

Rogério Schietti Cruz

PRISÃO CAUTELAR

Dramas, Princípios e Alternativas

Prefácio

J. P. Sepúlveda Pertence

Posfácio

Luís Roberto Barroso

11^a edição

Revista e atualizada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL

Aqui convém fazer algumas referências do tratamento dado no direito brasileiro ao tema das prisões cautelares e liberdade provisória ao longo de nossa história, após a conquista de sua independência política e jurídica.

Antes, importa sublinhar a relevância de estudar a origem e a evolução no tempo e no espaço, de qualquer instituto jurídico objeto de investigação. Afigura-se incontestável a afirmação de que o estudo do passado permite ao intérprete e aplicador do Direito desenvolver uma compreensão mais acurada e racional da realidade presente e dispor de elementos mais seguros para, eventualmente, projetar (ou preparar-se para) o futuro.

Quiçá uma das maiores carências do ensino jurídico – não apenas em nível de bacharelado, mas também em alguns cursos ministrados a título de pós-graduação – seja a de negligenciar a análise das raízes históricas dos institutos que compõem os diversos ramos do Direito.

Não é preciso, para uma mínima compreensão dos fenômenos sociais, ser historiador e muito menos se debruçar, analítica e detidamente, sobre cada um dos períodos de formação do direito de uma nação – embora tal empresa seja das mais prazerosas e fecundas –, mas não se há de renunciar a um olhar ao menos curioso sobre como surgiram, no passado, os institutos que são correntemente analisados em manuais jurídicos, muitas vezes de modo absolutamente superficial e sem qualquer preocupação em explicar de que modo surgiram ou como eram aplicados em tempos anteriores ao nosso.

No tema que ora se analisa, essa tarefa mostra-se de indiscutível importância, porquanto nos auxilia a tentar responder certas questões, algumas relevantes, outras apenas indicativas de um espírito curioso. Exemplos destas últimas: de onde vêm as expressões “sumário de culpa”, “livrar-se solto”, “se por al não estiver preso”, condução do réu “debaixo de vara”? Exemplos daquelas outras, mais relevantes: por que se faz confusão, na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, entre liberdade provisória com fiança e liberdade provisória sem fiança?; de onde vem a expressão “fiança definitiva”?; de onde vem a previsão de que a prisão preventiva é cabível somente durante o inquérito ou em qualquer fase “da instrução criminal”?; por que o CPP confere à autoridade policial poderes tão amplos como o de arbitrar fiança, e ao juiz de direito funções que lhe comprometem a imparcialidade, como as de conduzir algumas investigações e assumir um exagerado protagonismo durante a instrução criminal.

São inquietações que o verdadeiro estudante do direito deve nutrir, se não para meramente aguçar o espírito especulativo, mesmo quando não há tanta relevância prática em ter conhecimento das coisas, mas, principalmente, para não se limitar a agir qual um atendente de telemarketing, programado para decorar e enunciar as mesmas respostas às mesmas perguntas, incapaz, por falta de preparo e não necessariamente de inteligência, de raciocinar e investigar o significado verdadeiro das coisas.

Exemplificando com duas propostas de reforma legislativa – de fértil discussão apenas em terras brasileiras, saliente-se – relativas à conveniência de adotar-se o juizado de instrução (juiz investigador),¹ e sobre instituir-se novamente a prisão preventiva obrigatória para crimes mais graves. Seria indispensável, a qualquer um que sobre o tema ousasse opinar, empreender uma breve pesquisa para constatar, com relação à primeira ideia, que se trata de modelo de persecução penal repudiado por toda a comunidade jurídica internacional e progressivamente abandonado pelos países que o adotaram; e, com relação à segunda proposta, que se cuida de instituto absolutamente anacrônico, que contribuiu para enodoar nosso Código de Processo Penal de 1941 até que, em pleno auge do regime militar – note-se o paradoxo –, viesse a ser extirpado de nosso direito.

1. Para uma abrangente análise dos modelos de juizado de instrução nos ordenamentos que ainda o adotam, sugere-se a leitura de AURY LOPES JÚNIOR, *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

2. O SISTEMA CAUTELAR ANTERIOR AO CÓDIGO DE 1941

Feitas essas considerações, lançam-se apenas algumas informações que parecem importantes para que se alargue a compreensão sobre o tema das prisões cautelares no Brasil, a partir do momento em que se iniciou a construção de nosso próprio direito criminal.²

Logo que o Brasil alcançou sua independência política,³ foi outorgada a nossa primeira Carta Política, a Constituição do Império, de 1824, cujo artigo 179 dispunha que ninguém poderia ser preso “sem culpa formada”, exceto nos casos declarados em lei (inc. VIII), e que, mesmo com culpa formada, ninguém poderia ser conduzido à prisão, ou nela ser conservado, se prestasse fiança idônea, se cabível.⁴ Dizia-se ainda que, tratando-se de crime punido com pena não superior a seis meses de prisão ou que não fosse “de desterro para fora da Comarca”, poderia o réu “livrar-se solto” (inciso IX), ou seja, obter de volta sua liberdade sem pagar fiança.

