

LIMITAÇÕES DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE POR MEIO DA FIANÇA

Maria Nazaré dos Reis

Aluna do 9º período do curso de Direito do UNIFOR-MG

Ricardo Augusto de Bessas

Professor de Direito Processual Penal do UNIFOR-MG

Recebido em: 05/04/2015

Aprovado em: 07/05/2015

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo discorrer sobre a prisão em flagrante e as limitações que o delegado de polícia enfrenta para garantir ao infrator o direito fundamental de responder o inquérito policial em liberdade por meio da concessão da medida cautelar restritiva de direitos denominada fiança e as consequências oriundas com o advento da Lei 12403/11, que alterou vários dispositivos do Código de Processo Penal a fim de atender uma política criminal de desencarceramento e sintonizar o sistema com o princípio da presunção de inocência que recomenda privação de liberdade somente em casos de extrema e fundamentada necessidade.

Palavras-chave: Delegado de Polícia. Prisão em flagrante. Fiança. Direito fundamental.

LIMITATIONS OF THE POLICIE CHIEF IN APPLYING THE FUNDAMENTAL RIGHT OF FREEDOM THROUGH THE BAIL

ABSTRACT

This paper aims to discuss about the flagrant prison and the limitations that the police chief finds to ensure that the prisoner has the fundamental right to answer to the police investigation into freedom through the grant of precautionary measure restrictive of rights called bail and the consequences originated with the enactment of Law 12403/11, which changed various device of the Code of Criminal Procedure in order to attend a criminal politics of extrication and tune the system with the principle of presumption of innocence which prioritizes the deprivation of liberty only in cases of extreme and justified need.

Keywords: Police chief. Prison in flagrant. Bail. Fundamental right.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da CF/88, a privação da liberdade do direito de ir e vir de uma pessoa durante o tramitar de procedimento criminal passou a ser uma exceção¹, pois o cárcere não combina com a presunção de inocência preconizada pelo Estado Democrático de Direito e estampada como direito fundamental no art. 5º, LVII da CF/88 ao dispor que ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Entretanto, a própria CF/88 no intuito de atender interesse público previu em caráter de excepcionalidade a possibilidade de prisão antes de uma sentença penal condenatória irreversível a fim de resguardar o bom andamento da Justiça criminal, bem como preservar a sociedade da ação reiterada de pessoas perniciosas, ressaltando que essa medida cautelar deve ser utilizada como última *ratio* a fim de não estigmatizar o infrator num prejulgamento social.

Por outro lado, após quase 30 anos de “Constituição cidadã”, recheada formalmente de direitos e garantias individuais, verifica-se na prática o inverso, e o que era para ser uma exceção está virando a regra, pois os presídios estão lotados não só de presos condenados, mas também, e quase na mesma proporção com presos provisórios que aguardam julgamento.

Nesse cenário de caos do sistema penitenciário entrou em vigor a Lei n. 12403/11, que dentre várias mudanças, alterou o art. 319 do CPP², inserindo um sistema multicautelares de medidas restritivas de direito, dentre elas reforçando a fiança, instituto processual previsto na legislação processual penal pátria desde 1940, com finalidade premente de reduzir a população carcerária no Brasil através de medidas voltadas para o não-encarceramento.

¹Art. 5º, LXVI da CF/88 - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória.

²Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - 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;

VII - 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;

VIII - 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 à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

2 DA PRISÃO

A prisão é a privação do direito de ir e vir por ordem do juiz (mandado de prisão) ou em caso de flagrante delito por determinação do delegado de polícia, conforme preceitua o art. 5º, LXI da CF/88³ e o art. 283 *caput* do CPP⁴, subdividindo-se em dois momentos processuais bem distintos: após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (prisão pena) e antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (prisão provisória).

Como bem ensina com autoridade o Prof. Jeferson Botelho Pereira⁵:

Fala-se de prisão-pena (penal) e de prisão sem pena (processual penal, civil e disciplinar). A prisão penal é claramente repressiva; dá-se quando, após o trânsito em julgado, é proferida uma sentença condenatória em que se impõe uma pena privativa de liberdade. A prisão processual, também conhecida como prisão provisória, é no dizer de Mirabete, uma prisão cautelar.

