

1. Introdução

Medidas assecuratórias

São providências de natureza cautelar, urgentes e provisórias, com a finalidade de assegurar a eficácia da decisão judicial, seja garantindo a reparação do dano ou garantindo que a pena seja cumprida. Dividem-se em reais (referem-se ao patrimônio) e pessoais (referem-se às pessoas).

Medidas assecuratórias reais

1. **Sequestro:** Consiste na retenção do bem imóvel (CPP, art. 125) ou móvel (CPP, art. 132) adquirido com o proveito do crime cometido. A ideia é reter estes bens para que o acusado não se desfaça deles no andamento do processo penal.
2. **Hipoteca legal:** Ao contrário do sequestro, a intenção aqui é resguardar o direito real a um bem imóvel lícito do réu, visando a futura reparação do dano civil causado pela conduta criminosa.
3. **Arresto:** Idem ao item acima, mas para bens móveis.

Medidas assecuratórias pessoais

Trata-se, primariamente, da prisão provisória e demais cautelares alternativas à prisão.

Tipos de Prisão

1. **Penal:** a mais comum, e a que normalmente pensamos ao falar em prisão. É aquela que pune quem comete crimes. Divide-se em *definitiva* (apenas após o trânsito em julgado) e *cautelar*.
2. **Civil:** É um tipo de prisão excepcional, admitida hoje apenas no caso de inadimplemento de pensão alimentícia
3. **Administrativa:** Feita por autoridade administrativa. É um tipo que praticamente desapareceu após a constituição de 1988, e atualmente é mais comum apenas no âmbito militar.

Indiciado, acusado e condenado

Indiciado é que é apontado como suspeito durante o inquérito policial; *acusado* é aquele que é formalmente acusado de um crime no processo (ou seja, réu); e *condenado* é o réu que sofreu condenação transitada em julgado.

Fumus commissi delicti e periculum libertatis

Estes institutos são a “*versão penal*” do *fumus bonis iuris* e *periculum in mora*, do direito civil. Há esta distinção porque seus valores não são perfeitamente adaptados à proteção dos bens jurídicos de que trata o Direito Penal. O *fumus bonis iuris*, por exemplo, trata da “fumaça do bom direito”, enquanto na esfera penal o foco é justamente o contrário – a prática do ato ilícito. De maneira semelhante, não há que se falar em “*perigo na demora*” ao determinar uma prisão preventiva, mas sim no potencial perigo que a liberdade do acusado pode causar no processo. Desta maneira temos que o *fumus commissi delicti* é a fumaça do cometimento do delito – sua materialidade –, enquanto *periculum libertatis* é o perigo que a liberdade do acusado representa ao processo.

2. Prisão em Flagrante

Conceito

Prisão em flagrante é uma medida restritiva de liberdade, *pré-cautelar*¹, que se configura contra quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, crime ou contravenção. Importante notar que a lei não especifica, com exatidão, o significado de “logo após”, entendendo a doutrina e a jurisprudência que a questão deve ser analisada caso a caso. Não havendo limite expresso, a ideia de “*flagrante em até 24 horas*” não passa de lenda urbana.

Sempre que ocorrer uma prisão em flagrante, o ocorrido e o local onde a pessoa está detida deverão ser comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa indicada por ele (CPP, art. 306). Após a prisão, o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado ao juiz competente e o advogado do réu ou a Defensoria Pública, se este não possuir representante, em até 24 horas (CPP, art. 306, § 1º)

Espécies de Flagrante (CPP, art. 302 – rol taxativo)

4. **Flagrante próprio ou propriamente dito**, que ocorre quando o agente é surpreendido enquanto comete a infração ou imediatamente após cometê-la (incs. I e II).
5. **Flagrante impróprio**, que ocorre quando o agente é perseguido, logo após o cometimento do delito, em situação que se faça crer ser ele autor do delito (inc. III). É o caso, por exemplo, do policial que escuta um disparo e ao aproximar-se do local da ocorrência, vê pessoa suspeita evadindo-se.
6. **Flagrante presumido**, onde logo depois a infração, encontra-se o agente portando instrumentos, armas, obje-