A assim chamada “formação da culpa”⁵ era regulada pelos artigos 134 e seguintes do Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Código Im-

-
2. Ver, a esse respeito, ALMEIDA JÚNIOR (1920, vol. I, Livro II) e TOSTES MALTA (1935).
 3. Antes mesmo da Proclamação da Independência, o Príncipe Regente D. Pedro, em 23 de maio de 1821, após considerar o fato de que “alguns governadores, juízes criminais, magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com o peso de ferros, homens que se congregam pelos bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quais é, sem dúvida, a segurança individual”, decretou que, a partir da edição de tal ato, “nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente”.
 4. Na realidade, já nos primórdios do Brasil-Colônia regulava-se a prisão em função da formação de um mínimo de prova da autoria delitiva, a assim chamada ‘culpa formada’. Comentando a Lei da Reforma da Justiça, de 6 de dezembro de 1612, Vanguerve destacava que “por direito antigo ninguém podia ser preso antes da culpa formada do delito; e era tal a observância que, ainda que depois da prisão sobrevenha prova do delito, não pode o preso ser retido e há de ser restituído à sua liberdade” (ALMEIDA JÚNIOR, 1920, p. 349).
 5. Infere-se de tal terminologia a origem da ainda hoje expressão “sumário de culpa”, consistente em colher a prova necessária para levar o acusado a julgamento pela autoridade competente (principalmente pelo Tribunal do Júri, onde é mais corrente o uso daquela expressão). MENDES DE ALMEIDA, 1973, p. 56, indica, como origem do sumário de culpa, as Ordenações Manuelinas, onde se previa que, quando alguém “dava querela”, o juiz prendia o

perial, de 1832), e tinha como objetivo permitir ao juiz, após o oferecimento de denúncia ou queixa, convencer-se da existência do delito e de quem era seu autor, caso em que assim o declarava por despacho nos autos, dando prosseguimento ao processo com vistas ao julgamento definitivo.

Tal “culpa formada”, que representava um filtro para a admissibilidade da acusação, tinha como apoio as provas até então produzidas (perícias, testemunhos e interrogatório do acusado) e, uma vez pronunciada a convicção judicial, o nome do réu era lançado em livro próprio e era ordenada, automaticamente, sua prisão (artigo 146). A justificativa era de que a prisão decorrente de pronúncia possuía um lastro mais seguro do que a prisão preventiva, por ser aquela decorrente de uma instrução preliminar sob contraditório (FREDERICO MARQUES, 1965, p. 84).

O Código Imperial também previa a prisão, mesmo sem culpa formada, para aqueles que viessem a ser detidos em flagrante delito, ou para os que fossem indiciados por crimes em relação aos quais não coubesse fiança (artigo 175).

Sobrevindo a reforma de 1841 (Lei nº 261, de 03/12/1841), introduziram-se mudanças significativas no processo criminal do Império, sobretudo a implantação daquilo que veio a ser conhecido como *policialismo judiciário*. Essa expressão remete ao período de 30 anos de uma peculiar estrutura da justiça criminal, em que a Polícia prendia, investigava, acusava e pronunciava os acusados de certos crimes de menor importância.⁶ Outrossim, a confusão entre as funções policiais e judiciais era tamanha que os Chefes de Polícia e os Delegados eram escolhidos, por ato do Imperador ou dos Presidentes das Províncias, entre os Desembargadores e Juízes de Direito, respectivamente (artigos 1º e 2º da Lei nº 261/1841).

Os Chefes de Polícia, aliás, passaram a exercer as atribuições anteriormente acometidas aos Juízes de Paz, de modo que assumiram a competência

querelado, exceto nos casos de crimes e infrações de menor gravidade, que exigiam também uma prova sumária do que era alegado pelo acusador. A exceção se tornou regra com as Ordenações Filipinas, de 1603, que passaram a dispor que as querelas, para obrigarem a prisão, dependiam do sumário conhecimento de três ou quatro testemunhas.

6. Exemplo dessa anômala competência se extrai do art. 54 da Lei nº 261/1841, ao prever que “as sentenças de pronúncia nos crimes individuais proferidas pelos Chefes de Polícia, Juízes Municipais, e as dos Delegados e Subdelegados, que forem confirmadas pelos Juízes Municipais, sujeitam os réus à acusação, e a serem julgados pelo Jury, procedendo-se na forma indicada no art. 254 e seguintes do Código de Processo Criminal”.

para processar e julgar contravenções às posturas municipais, bem assim os crimes punidos com prisão, degredo ou desterro até seis meses (artigo 58, 6º do Regulamento nº 120, de 31/01/1842).