Apesar de ser uma medida de exceção do direito de locomoção, não pode a prisão ser um ato ofensivo à dignidade da pessoa humana, com sua excessiva exposição midiática ou mediante uso desnecessário de algemas contra quem nunca apresentou um histórico de vida social violento ou que diante das circunstâncias não tem nenhuma condição de fuga, seja em razão do seu estado físico ou em razão do porte bélico dos policiais que fazem sua escolta.

E no intuito de limitar o uso de algemas e evitar o abuso, o STF editou a seguinte súmula vinculante cuja aplicação já foi objeto de apreciação em julgamento pelo STJ⁶:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado⁷.

³ LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

⁴ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

⁵ PEREIRA, Jeferson Botelho; FERNANDES, Fernanda Kelly Silva Alves. **Manual de Processo Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015. p. 341.

⁶ Uso de algemas – Necessidade de fundamentação idônea. Não há nulidade processual na recusa do juiz em retirar as algemas do acusado durante a audiência de instrução e julgamento, desde que devidamente justificada a negativa. O STF editou a Súmula vinculante n. 11 no sentido de que o uso de algemas somente é lícito em casos excepcionais. Como o uso de algemas constitui exceção, sua adoção deve ser justificada concretamente, por escrito, em uma das seguintes hipóteses: resistência indevida da pessoa; fundado receio de fuga; perigo à integridade física própria ou alheia. Caso seja constatado que a utilização desse instrumento foi desarrazoada e desnecessária, poderá haver a responsabilização do agente ou autoridade, além da declaração de nulidade do ato processual realizado. Assim, havendo motivação adequada, concreta e suficiente para manter algemado o acusado, não há falar em nulidade do ato processual (STJ Informativo n. 506 julgado em 16/10/2012).

⁷ Súmula vinculante do STF n. 11.

Entende-se como prisão pena aquela que decorre de sentença penal condenatória irreversível visando à punição de quem praticou uma infração penal. Entretanto, no intuito de favorecer o infrator que aguarda julgamento preso, o STJ⁸ e o STF passaram a admitir a progressão de regime para menos rigoroso, benefício este que, em tese, só poderia acontecer durante a execução penal, ou seja, após sentença penal condenatória transitada em julgado.

E no intuito de pacificar o assunto e tornar questão jurídica incontroversa, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 19/2006⁹ e o STF a Súmula n. 716.

Já a prisão provisória, também conhecida como prisão cautelar, é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem ferir o princípio da não culpabilidade, uma vez que visa a resguardar o bom andamento do inquérito policial ou do processo, e não a punição do infrator, subdividindo-se em prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP), prisão preventiva (arts. 311 a 318 do CPP) e prisão temporária (Lei n. 7960/89).

As pessoas arroladas no art. 295 do CPP¹⁰ têm a prerrogativa de serem recolhidas em prisão especial, que nada mais é do que um local distinto da prisão comum¹¹, ressaltando que esse benefício se estende somente até o trânsito em julgado, salvo para o condenado que tenha

⁸ Execução provisória - Apelação - MP. O ora impetrante deseja dar início à execução provisória da pena imposta ao paciente acautelado, visto que seu *quantum* já o autorizaria a pleitear o regime aberto. Porém pende de julgamento a apelação do MP. Nesse panorama, presente o teor da Súm. n. 716 STF, nota-se que, em momento algum, há ressalvas à aplicação do enunciado em casos de eventual apelo da acusação em busca da majoração da condenação; pelo contrário, existem precedentes do STJ uníssomos a permitir progressão mesmo frente ao interesse da acusação de recorrer. Anote-se que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o art. 1º da Res. n. 19/2006, com ênfase à necessidade de ser prontamente iniciada tal execução provisória (STJ Informativo nº 350 julgado em 8/4/2008).

⁹ Art. 1º. A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios, ainda sujeitos a recurso sem efeito suspensivo, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal.

¹⁰ 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;

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.

¹¹ Art. 295 do CPP. § 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

prestado serviços na justiça criminal, pois este gozará ainda que na execução penal, sob pena de ser ofendido em meio a presos cuja condenação se deu em razão de sua participação¹².

Já o policial militar, preso provisoriamente, deverá aguardar seu julgamento recolhido no quartel da instituição a que estiver vinculado¹³.