1 Pré-cautelar porque ocorre antes mesmo da medida cautelar, que é a prisão preventiva. Entende-se que a prisão em flagrante exige apenas a configuração do *fumus commissi delicti*, enquanto a preventiva exige além deste o *periculum libertatis*.

tos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (inc. IV). Observe que a lei usa o termo “logo depois” no lugar de “logo após”, dando a entender que o lapso temporal entre a prisão e a conduta é maior nesta hipótese do que nas anteriores.

Flagrante compulsório e facultativo

Denomina-se **flagrante compulsório** ou **obrigatório** aquele em que o agente deve realizar a prisão em flagrante, seja ela conveniente ou não no momento. São as hipóteses previstas no art. 302, que quando presenciadas por autoridade policial, esta terá o dever de prender em flagrante (CPP, art. 301). De forma contrária, tais atos presenciados por qualquer pessoa comum dão a ela a **faculdade** de prender em flagrante, de acordo com sua conveniência e oportunidade.

Flagrante provocado

É o caso em que alguém toma instiga o agente na prática do crime ao mesmo tempo em que toma as providências necessárias para que o delito não se concretize. Exemplo: policial à paisana vai até a boca de fumo e pede para comprar drogas para que, no momento que a transação se concretiza, prender o criminoso em flagrante. Este tipo de flagrante é considerado ilegal, pois a princípio, tratar-se-ia de crime impossível², já que não há possibilidade nenhuma do agente conseguir safar-se da ação policial.

Flagrante esperado

É semelhante ao exemplo acima, mas desta vez o policial apenas monitora a ação de longe, não influenciando na conduta do agente. É perfeitamente legal, visto que o agente não é induzido à prática do crime de maneira artificial, é apenas monitorado de longe.

Flagrante diferido ou prorrogado

É um tipo especial de flagrante que está previsto no art. 2º, II da lei 9.034/95, a Lei do Crime Organizado. Este dispositivo dá a opção ao agente policial de retardar a prisão em flagrante quando suspeitar que a conduta está relacionada às ações do crime organizado, desde que mantenha o agente sob vigilância. A ideia é não interferir imediatamente quando o ato se concretiza, mas aguardar um momento mais oportuna na produção de provas contra o crime organizado antes de agir.

Flagrante forjado

São os casos em que, por exemplo, a polícia ou particulares “plantam” drogas na casa da pessoa com o intuito de que ela seja presa em flagrante. Obviamente, este tipo de flagrante é ilegal.

Outras hipóteses de flagrante

1. **Crime permanente:** Nos crimes permanentes, enquanto a situação de permanência não cessar, o agente encontra-se em situação de flagrante delito (CPP, art. 303).
2. **Crime habitual:** Por sua natureza, o crime habitual se configura com ações regulares e reiteradas, não sendo possível, portanto, isolá-lo em um momento específico do tempo. Sendo assim, entende-se que não cabe a prisão em flagrante delito nos crimes habituais.
3. **Crime continuado:** Caracteriza-se por ser composto de várias ações independentes, sob as quais, isoladamente, cabe a prisão em flagrante.
4. **Crime de menor potencial ofensivo:** Não admitem flagrante.

Análise do Auto de Prisão em Flagrante pelo Juiz (CPP, art. 310)

Após receber o APE, o juiz deverá escolher uma das três opções:

1. **Relaxar a prisão ilegal**, quando entender que o flagrante foi forjado ou provocado.
2. **Conceder liberdade provisória**, quando entender que não há configurada hipótese de *periculum libertatis*³. A liberdade provisória poderá ser concedida com ou sem fiança.
3. **Converter a prisão em flagrante em prisão preventiva**. Por ser uma opção que viola o princípio da presunção de inocência, esta deverá ser a última opção do magistrado.