Essa situação foi mitigada pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que, embora mantendo a possibilidade de nomeação de Chefes de Polícia entre magistrados (artigo 1º, § 5º), deles retirou a competência para julgar certas infrações penais, ainda que lhes mantendo o poder de arbitrar fiança (que passou, nesse caso, a ser provisória, na forma do artigo 10, § 2º c/c artigo 14). A maior novidade, todavia, da reforma legislativa de 1871 foi a criação do Inquérito Policial por meio do Decreto nº 4.824/1871 (que regulamentou a Lei nº 2.033/1871), instituindo-se uma rotina que, passados mais de 140 anos, é quase idêntica à que atualmente orienta a atividade investigatória policial.

É importante sublinhar que, com a Proclamação da República, criou-se um modelo federativo parecido com o que é adotado pelos Estados Unidos da América, outorgando-se a cada Estado-Membro a competência para legislar em matéria processual. Ainda assim, algumas unidades da Federação, como São Paulo, Mato Grosso, Alagoas, Pará e Goiás, não abandonaram o Código Imperial, e mesmo aqueles que editaram códigos próprios não destoaram do modelo de persecução penal até então utilizado.

3. O PROCESSO PENAL DA ERA VARGAS

Chega, então, o Código de Processo Penal de 1941, elaborado na ambiência autoritária que caracterizou o Estado Novo de Getúlio Vargas, influenciado pela matriz fascista de Mussolini, e, conseqüentemente, pelos códigos elaborados nesse regime de cariz totalitário.

Na seara das prisões cautelares, o recrudescimento legislativo foi anunciado expressamente na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, após a afirmação de que a prisão em flagrante e a preventiva passavam a ser “definidas com maior latitude do que na legislação em vigor”, uma vez que “o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos...”.

Quanto à prisão preventiva em particular, buscou-se libertá-la dos “limites estreitos” traçados à sua admissibilidade, prevendo-se seu cabimento quando o reclamasse “o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal”.

A grande novidade, contudo, resultou da introdução do instituto da “prisão preventiva obrigatória”, que, cabível para os autores de crimes em que se cominasse pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos, dispensava-se “outro requisito além da prova indiciária contra o acusado”.

4. A PROGRESSIVA FLEXIBILIZAÇÃO DO CÓDIGO DE 1941

Esse rigor excessivo do legislador de 1941, que venceu o Código “com as marcas indeléveis da era totalitária em que foi promulgado” (FREDERICO MARQUES, 1965, p. 58) passou por sucessivos temperamentos após transcorrido um quarto de século, curiosamente em plena vigência de outro período de exceção ao Estado de Direito, o regime militar instaurado em 1964.

A prisão preventiva obrigatória foi expurgada pela Lei nº 5.349/67, que conferiu a redação atual ao artigo 311 do Código de Processo Penal. A possibilidade de manter-se em liberdade o réu pronunciado ou condenado veio com a alteração dos artigos 408, 594 e 596 do CPP pela Lei nº 5.941/73, a cognominada Lei Fleury, em homenagem àquele que, por motivos espúrios, lhe inspirou a apressada edição.⁷ Posteriormente, sobreveio a Lei nº 6.416/77, que trouxe o alargamento da liberdade provisória sem fiança, a qual passou a ser cabível, na forma do parágrafo único acrescentado ao artigo 310 do CPP, quando o juiz verificasse “a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva”.

Releva enfatizar que o Constituinte de 1988 continuou a empregar uma terminologia que já não correspondia à realidade normativa infraconstitucional, passando a definir algumas infrações como inafiançáveis, o que gerou – e ainda gera – diferentes interpretações quanto ao alcance da vedação para os crimes hediondos e assemelhados (artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV). É dizer,

7. Sérgio Paranhos Fleury era Delegado do DOPS - Departamento da Ordem Pública e Social e um dos principais agentes de que se valeu o regime militar na repressão à criminalidade política e comum. Foi acusado de torturar e matar inúmeras pessoas, à frente do que veio a ser conhecido como o “Esquadrão da Morte”. Após a corajosa atuação do então Promotor de Justiça Hélio Bicudo, Fleury chegou a ser preso, mas, contando com o apoio oficial, o Congresso aprovou, no prazo recorde de trinta dias, a Lei nº 5.941, de 22 de setembro de 1973 (proposta pelo deputado Cantídio Sampaio, líder do governo na Câmara Federal), que proibiu a prisão automática, por ocasião da pronúncia, de “réus primários e de bons antecedentes”, o que, tecnicamente, era o caso daquele delegado.

não fora a mudança do CPP em 1977, dúvidas não haveria em afirmar-se que permaneceria cautelarmente segregado durante toda a persecução penal – ou, ao menos, até a pronúncia ou sentença condenatória recorrível, se portador de bons antecedentes – quem viesse a ser preso em flagrante por crime inafiançável.