E também revestido do manto da prisão especial está o advogado, ainda que o crime não tenha sido praticado no exercício ou em razão da função, prevendo o Estatuto da OAB (art. 7º, V da Lei n. 8906/94¹⁴), que deverá ser recolhido em sala do Estado-Maior, e na ausência desta, autorizada prisão domiciliar. Entretanto, há divergência acerca do benefício do recolhimento domiciliar, sendo matéria controvertida no âmbito dos tribunais¹⁵.

2ª Turma concede a advogado preso cautelarmente o direito a prisão domiciliar. Por votação unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu, nesta terça-feira (28), ao advogado P.R.P., de Botucatu (SP), o direito de permanecer em prisão domiciliar até o trânsito em julgado de sua condenação pelo crime de tráfico de drogas. A decisão foi tomada pela inexistência, em todo Estado de São Paulo, de vaga em sala de estado-maior para que o advogado pudesse exercer o

¹²LEP – Art. 84 (...). § 2º. O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da administração da justiça criminal ficará em dependência separada.

¹³Art. 300, par. único do CPP - O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.

¹⁴Art. 7º. São direitos do advogado: V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgada, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, e na sua falta, em prisão domiciliar;

¹⁵Negada prisão preventiva domiciliar a advogado investigado por associação para o tráfico. A ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal (STF), indeferiu o pedido de liminar na Reclamação (RCL) 18023 em que a seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP) pede que a prisão preventiva do advogado C.B.K., acusado de associação para o tráfico internacional de entorpecentes, seja transformada em prisão domiciliar. Segundo a OAB-SP, o juiz da 5ª Vara Criminal de Santos (SP) teria descumprido decisão do STF na ADI 1127 ao manter o advogado, acusado de associação tráfico internacional de entorpecentes, na Penitenciária de Tremembé (SP). De acordo com os autos, o advogado teve decretada a prisão cautelar juntamente com 38 corréus pela suposta prática de associação para o tráfico internacional de entorpecentes em decorrência da Operação Oversea, da Polícia Federal. Na investigação foram apreendidas, no Porto de Santos, quase três toneladas de cocaína que teriam como destino países da Europa. A OAB-SP entende que seu associado deveria estar recolhido em sala de Estado Maior ou, caso não haja estabelecimento semelhante no estado, em prisão domiciliar. A ministra Rosa Weber verificou que o juiz da 5ª Vara Criminal indeferiu o pedido de prisão domiciliar, mas determinou a transferência do advogado para local destinado à custódia de detentores de prerrogativas de recolhimento em separado no Presídio de Tremembé. Ao negar a transferência de regime, o juiz considerou que a existência de veementes indícios da participação do advogado em organização criminosa dedicada ao tráfico internacional de substâncias entorpecentes, pois ele poderia retomar as atividades e também adotar condutas que impediriam o regular desenvolvimento de processo a ser instaurado. A relatora observou que, apesar da condição de advogado do reclamante e da inexistência de Sala de Estado-Maior em São Paulo, com base nas informações do juiz de primeiro grau, não considera recomendável, neste momento, a prisão domiciliar. Citou, ainda, decisões do STF que admitem a possibilidade de acomodação de acusado em cárcere separado dos demais presos, quando não for recomendável a prisão domiciliar e não existir sala de Estado Maior na localidade. A ministra assinalou que o recolhimento de advogado em sala de Estado Maior, até o trânsito em julgado da condenação, comporta interpretações e que, em outras ocasiões, já se considerou que o recolhimento em sala, com ou sem grades, na Polícia Militar e até mesmo o recolhimento em cela individual em ala reservada de presídio federal se mostrava hábil a tanto (Reclamação 4733). Segundo a relatora, o essencial é que o local ofereça instalações e comodidades condignas, considerando-se as limitações decorrentes da prisão do investigado. “Não verifico, portanto, a plausibilidade jurídica do pedido de medida liminar, para concessão da tutela emergencial pleiteada”, decidiu a ministra (Notícias do STF em 24/08/14).

direito, previsto no artigo 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto do Advogado) e confirmado por jurisprudência do STF, de ser recolhido em sala de estado-maior ou, na inexistência dela, em domicílio, até possível trânsito em julgado da condenação. No caso, ele ainda está recorrendo de decisão de primeiro grau e não havia, no presídio onde estava inicialmente recolhido, sala que atendesse aos requisitos legais¹⁶.