3. Prisão Preventiva

Conceito

É uma modalidade de prisão processual cautelar (logo, exige *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), que pode ser decretada pelo juiz tanto durante o inquérito policial (onde o magistrado deve ser provocado para tal) quanto do processo (cuja prisão pode ser decretada de ofício). Por ser uma violação da presunção de inocência do réu, a prisão preventiva é uma medida cautelar de caráter excepcional, que deve ser usada apenas quando ne-

2 Há digressões quanto a este fundamento. Alguns doutrinadores entendem tratar-se de crime impossível, enquanto outros afastam tal possibilidade dizendo que neste caso não temos nem a ineficácia total do meio e nem a impropriedade total do objeto, mas sim uma conduta onde não há o livre arbítrio do agente que comete o crime.

3 Ao menos em teoria, ninguém no Brasil pode ficar preso sem a devida configuração do *periculum libertatis*.

nhuma outra medida for suficiente.
É cumprida sempre em **regime fechado**.

A “Regra de Ouro”

Se eu não vejo benefício algum na prisão preventiva, ela não é necessária.

Medidas Cautelares Alternativas à Prisão (CPP, art. 319)

As medidas cautelares, que devem ser analisadas antes de se considerar a prisão preventiva, são:

1. Comparecimento periódico em juízo para informar e justificar suas atividades.
2. Proibição de frequentar certos lugares.
3. Proibição de manter contato com determinadas pessoas.
4. Proibição de ausentar-se da Comarca.
5. Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.
6. Suspensão no exercício de função pública ou outra atividade econômica.
7. Internação provisória (no caso do inimputável ou semi-imputável).
8. Fiança.
9. Monitoração eletrônica.

Se mesmo com a aplicação de uma ou mais das medidas acima o juiz ainda entender que o *periculum libertatis* continua existindo, a prisão preventiva poderá ser decretada.

Momento da prisão preventiva (CPP, art. 311)

Poderá ser feita a qualquer momento do inquérito (o juiz deve ser provocado) ou do processo (pode ser provocado ou de ofício). Pode ser requerida pelo Ministério Público, pelo querelante, por seu assistente ou pela autoridade policial.

Requisitos e Fundamento da Prisão Preventiva (CPP, art. 312)

Além da análise das medidas cautelares alternativas, é requisito essencial da prisão preventiva a **prova de existência do crime** e o **indício suficiente de autoria** (*fumus commissi delicti*). Com os requisitos em mãos, a prisão fundamentar-se-á no rol taxativo do art. 312, a saber:

1. **Garantia da Ordem Pública:** São os casos em que a liberdade do réu põe em sério risco a ordem pública, ameaçando fazer com que a sociedade toda se afogue em caos. Como “ordem pública” é um conceito extremamente amplo, o próprio STF já se pronunciou sobre quais motivos não são fundamento suficiente para a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ver abaixo).
2. **Garantia da Ordem Econômica:** São os casos de crimes cometidos e que movimentam vultuosas somas em dinheiro, a ponto de comprometer a ordem econômica do país. **Exemplo:** Operação Lava-jato.
3. **Conveniência da Instrução Criminal:** São os casos em que a permanência em liberdade do réu traz grande chance de comprometer a instrução criminal (réu que ameaça testemunhas, manipula cena do crime, etc.). **Exemplo:** Casal Nardoni.
4. **Assegurar a aplicação da lei penal:** Ocorre quando se verifica que o réu planeja esconder-se ou escapar da jurisdição brasileira. Neste caso, o juiz decreta a prisão e detém o passaporte do réu. **Exemplo:** Casal Nardoni.
5. **Descumprimento de obrigação imposta por qualquer outra medida cautelar**, conforme arts. 282, § 4º e 312 § único do CPP.

Se os requisitos acima não estiverem presentes, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, e impor, se necessário, o cumprimento de alguma das medidas cautelares.