A reforma processual de 1977, aliás, acabou por reduzir o instituto da fiança a uma quase inutilidade. De fato, visto que o autor de qualquer crime passou a poder ser beneficiário de liberdade provisória *sem fiança* (artigo 310, parágrafo único do CPP) – deixemos de lado a polêmica relativa a tal permissão estender-se ou não aos crimes hediondos e assemelhados –, a fiança passou a servir apenas para que o autuado em flagrante delito por crime punido com prisão simples ou detenção pudesse ser posto em liberdade com maior rapidez (TOURINHO FILHO, 2003, p. 556), pela própria autoridade policial, porque em tal hipótese, prevista no artigo 322 do CPP, não se exigia a participação prévia do juiz e do Ministério Público. Lembre-se, por sua vez, que, atualmente, se a infração penal for de menor potencial ofensivo, a lei não admite, para a libertação do autor do fato, o pagamento de fiança, mas tão somente a assinatura de termo de comparecimento a uma futura audiência, conforme dispõe o artigo 69 da Lei nº 9.099/95.⁸

Concluindo essa abordagem etiológica e histórica do instituto da prisão cautelar e da correspondente liberdade provisória no Brasil, **é possível inferir a irracionalidade que caracterizou as normas que se seguiram ao longo do Império e da República, pela sucessão de leis que frequentemente condicionaram a sorte do indivíduo a fatores muitas vezes irrelevantes para a justa e correta avaliação da necessidade de mantê-lo preso.**

O fato é que, como muito bem observado por CHOUKR (2005, p. 2), “conhecemos uma história legislativa republicana sem que tenhamos um Código de Processo Penal integralmente nascido da atividade democrática parlamentar”.

Deveras, as dificuldades legislativas para a aprovação de um novo diploma processual penal, do que resultaram em fracasso as tentativas nesse sentido, induziram os últimos governos a lançar mão do pragmático expediente de

8. A situação já foi bem diferente, em época na qual a liberdade do acusado dependia meramente da classificação do crime a ele atribuído, pois, sendo ele afiançável, a qualquer momento poderia ser-lhe concedido o direito de responder ao processo em liberdade, da mesma forma que, pelo simples fato de haver cometido infração penal inafiançável, poderia ver contra si decretada a prisão preventiva.

promover reformas pontuais do Código de Processo Penal, o que, se de um lado o modernizou em alguns aspectos, conferiu-lhe, de outro, aparência de Frankenstein, visto que seus remendos, além de retirar-lhe a unidade conceitual e a necessária configuração sistêmica, criou verdadeiras antinomias internas difíceis de contornar, como a apontada logo acima.

Se essas dificuldades políticas impedem que se aprove um novo Código de Processo Penal, pelos mecanismos legislativos ordinariamente utilizados para a edição de leis, já é hora de pensar-se na possibilidade de adotar-se estratégia igual à empregada na Itália. Nesse país, dominado por similares dificuldades, o governo valeu-se do instrumento da Lei Delegada, por meio da qual uma resolução do Congresso Nacional especifica o conteúdo da futura lei e os termos de seu exercício, podendo fixar os princípios e as diretrizes a serem seguidas pelo Poder Executivo na elaboração do diploma legal, o que funcionou perfeitamente para a edição do Código de Processo Penal italiano de 1988.

Entretanto, não se cogita, entre nós, do uso de Lei Delegada para a edição de um novo Código de Processo Penal, ao argumento de que se incorreria na vedação do artigo 68, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, haja vista que um Código de Processo Penal implica regular o exercício de direitos individuais.

5. O TRATAMENTO JURÍDICO ATUAL

Para resumir o que se destacou como mais importante na evolução (ou involução, em alguns aspectos) do instituto da prisão cautelar, desde os primórdios de nossa história política de país independente, é possível asserir que:

- A) Até o Código de 1941, a conjuntura de ser preso em flagrante – e não a avaliação da concreta necessidade de alguém ser preso – não impedia que o autuado fosse posto em liberdade, mediante o pagamento de fiança, em relação aos crimes classificados como afiançáveis, ou sem qualquer ônus, por tratar-se de infração de que o autuado “livrava-se solto” (contravenções ou crimes punidos com até seis meses de prisão – posteriormente reduzidos a três meses – ou de desterro, desde que não vadios e com domicílio certo);
- B) Não tendo sido preso em flagrante, a sorte do suspeito dependia do mero arbítrio judicial e da classificação do crime, visto que poderia ser decretada a prisão do indiciado por crime inafiançável, ou daquele

que, embora respondendo por crime afiançável, não houvesse recolhido o valor da fiança definido pela autoridade judiciária;

- C) Se o acusado, embora permanecendo solto durante o sumário de culpa, viesse a ser pronunciado, seria automaticamente recolhido à prisão, salvo se, afiançável o crime, prestasse a fiança. Ressalte-se que a pronúncia implicava a prisão do réu processado por crime inafiançável, mesmo quando já transcorrido um ano depois do cometimento do crime;⁹
- D) Fora dos casos de flagrante delito, ninguém poderia ser preso cautelarmente senão em virtude de ordem da autoridade competente, que, lembre-se, não era necessariamente um juiz de direito.