Divergente também se tornou a questão da prisão especial em relação ao advogado quando a privação se der em razão de débitos alimentares. A jurisprudência do STJ vem oscilando em dois entendimentos: que a prisão especial se estende ao advogado preso civilmente, uma vez que não há taxatividade no dispositivo legal restringido o benefício à esfera criminal, por outro lado, não sendo possível tendo em vista o seu caráter coercitivo¹⁷.

Prisão civil de advogado. O advogado que tenha contra si decretada prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentícia tem direito a ser recolhido em prisão domiciliar na falta de sala de Estado Maior, mesmo que Delegacia de Polícia possa acomodá-lo sozinho em cela separada. Na esfera penal, a jurisprudência é uníssona quanto a ser garantida ao advogado a permanência em sala de Estado Maior e, na falta dessa, o regime domiciliar. Se, quando é malferido um bem tutelado pelo direito penal, permite-se ao advogado acusado o recolhimento em sala de Estado Maior, a lógica adotada no ordenamento jurídico impõe seja estendido igual direito ao advogado que infringe uma norma civil, porquanto, na linha do regramento lógico, "quem pode o mais, pode o menos". Ainda que as prisões tenham finalidades distintas, não se mostra razoável negar esse direito a infrator de obrigação cível, por mais relevante que seja, uma vez que, na escala de bens tutelados pelo Estado, os abrangidos pela lei penal são os mais relevantes à sociedade. Em última análise, trata-se de direito a regime adequado de cumprimento de mandado de segregação. Discute-se, pois, um corolário do direito de locomoção integrante do núcleo imutável da Constituição, tema materialmente constitucional a impor, portanto, interpretação que não restrinja o alcance da norma. Assim, se o legislador, ao disciplinar os direitos do advogado, entendeu incluir no rol o de "não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e na sua falta, em prisão domiciliar" (art. 7º, V, da Lei 8.906/1994), não cabe ao Poder Judiciário restringi-lo somente aos processos penais. Uma "cela", por sua própria estrutura física, não pode ser equiparada a "Sala de Estado Maior" (STF, Rcl 4.535-ES, Tribunal Pleno, DJe 15/6/2007), e a prisão domiciliar não deve ser entendida como

¹⁶ Notícias do STF em 28/08/12.

¹⁷ Prisão civil de advogado. O advogado que tenha contra si decretada prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentícia não tem direito a ser recolhido em sala de Estado Maior ou, na sua ausência, em prisão domiciliar. A norma do inciso V do art. 7º da Lei 8.906/1994 – relativa à prisão do advogado, antes de sua condenação definitiva, em sala de Estado Maior, ou, na sua falta, no seu domicílio – restringe-se à prisão penal, de índole punitiva. O referido artigo é inaplicável à prisão civil, pois, enquanto meio executivo por coerção pessoal, sua natureza já é de prisão especial, porquanto o devedor de alimentos detido não será segregado com presos comuns. Ademais, essa coerção máxima e excepcional decorre da absoluta necessidade de o coagido cumprir, o mais brevemente possível, com a obrigação de alimentar que a lei lhe impõe, visto que seu célere adimplemento está diretamente ligado à subsistência do credor de alimentos. A relevância dos direitos relacionados à obrigação – vida e dignidade – exige que à disposição do credor se coloque meio executivo que exerça pressão séria e relevante em face do obrigado. Impõe-se evitar um evidente esvaziamento da razão de ser de meio executivo que extrai da coerção pessoal a sua força e utilidade, não se mostrando sequer razoável substituir o cumprimento da prisão civil em estabelecimento prisional pelo cumprimento em sala de Estado Maior, ou, na sua falta, em prisão domiciliar (STJ Boletim Informativo, n. 551, julgado em 13/10/2014).

colocação em liberdade, ainda que, na prática, se possa verificar equiparação. Eventual deficiência no controle do confinamento pelo Poder Público não pode servir de fundamento para afastar a aplicação de qualquer direito, submetendo-se o titular a regime mais severo de privação da liberdade por conta da omissão estatal.¹⁸

2.1 Da prisão em flagrante

A prisão, pena ou provisória, pode ser realizada em qualquer dia (úteis, domingos ou feriados), com as restrições relativas à garantia inviolabilidade de domicílio, cujas exceções se encontram exaustivamente arroladas no art. 5º, XI da CF/88¹⁹ ao prever que ninguém pode penetrar no domicílio alheio sem o consentimento do morador, salvo durante o dia por ordem judicial (art. 293 *caput* do CPP)²⁰, ou em qualquer momento (dia ou noite) em flagrante.