Motivos que NÃO fundamentam prisão preventiva para garantia da ordem pública (STF)

1. Gravidade do delito
2. Clamor Social
3. Proteção ao réu
4. Credibilidade da justiça
5. Reincidência⁴

Casos em que cabe prisão preventiva (CPP, art. 313)

1. Crimes dolosos com pena **máxima** superior a 4 anos (superior, não “igual”).
2. Reincidência em crime doloso.
3. Violência doméstica contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.
4. Dúvida sobre a identidade civil, caso em que a pessoa será colocada em liberdade após provar a identidade, salvo se houver outra necessidade para mantê-la presa.

⁴ A ser analisada caso a caso. Se a reincidência for de crime doloso, não necessariamente específico, mas que tenha alguma relação com entre a conduta original e a reincidência, esta justificativa poderá ser usada.

Fiança

É uma caução ou garantia, geralmente em dinheiro, para manter o réu interessado no andamento do processo. Seu valor irá ser abatido das custas e/ou multa do processo, e a “sobra” deste valor é devolvida ao réu. Nos crimes com pena máxima superior a 4 anos, deverá ser fixada pelo juiz; com pena máxima igual ou inferior a 4 anos, seu valor poderá ser fixado pelo delegado. É importante notar que **se o réu não possui a condição de pagar a fiança (e puder comprovar isso), o inadimplemento dela por si só não justifica a prisão preventiva**.

Valor da Fiança (CPP, arts. 325 e 326)

O valor da fiança deverá ser fixado dentro de 1 a 100 salários-mínimos quando a pena máxima for menor ou igual a 4 anos e 10 a 200 salários-mínimos em caso contrário. Para determinar o valor, dever-se-á levar em consideração o tipo da infração cometida, a ida pregressa do réu, seu grau de periculosidade, e o provável valor das custas do processo. Quando à situação econômica do réu, o juiz poderá dispensar a fiança, reduzi-la em 2/3 ou ainda aumentá-la em 1000 vezes, para que seu valor se adeque à situação do réu.

Crimes inafiançáveis

São os crimes listados nos arts. 323 e 324 do CPP: racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos, os que são feitos contra a ordem constitucional, nos casos de prisão civil ou militar, e aos réus que. No mesmo processo, já tiverem quebrado a fiança (CPP, arts. 327 e 328). No entanto, com a Constituição de 1988, o crime inafiançável **não mais afasta a imposição de outras medidas cautelares**, o que acaba sendo uma “vantagem” para o réu.

Quebra de Fiança (CPP, arts. 341 e 343)

Ocorre quando:

1. Quando o réu é intimado e deixa de comparecer em juízo, sem motivo justificado.
2. Deliberadamente praticar ato de obstrução no processo.
3. Descumprir qualquer medida cautelar que tenha sido imposta junto com a fiança.
4. Resistir à ordem judicial, sem motivo justificado.
5. Praticar outra infração dolosa.

Efeito: O réu perde metade do valor da fiança (após descontar as custas, etc.) e o juiz poderá impor mais medidas cautelares ou até mesmo a prisão preventiva.

Perda de Fiança (CPP, arts. 344 e 345)

Ocorre quando o réu condenado não se apresentar para o cumprimento da pena imposta. Neste caso, após descontar os valores de custas e multas do processo, o réu perde integralmente o valor restante, que será revertido ao fundo penitenciário.

4. Prisão domiciliar, temporária e especial

Prisão domiciliar (CPP, arts. 317 e 318)

É a prisão em que o **indiciado ou acusado** permanece em sua residência, não podendo se ausentar sem autorização judicial. A prisão preventiva é substituída pela domiciliar quando:

1. O réu tiver mais de 80 anos.
2. O réu estiver extremamente debilitado por doença grave.
3. O réu for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos ou com deficiência.
4. No caso de réu gestante, a partir do 7º mês de gravidez ou se esta for de alto risco.

É importante observar que estamos falando aqui de uma prisão preventiva que foi convertida em prisão domiciliar. Não se pode confundir com a pena cumprida em regime aberto na residência (ou seja, estamos falando aqui de um **condenado**), prevista na lei 7.210/84, art. 117.