Com o advento do Código de 1941, houve um significativo avanço e, para compensar, um injustificável retrocesso, como já mencionado. Avanço, porque se passou a exigir – ao menos no texto legal – que a prisão preventiva do indiciado ou acusado fosse precedida de análise quanto à sua necessidade, por critérios que, a despeito de nem sempre precisos, conferiram maior objetividade a tal decisão. Retrocesso, porque se introduziu a regra inexorável da prisão obrigatória para crimes punidos com pena máxima igualou superior a 10 anos de reclusão.

A partir do final da década de 60 do século passado vieram a lume importantes modificações no Código de 1941, como já ressaltado, de modo que, **atualmente**, tem-se a seguinte situação:

- A) Estando o investigado ou o acusado solto:
 - A.1. Ninguém pode ser preso antes da sentença condenatória definitiva, salvo se autuado em flagrante delito, ou mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária (artigo 5º, inc. LXI, da CF), nos casos previstos em lei, em virtude de prisão temporária ou preventiva (artigo 283 do CPP). Assim, quem responde a investigação criminal ou a ação penal em liberdade somente pode ser preso se, presente o pressuposto inerente a qualquer medida cautelar pessoal – *fumus comissi delicti*, é dizer, elementos

9. A referência se justifica em face da vedação prevista no art. 29, § 2º, do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871: “§ 3Q Não poderá ser ordenada ou requisitada nem executada a prisão de réu não pronunciado, se houver decorrido um ano depois da perpetração do crime.”

informativos que indiquem a ocorrência do crime e indícios suficientes de autoria do sujeito passivo da medida –, caracterizar-se, concretamente, a necessidade da prisão, observando-se o juízo de proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), e inviável a substituição da prisão por cautelares alternativas, conforme explicado no próximo item;

- A.2. Nada impedirá que, cuidando-se de infração a que se comine pena privativa de liberdade, o juiz natural imponha ao investigado ou ao acusado alguma ou algumas das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, de forma isolada ou cumulada, em conformidade com os critérios indicados no artigo 282 do CPP. Poderá, ainda, simplesmente conceder ao agente liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código (art. 321);
- B) Estando preso o indiciado ou acusado, é preciso distinguir:
- B.1. Está preso em flagrante. Em tal situação, ele poderá obter sua liberdade sob as seguintes modalidades:
- B.1.1. Cometeu infração punida com pena máxima não superior a quatro anos e não há vedação legal à fiança (artigos 323 e 324): o juiz ou o próprio delegado de polícia poderá arbitrar a fiança e soltar o autuado (artigo 322, *caput*).
- B.1.2. Cometeu infração punida com pena superior a quatro anos: somente o juiz poderá conceder a fiança (artigo 322, parágrafo único), o que também vale para a hipótese em que o preso, por sua situação econômica, não puder pagar o valor da fiança (artigo 350).
- B.1.3. Cometeu infração em relação à qual a lei, aparentemente, veda o arbitramento de fiança, em face da natureza do crime ou por circunstâncias impeditivas (Constituição Federal, artigo 5º, inc. XLII, XLIII, XLIV artigos 323 e 324 do CPP): somente a autoridade judiciária competente poderá – desconsiderada a polêmica relativa aos crimes hediondos e assemelhados – conceder ao autuado a liberdade sem fiança, ou por entender que o agente praticou o fato

em situação que exclua a ilicitude da conduta (artigo 310, parágrafo único), ou por entender que não está presente qualquer dos motivos que justificariam a prisão preventiva e que afastariam a aplicação de outra cautela (artigos 310 c/c 312 e 321).

- B.2. Está preso em decorrência de prisão temporária (Lei nº 7.960/89): a liberdade do acusado estará condicionada ao escoamento do prazo da prisão temporária sem que se tenha obtido sua conversão em prisão preventiva (art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/89), ou, em qualquer das duas hipóteses, quando não mais presente o motivo que justificou a cautela (artigo 282, § 5º).
- C) Se houve detenção do autor de fato definido em lei como de menor potencial ofensivo (pena máxima não superior a dois anos, na forma do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 c/c artigo 61 da Lei nº 9.099/95), deverá ele ser posto em liberdade, sem pagamento de fiança, obrigando-se tão somente a comparecer futuramente ao Juizado (artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95), não mais se aplicando o disposto no artigo 321 do CPP (hipóteses em que o indiciado “se livra solto”), dada a regência das normas relativas ao Juizado Especial Criminal.