E o legislador estabeleceu um conceito legal de flagrante no art. 302 do CPP:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Sendo assim, podemos subdividir o flagrante em três espécies:

- a) flagrante próprio: considera-se em situação de flagrância aquele que está cometendo o crime, ou seja, o infrator é preso durante a prática dos atos executórios (inc. I) ou aquele que acaba de cometer o crime estando ainda no local dos fatos, como por exemplo, policiais chegam ao local do crime e se deparam com a vítima alvejada e o infrator com uma arma de fogo na mão tentando fuga (inc. II). Nesse caso, o agente já encerrou os atos executórios.
- b) flagrante impróprio: quem é perseguido logo após a prática do crime em situação que faça presumir ser o autor da infração penal (inc. III), como por

¹⁸STJ informativo n. 537 julgado em 11/2/2014

¹⁹XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

²⁰Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

exemplo, o infrator após alvejar a vítima com disparos de arma de fogo, foge do local dos fatos, e instantes depois, chega a polícia, que é informada por uma testemunha quem foi o autor do crime e sua rota de fuga, sendo o infrator preso na saída da cidade após contato via rádio entre as viaturas.

A perseguição não precisa ter se iniciado de imediato, uma vez que a expressão “logo após” abrange o tempo necessário para que a polícia seja chamada, compareça ao local, tome informações necessárias acerca do autor dos fatos e da direção por ele tomada e saia ao seu encalço. Sendo a perseguição iniciada logo após a prática do crime, não existe prazo para a efetivação da prisão, desde que seja ininterrupta, conforme preceitua o art. 290, § 1º do CPP²¹.

- c) flagrante presumido: considera-se em flagrante quem é encontrado, logo depois do crime, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração penal (inc. IV do CPP). Nesse caso o infrator não é perseguido, mas localizado, ainda que casualmente, “logo depois” da prática do crime, na posse de uma das coisas mencionadas na lei, de forma que a situação faça surgir desconfiança da prática de crime em seu desfavor.

A expressão “logo depois” deve ser analisada caso a caso, tendo em vista o seu subjetivismo, a fim de se dar maior ou menor elastério a situação de flagrante presumido, uma vez que inexiste termo cronológico, razão pela qual a análise ficará sob o crivo da autoridade responsável pela apreciação dos fatos, observando o princípio da razoabilidade a fim de não cometer excessos em desfavor do infrator e se ter a prisão em flagrante relaxada pelo juiz.

Presente a situação de flagrante, dispõe o CPP em seu art. 301²² que o policial tem o dever de prender o infrator, sob pena de crime de prevaricação previsto no art. 319 do CP²³ e infração de natureza disciplinar, enquanto que, por outro lado, qualquer pessoa do povo

²¹ § 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

²² Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

²³ Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

também pode prender quem se encontrar em situação de flagrante, ressaltando que para esta trata-se de mera faculdade²⁴, possibilidade, enquanto que para o policial é obrigação de agir.

A pessoa que estiver exercendo a função de Presidente da República tem a prerrogativa de não ser presa em flagrante por crime comum, qualquer que seja a situação²⁵.

Já os deputados federais (art. 53, § 2º CF/88)²⁶ ou estaduais (art. 27, § 1º CF/88)²⁷, membros do Ministério Público (Lei n. 8625/93, art. 40, III)²⁸ e magistrados (art. 33, II da Lei LC n. 35/79²⁹ e art. 425 do Regimento Interno do TJMG³⁰), não poderão ser presos em flagrante, salvo se o crime praticado for inafiançável, oportunidade em que a ratificação da prisão deverá emanar da direção da instituição a que pertencer e não da autoridade policial.

