instrumental das cautelares, cabendo ouvir o titular da ação penal sobre a necessidade da medida cautelar. Ademais, se é vedado ao juiz aplicar medida cautelar de ofício na fase de investigação, seguramente deve dar vista ao Ministério Público antes de promover a conversão prevista no art. 310, II, do CPP, já que isso implica antecipar a presença dos requisitos da própria ação penal, quais sejam, existência do crime e indícios suficientes de autoria. Finalmente, consagrado o contraditório em matéria cautelar, a vista ao Ministério Público é decorrência inexorável desse princípio, sob pena de se estabelecer contraditório entre o Delegado de Polícia e o indiciado.

Vale lembrar que a mera comunicação prevista no art. 306 não supre a necessidade da vista, pois o agente do Ministério Público que recebe tal comunicação não é, necessariamente, aquele que detém atribuição para a ação penal e medidas cautelares pertinentes, já que o acessório deve seguir o principal.

A vista ao Ministério Público deve obedecer ao prazo mínimo previsto no processo penal, que é de 24 horas. Note-se que, para concessão de liberdade provisória com fiança, quando esta for recusada pela autoridade policial – ilegalidade, portanto – o prazo é de 48 horas (art. 335). Assim, nada obsta que, para exame do flagrante, sejam concedidas 24 horas ao Ministério Público e 24 horas ao Juiz de Direito.

¹⁴ NUCCI entende que, por se tratar de medida urgente, não cabe vista ao Ministério Público (op. cit., p. 59). *Concessa vênia*, a urgência não autoriza ignorar a intervenção do titular da ação penal em matéria afeta a interesse que não é puramente individual, dada a natureza pública do processo penal e do interesse social na realização da justiça e na correta aplicação da lei.

Claro, não há previsão expressa em relação à prisão em flagrante, mas é razoável que o titular da ação, que bem poderá dizer da necessidade de segregação cautelar do acusado ou ainda, em juízo prévio, da tipicidade do fato e propositura da ação penal, para que então se manifeste o magistrado acerca da conversão do flagrante em preventiva ou liberdade provisória com ou sem fiança. Não é demais lembrar que já há doutrina nesse sentido, alertando da importância da oitiva, “em curto prazo”, do Ministério Público.¹⁵

E quando se fala em “curto prazo”, é preciso ter em mente que, na ausência de regra expressa, mas buscando-se sempre um contraditório efetivo, em detrimento da mera formalidade da comunicação do flagrante contida no art. 306, *caput*, é por bem que se utilize o prazo de 24 horas, pois é esse o menor prazo previsto na Lei Processual, seja para o *habeas corpus* (art. 660 CPP), seja para manifestações em despachos de expediente (art. 800 CPP).

Ademais, tendo a nova lei estabelecido prazo de 24 horas após a prisão para a Autoridade Policial lavrar o flagrante e encaminhar o auto de prisão em flagrante à Autoridade Judiciária (art. 306, §1º), e que o magistrado poderá decidir sobre a fiança no prazo de 48 horas (art. 322, parágrafo único), é razoável que tenha o Ministério Público prazo de, pelo menos, 24 horas para se manifestar sobre a prisão, mormente porque a defesa, quando do momento da prisão, recebe, em até 24 horas, cópia integral do APF, enquanto o órgão acusado apenas uma comunicação.

A questão ganha relevância também porque, como já sinalizado, foi suprimida a faculdade de o juiz, ao receber o APF e no caso de flagrante ilegal por vício formal – por exemplo, decretar a preventiva. Como se percebe da leitura das disposições gerais, com das específicas à prisão cautelar, o

¹⁵ Questiona-se sobre a dificuldade do juiz em decidir somente com os dados do auto de prisão em flagrante. Será importante que a polícia aparelhe melhor o auto, fornecendo elementos ao juiz. Ainda, até mesmo para melhor atuação do contraditório, é interessante que se ouça, em prazo curto, o Ministério Público e a defesa antes de ser proferida a decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva.

magistrado somente poderá decretar a prisão preventiva se no curso da ação penal (leia-se, após o oferecimento da denúncia ou queixa), enquanto nos demais casos somente a requerimento das partes e da autoridade policial (art. 282, §2, e art.311).¹⁶

Ou seja, recebendo o APF e diante de ilegalidade que conduziria ao relaxamento da prisão, cabe ao Ministério Público o requerimento da prisão preventiva, caso presentes os requisitos que autorizam a sua decretação. E nesse compasso foi o entendimento do Des. José Antônio Cidade Pitrez ao deferir o pedido liminar formulado em Correição Parcial, na qual o juízo *a quo* oportunizou manifestação ministerial no prazo de uma hora. Segundo o magistrado:

[...] o CPP assegura à autoridade policial o mesmo prazo de vinte e quatro horas após a realização da prisão para lavrar e encaminha ao juiz competente o auto de prisão em flagrante, bem como para entregar ao preso a nota de culpa (art. 306, §§ 1º e 2º), pensando ser razoável que idêntico prazo seja assegurado ao Ministério Público para se manifestar sobre dito auto.¹⁷

5. OUTRAS ALTERAÇÕES

O art. 289, *caput* e parágrafos, contemplou outras alterações relativas à prisão, de cunho eminentemente operacional, dispensando, por isso, maiores considerações. Com efeito, da precatória de prisão deverá constar o inteiro teor

FERNANDES, Antonio Scarance. **Medidas cautelares**. Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 224, p. 06 -07, jul., 2011.