Prisão temporária (Lei 7.960/89)

É a prisão regulamentada pela lei 7.960/89, que prevê sua aplicação apenas durante o inquérito policial. Esta espécie de prisão tem como objetivo tutelar a investigação durante o inquérito policial. Só pode ser decretada pelo juiz, mas nunca de ofício, sendo necessário o requerimento da autoridade policial do Ministério Público (art. 2º), tendo prazo de 5 dias prorrogáveis por mais 5 (exceto nos casos de crime hediondo, onde este prazo é de 30 dias, ver lei 8.072/90, art. 2º, § 3º). Importante observar que o prazo é apenas um limite máximo para a prisão; por tutelar o interesse da investigação policial, é facultado ao delegado de polícia colocar o indiciado em liberdade se entender que não há mais perigo para o inquérito.

Prisão Temporária – Fumus Commissi Delicti (Lei 7.960/89, art. 1º, III)

Para configurar o *fumus commissi delicti* necessário à prisão temporária, deverão existir fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

1. Homicídio doloso

2. Sequestro ou cárcere privado
3. Roubo
4. Extorsão
5. Extorsão mediante sequestro
6. Estupro
7. Atentado violento ao pudor
8. Rapto violento
9. Epidemia com resultado de morte
10. Envenenamento de água, comida ou remédio, qualificado pela morte
11. Quadrilha ou bando
12. Genocídio
13. Tráfico de drogas
14. Crimes contra o sistema financeiro

Prisão Temporária – *Periculum in Mora* (Lei 7.960/89, art. 1º, I e II)

Para a prisão temporária, só será considerado “*perigo na demora*” quando a prisão for absolutamente imprescindível para o bom andamento do inquérito policial ou quando o indicado não fornecer elementos suficientes que permitam sua identificação. Exemplo recente é o do casal Nardoni, cujo *periculum in mora* foi configurado porque a perícia determinou que o casal estava adulterando o local do crime, correndo assim o risco de perderem-se provas importantes para o processo.

Audiência de Custódia (Lei 7.960/89, art. 2º, § 3º)

Nada mais é do que a condução do preso cautelar sem demora (entenda-se: em até 24 horas) à presença do juiz, para que este verifique se de fato é necessária a prisão cautelar, atentando sempre para a integridade física do preso. É também a chance de um contraditório entre as partes, em que poderá ser questionada a legalidade e a real necessidade de manter o réu preso.

Tal dispositivo fundamenta-se em pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário (especificamente, CADH⁵, art. 7.5; PIDCP⁶, art. 9.3; e CEDH⁷, art. 5.3). Ultimamente tem se noticiado na mídia um “novo” projeto do CNJ com o intuito de trazer o preso cautelar à presença do juiz, mas a prisão legal já existe há muito tempo, tanto na lei 7.960/89, quanto nos arts. 287 e 306 § 1º do CPP:

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.
[...]

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública
[...]

Prisão Especial (CPP, art. 295)

Muito se vê em filmes e na televisão a “vantagem” que certos grupos de indivíduos tem ao serem condenados, de cumprir a prisão em cela especial. Vejamos o que diz o CPP:

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I – os ministros de Estado;

II – os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;

III – os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

5 Convenção Interamericana de Direitos Humanos
6 Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos
7 Convenção Europeia de Direitos Humanos

IV – os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”;

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI – os magistrados;

VII – os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII – os ministros de confissão religiosa;

IX – os ministros do Tribunal de Contas;

X – os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI – os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

Ou seja, a prisão especial nada mais é do que uma separação do preso cautelar dos demais presos condenados, pois se houver condenação definitiva, a pena será cumprida junto aos demais presos de regime equivalente. Isso nada tem a ver com o “mito” criado pela mídia, de celas com ar-condicionado, frigobar, televisão e demais regalias. Este direito dura até o trânsito em julgado da sentença condenatória.