Em complemento ao que se disse no item B.1.3, polemizava-se quanto à possibilidade de o juiz conceder a autor de crime hediondo liberdade provisória cumulada com outra(s) medida(s) cautelar(es), salvo fiança. É que a proibição constitucional diz respeito à fiança e tinha como referência um sistema normativo apoiado sobre a prisão em flagrante. Com a reforma de 2011, em razão da qual a prisão em flagrante perde autonomia e passa a ter validade efêmera e precária, adota-se um novo modelo cautelar, que “*individualiza*” a medida provisional para cada situação concreta.

Assim, e sendo certo que a fiança adquire função cautelar (não mais servindo como mera contracautela à prisão em flagrante)¹⁰, firmou-se a compreensão de que nada estará a impedir o juiz de, ouvido o Ministério Público, conceder ao autuado liberdade, mediante imposição de uma ou mais medidas

10. Para uma visão comparativa da fiança nos sistemas inglês, norte-americano, francês e alemão, consultar FANUELE (2016).

cautelares diversas da prisão, mesmo em casos de autores de crimes hediondos ou assemelhados.¹¹

11. Vale aqui evidenciar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema da proclamada inafiançabilidade dos crimes hediondos e assemelhados (art. 5º, XLIII e XLIV, da CR). Prevalencia na Suprema Corte o entendimento de que a fiança não era uma espécie do gênero liberdade provisória. Assim, admitia o STF como válidas as normas infraconstitucionais (como a do artigo 2º, inciso II da L. 8.072/90, mesmo com a alteração promovida pela L. 11.464/07) que proibem a liberdade provisória, de qualquer espécie, a quem é acusado de ser autor de crime hediondo ou assemelhado. Exemplo se vê no julgamento, pelo STF, do HC 103.399/SP 1ª T., Rel. Min. Ayres Britto, j. 22.06.2010, DJe n. 154, de 20.08.2010:

(...) 1. Se o crime é inafiançável e preso o acusado em flagrante delito, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, quando impedia a “fiança e a liberdade provisória”, de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo art. 1º da Lei 11.464/07, ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança. 2. Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que “a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: [...] seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança” (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). No mesmo sentido, STF, HC 103.406/SP, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.08.2010, DJe n. 168, de 10.09.2010. Assim também: STF, HC 102.715/JMG, 1ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03.08.2010, DJe n. 200, de 22.10.2010; STF, HC 98.548/SC, 1ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.11.2009, DJe n. 232, de 11.12.2009; STF, HC 103.399/SP, 1ª T., Rel. Min. Ayres Britto, j. 22.06.2010, DJe n. 154, de 20.08.2010; STF, HC 102.558/PR, 2ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09.02.2010, DJe n. 45, de 12.03.2010. A Corte Suprema, todavia, promoveu radical modificação em tal entendimento, passando a pontuar que, mesmo nas hipóteses de prática de crime hediondo ou a ele assemelhado (como é o caso do tráfico de entorpecentes) não há impedimento à liberdade provisória, sendo írrita a previsão constitucional e legal quanto à inafiançabilidade de tais delitos. Inicialmente operada no âmbito das Turmas, a evolução jurisprudencial alcançou o Pleno. Confira-se: [...] 2. A mera alusão à gravidade do delito ou a expressões de simples apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar; sendo certo que a proibição abstrata de liberdade provisória também se mostra incompatível com tal presunção constitucional de não-culpabilidade. [...] 5. O fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhe sejam equiparados parece não ter a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, conforme abstratamente estabelecido no art. 44 da Lei 11.343/2006, jungido que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena). Pelo que a inafiançabilidade da prisão, mesmo em flagrante (inciso XLIII do art. 5º da CF), quer apenas significar que a lei infraconstitucional não pode prever como condição suficiente para a concessão da liberdade provisória o mero pagamento de uma fiança. A prisão em flagrante não pré-exclui o benefício da liberdade provisória, mas, tão-só, a fiança como ferramenta da sua obtenção (dela, liberdade provisória). Se é vedado levar à prisão ou nela manter alguém legalmente beneficiado com a cláusula da afiançabilidade, a

Nesse sentido se posiciona LOPES JR. (2011-B, p. 156), ao pregar, mesmo para hipótese de crime hediondo, que “diante de um flagrante por crime inafiançável, não estando presente o *periculum libertatis* da prisão preventiva ou, ao menos, não em nível suficiente para exigir a prisão preventiva, poderá o juiz conceder a liberdade provisória sem fiança, mas com medidas cautelares alternativas com suficiência para tutelar a situação fática de perigo”. Isso porque, como mais adiante acentua, “a inafiançabilidade acaba por impor, para concessão da liberdade provisória, a submissão do imputado a uma ou mais medidas cautelares diversas, mais gravosas do que a fiança, entre aquelas previstas no artigo 319 do CPP” (2011-B, p. 166).