¹⁶ No mesmo sentido: Com a nova redação emprestada ao art. 311 do CPP pela Lei nº 12.403/2011, o assunto está pacificado. De fato, de acordo com a nova redação do referido preceito, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, *de ofício, se no curso da ação penal*, ou mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Ao dispor que a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício, se no curso da ação penal, conclui-se, *a contrario sensu*, que referida medida cautelar não poderá ser decretada de ofício na fase investigatória. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Atualizado de acordo com a Lei nº 12.403/11. Vol. I. Niterói: Impetus, 2011. p. 1315.

¹⁷ Correição Parcial Nº 70043965243, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, liminar deferida em 15/07/2011.

do mandado, porém, havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança arbitrada, caso em que a autoridade que cumprir a requisição deve tomar as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação. É do juiz processante a responsabilidade pela remoção do preso, dispondo do prazo de 30 dias, contados da efetivação da medida, o que, se descumprido, poderá ensejar a revogação da prisão.

Entendemos, nesse caso, que poderá haver atraso, desde que seja justificado e razoável, como já assentado pela jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, quanto ao excesso de prazo.

A Lei prevê, ainda, a manutenção de banco de dados sobre mandados de prisão no Conselho Nacional de Justiça, devendo o juiz competente providenciar o registro do respectivo mandado incontinenti à expedição, nos termos do art. 289-A. Embora tenha determinado que o CNJ regulamente o registro de mandados de prisão, não fixou prazo para tanto (§ 6º).

A finalidade do banco de dados é agilizar a execução da prisão, uniformizando a informação de capturas no território nacional. Com efeito, qualquer agente policial do País, mesmo fora da competência territorial do juiz que decretou a prisão, poderá cumprir o mandado registrado no mencionado banco de dados (§ 1º). Ainda com vista à agilidade, mesmo em caso de mandado não registrado no banco de dados, a prisão poderá ser decretada em qualquer lugar do País, devendo o agente policial adotar as precauções para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que decretou a prisão, o qual deverá providenciar o imediato registro do mandado no CNJ (§ 2º). Cumprido o mandado, será comunicado imediatamente o juiz do local da prisão, o qual providenciará a certidão extraída do banco de dados do CNJ e informará ao juízo que a decretou (§ 3º), para que este promova a remoção no prazo de 30 dias. Malgrado as cautelas adotadas pelas autoridades locais acerca regularidade da prisão, pairando dúvidas sobre a pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, este poderá ser mantido em custódia até o esclarecimento da dúvida (§ 5º), sendo que as diligências nesse sentido devem

ser realizadas com celeridade, evitando-se indevido cerceamento de liberdade, sob pena de abuso de autoridade.

Nos termos do § 4º do art. 289-A, o preso será informado dos seus direitos, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal, comunicando-se a prisão à Defensoria Pública, caso não haja indicação de advogado particular. É fundamental, portanto, que ao ser conduzido à prisão, seja em flagrante ou por ordem judicial, o preso assine termo de ciência de direitos constitucionais, a ser anexado aos autos do flagrante, do inquérito ou do processo.

6. CONCLUSÃO

Nenhuma lei merece aplausos por prender ou por soltar mais. Inexiste solução mágica para o problema criminal, de modo que uma lei merece ser aplaudida apenas quando é capaz de conciliar o interesse público nos instrumentos de regulação da vida social com as garantias individuais consagradas constitucionalmente. Nesse sentido, a eficácia da Lei 12.403/2011, estabelecendo seriíssimas e complexas alterações em tão delicado assunto, ainda constitui uma incógnita.

Problemas de interpretação certamente darão o tom dos debates, porquanto se trata de outra alteração pontual, estabelecendo novo remendo normativo, cujas incompatibilidades com o tecido preexistente exigirá enorme esforço hermenêutico em prol da racionalidade sistêmica.

Percebe-se, por outro lado, que também haverá dificuldades quanto à fiscalização das novas medidas, fazendo-se também necessário reforço da Defensoria Pública, a qual, diga-se de passagem, precisa melhor se estruturar para se fazer presente nos flagrantes em que não houver advogado constituído.

Enfim, é da boa aplicação e fiscalização do novo diploma que dependerá sua eficácia, assim como os aplausos da sociedade organizada e dos operadores jurídicos. Mais do que nunca, é válida a máxima de Thomas Jefferson, enunciada para os norte-americanos, mas totalmente adequada à realidade brasileira, de que “a aplicação das leis é mais importante que sua elaboração”.