No trecho destacado no excerto doutrinário parece residir o ponto nodal da questão. Não se poderia impor qualquer medida cautelar, entre as elenca-

recíproca não é verdadeira: a inafiançabilidade de um crime não implica, necessariamente, vedação do benefício à liberdade provisória, mas apenas sua obtenção pelo simples dispêndio de recursos financeiros ou bens materiais. Tudo vai depender da concreta aferição judicial da periculosidade do agente, atento o juiz aos vetores do art. 312 do Código de Processo Penal. 6. Nem a inafiançabilidade exclui a liberdade provisória nem o flagrante pré-exclui a necessidade de fundamentação judicial para a continuidade da prisão. Pelo que, nada obstante a maior severidade da Constituição para com os delitos em causa, tal resposta normativa de maior rigor penal não tem a força de minimizar e muito menos excluir a participação verdadeiramente central do Poder Judiciário em tema de privação da liberdade corporal do indivíduo. Em suma: a liberdade de locomoção do ser humano é bem jurídico tão superlativamente prestigiado pela Constituição que até mesmo a prisão em flagrante delito há de ser imediatamente comunicada ao juiz para decidir tanto sobre a regularidade do respectivo auto quanto a respeito da necessidade da sua prossecução. Para o que disporá das hipóteses de incidência do art. 312 do CPP, nelas embutido o bem jurídico da Ordem Pública, um dos explícitos fins dessa tão genuína quanto essencial atividade estatal que atende pelo nome de Segurança Pública (art. 144 da CF/88). [...] (HC 103595, Rel. Min. AYRES BRITTO, 2ª T., DJe 12/4/2012); [...] 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 104.339/SP (Min. GILMAR MENDES, DJe de 06.12.2012), em evolução jurisprudencial, declarou a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006. Entendeu-se que (a) a mera inafiançabilidade do delito (CF, art. 5º, XLIII) não impede a concessão da liberdade provisória; (b) sua vedação apriorística é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, bem assim com o mandamento constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão. (HC 113945, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, 2ª T., DJe 12/11/2013). Ainda: **PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA.** A liberdade de um indivíduo suspeito da prática de infração penal somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, na gravidade do crime ou em razão de seu caráter hediondo. Desproporcionalidade prisão. Ordem concedida. (STF; HC-AgR 196.032; BA; Segunda Turma; Red. Desig. Min. Gilmar Mendes; DJE 08/11/2021; Pág. 32).

das no CPP, ao investigado ou acusado de crime hediondo ou assemelhado, mas tão aquelas que lhe tragam alguma restrição maior se comparadas com a fiança. A não ser assim, o juiz deixaria de levar em conta, ao examinar o auto de prisão em flagrante, que o propósito do constituinte 1988 foi o de conferir tratamento mais rigoroso – penal, processual e penitenciário – aos autores de crimes hediondos e assemelhados, de maneira a impingir, também no plano judicial, um rigor maior no momento de interpretar e aplicar, em casos tais, o novo sistema cautelar.

Foi o que sustentamos no passado. Mas, não há como deixar de considerar que, embora possa ter sido a vontade original do Constituinte de 1988 vedar a liberdade provisória (e não apenas a fiança, porque não se fazia distinção entre os institutos) para autores de crimes hediondos e a ele assemelhados, o melhor caminho a seguir, inclusive a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema desde a Carta de 1988, seria o de interpretar o texto constitucional no sentido de que, conquanto não pudesse o autor de crime hediondo – no regime jurídico anterior – ser solto após a prisão em flagrante mediante tão somente o pagamento de uma fiança (o que seria impossível na prática, porque os crimes hediondos, dada a quantidade da pena cominada, já não comportariam fiança na antiga redação do Código), a situação se modifica com a Lei 12.403/11, porquanto a fiança passa a ser uma cautela como qualquer outra das previstas no Código. Logo, nada impede que, ausente a necessidade de manter o réu preso enquanto responde à ação penal, seja ele colocado em liberdade, com cautelas alternativas, inclusive – por que não? – a fiança, desde que se entenda tal medida, a par de eventuais outras, como adequada e suficiente para proteger a instrução criminal, a aplicação da lei penal ou a ordem pública (evitar a prática de novas infrações penais).

6. AS REVOGADAS PRISÕES DECORRENTES DA DECISÃO DE PRONÚNCIA E DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

Do ponto de vista histórico, resta ainda indicar duas modalidades de prisão provisória que eram previstas no Código de Processo antes da Reforma de 2008: as prisões que decorrem da decisão de pronúncia (antiga redação do artigo 408, § 1º) e da sentença penal condenatória recorrível (artigo 594, antes de sua revogação pela L. 11.719/08).

Releva destacar que, pelas razões já examinadas acima, a normatização que compunha o sistema do Código de Processo Penal de 1941, em sua versão original e seguindo a tradição que vinha desde o Código Imperial, não deixava alternativa ao juiz na hipótese de pronúncia ou de condenação de autor de crime inafiançável (ou quando não prestada a fiança): o recolhimento à prisão era automático de ambas as decisões.

Trabalhava-se com uma espécie de presunção de necessidade da prisão, ao velado argumento de que se o acusado fosse pronunciado para ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, ou, *a fortiori*, se condenado por qualquer crime inafiançável, o risco de fuga era muito grande e, portanto, justificada estaria a prisão *ante tempus*. Essa lógica foi temperada com o advento da Lei nº 5.941/73, que passou a permitir ao réu pronunciado ou condenado manter-se livre, desde que primário e portador de bons antecedentes.

Dizíamos, desde a primeira edição deste livro, em 2006, que:

No sistema normativo atual, não vislumbramos como possam ambos os dispositivos citados – bem assim o do artigo 595 do CPP – sobreviver a uma análise isenta e sedimentada na razoabilidade e em princípios que compõem o nosso sistema processual penal, informados pela Constituição Federal.

A jurisprudência a esse respeito tem caminhado, já há vários anos, na direção de acolher a concepção de que a prisão decorrente de pronúncia ou de sentença penal condenatória recorrível somente não ofende o princípio da presunção de inocência se for devidamente demonstrada, na fundamentação da sentença condenatória ou na decisão de pronúncia, a *necessidade* da prisão *ad custodiam*. Assim o é em relação ao Superior Tribunal de Justiça¹² e

12. “À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312, do CPP. A regra do art. 594 do CPP deve hoje ser concebida de forma branda, em razão do aludido princípio constitucional, não se admitindo a sua incidência na hipótese em que o réu, por força de *habeas corpus* concedido pela Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, teve a prisão preventiva revogada, permanecendo em liberdade durante todo o curso do processo e não se demonstrou no dispositivo da sentença a necessidade da medida constritiva ou a existência de qualquer fato novo que justificasse o encarceramento. *Habeas corpus* deferido” (*Habeas Corpus* 10118-MS, 6ª T, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 05/10/99, DJ de 03/11/99).

em relação ao Supremo Tribunal Federal.¹³ Caso contrário, caracterizam-se como prisões automáticas, como mera derivação inexorável de ato processual, o que, convenhamos, destoa da racionalidade do sistema atualmente pensado e aplicado.

Registre-se a posição liberal que mais recentemente vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, sob sua nova composição, a partir de meados de 2003. Exemplo disso é o julgamento da Reclamação nº 2.391-MC/PR,¹⁴ na qual se discutiu a constitucionalidade dos artigos 9º da Lei nº 9.034/95 (“o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei”) e 3º da Lei nº 9.613/98 (“os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”).

Consoante noticiou o Informativo nº 334 do STF, considerou-se, sob a liderança dos votos do Ministro Relator, Marco Aurélio, e do Ministro Cezar Peluso, que ambos os dispositivos denotam desproporcionalidade entre a execução da decisão judicial nas esferas penal e civil, bem como contrariam o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF/88, artigo 5º, LVII).

Sob essa perspectiva, proclamaram, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 9.034/95, emprestando ao artigo 3º da Lei nº 9.613/98 interpretação conforme à Constituição, no sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamenta sobre a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar, posição seguida pelos Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto.

Como assinalado então, e já com o passar de alguns anos desde a edição anterior, verificou-se o avanço da jurisprudência do STF, sendo oportuno destacar a decisão impactante proferida também pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 83.810-RJ, em que, confirmando a tendência mais liberal assumida a partir do final do século passado pela Corte,¹⁵ assentou-se a

13. Min. Celso de Mello, DJU 12/4/91). Em outro julgado contemporâneo, assentou-se igual entendimento, *verbis*: “(...) A prisão para apelar só se legitima quando se evidencia a sua necessidade cautelar, não cabendo inferi-la exclusivamente da gravidade em abstrato do delito imputado; é possível, contudo, extrair do contexto do fato concreto - que revela a existência de complexa organização criminosa de dimensões internacionais base empírica para a afirmação do risco de fuga dos condenados, fundamento idôneo para a cautela da prisão provisória imposta” (HC nº 69.818-Sp, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 27/11/92).
14. O julgamento não foi concluído, tendo o Tribunal, por unanimidade, considerado prejudicada a questão de ordem na Reclamação nº 2.391-5/PR.
15. Tome-se como exemplo nítido dessa afirmação a decisão proferida, em 23.02.2006, no julgamento do HC nº 82.959/SP” relatado pelo Min. Marco Aurélio. Por maioria apertada (6