Os eleitores (5 dias antes e até 48 horas após o encerramento da eleição), mesários, fiscais de partido e candidatos (15 dias antes da eleição) somente poderão ser presos se estiverem em situação de flagrante, ou sendo eleitor, também em razão de mandado de prisão por sentença criminal condenatória pela prática de crime inafiançável, sendo esta vedação um

²⁴ Crime permanente – Estado de flagrância – Prisão por qualquer do povo. Não é ilegal a prisão realizada por agentes públicos que não tenham competência para a realização do ato quando o preso foi encontrado em estado de flagrância. Os tipos penais previstos nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) são crimes permanentes e, de acordo com o art. 303 do CPP, o estado de flagrância nesse tipo de crime persiste enquanto não cessada a permanência. Segundo o art. 301 do CPP, qualquer do povo pode prender quem quer que seja encontrado em situação de flagrante, razão pela qual a alegação de ilegalidade da prisão – pois realizada por agentes que não tinham competência para tanto – não se sustenta (STJ Informativo n. 506 julgado em 16/10/2012).

²⁵ Art. 86, § 3º da CF/88 - Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

²⁶ § 2º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

²⁷ § 1º - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

²⁸ Art. 40. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica: III - ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça;

²⁹ Art. 33 - São prerrogativas do magistrado: II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado;

³⁰ Art. 425. O Presidente do Tribunal de Justiça ou, na impossibilidade, o Vice-Presidente que o esteja substituindo, será comunicado, imediatamente, da prisão, conduzindo-se o detido, ato contínuo e obrigatoriamente, à sua presença ou à de desembargador do Órgão Especial designado, especialmente para a lavratura do flagrante. § 1º Lavrado o flagrante, o Presidente do Tribunal mandará recolher o magistrado em cela especial do Estado-Maior da Polícia Militar do Estado e convocará o Órgão Especial, no prazo máximo de quarenta e oito horas, remetendo a cada desembargador cópia do auto de prisão em flagrante.

REIS, M. N. dos; BESSAS, R. A. de. Limitações do delegado de polícia para aplicação do direito fundamental à liberdade por meio da fiança verdadeiro “salvo-conduto eleitoral temporário” (art. 236 *caput* e § 1º do Código Eleitoral)³¹.

2.1.1 Do auto de prisão em flagrante

Efetuada a prisão deverá tudo ser documentado não só no boletim de ocorrência, mas, principalmente, através de auto de prisão em flagrante cuja presidência ficará a cargo do delegado de polícia, oportunidade em que fará constar as circunstâncias dos fatos e tentará reunir um mínimo de prova de autoria e materialidade a fim de ratificar a prisão efetuada pelo policial ou por um do povo; caso contrário, determinará a soltura por falta de justa causa.

Em regra, o auto de prisão em flagrante deverá ser lavrado na cidade em que se der a prisão, ainda que outra seja a cidade do crime³², uma vez que inexiste a figura do delegado natural. Entretanto, não gera nulidade a lavratura do auto de prisão na cidade em que o crime ocorreu, ainda que outra tenha sido a que foi efetuada a prisão, mas a ação penal deverá obedecer às regras de competência *ratione loci* em razão do princípio do juiz natural.

Encaminhado até a delegacia de polícia deverá o delegado de polícia tomar as providências descritas no art. 304 do CPP: ouvir o condutor (quem conduziu o infrator até a delegacia), ouvir pelo menos duas testemunhas, ressaltando que o condutor poderá configurar como uma das testemunhas, ouvir a vítima (se existir ou se for possível) e por último, ouvir o conduzido (pessoa que recai suspeita da prática de crime) se este desejar se manifestar.

Se o conduzido for um advogado que praticou crime inafiançável por motivo de exercício da profissão deverá ser interrogado acompanhado de um representante da OAB, sob pena de nulidade da prisão. Mas, se o crime praticado não tiver nenhuma relação com sua atividade advocatícia, o auto de prisão em flagrante será lavrado normalmente e ao final deverá o delegado apenas comunicar à OAB, conforme previsto no Estatuto da Ordem³³.

³¹ Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 dias antes e até 48 horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter eleitor, salvo em situação em flagrante ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou ainda, por desrespeito a salvo-conduto. § 1º. Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 dias antes da eleição.

³² Art. 290 do CPP. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

³³ Lei 8906/94 - Art. 7º São direitos do advogado: IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB; § 3º O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo.

Após a análise das provas até então colhidas deverá o delegado de polícia decidir pela manutenção ou não da prisão em flagrante do suspeito que foi conduzido até a delegacia. Se o delegado de polícia entender que há justa causa para a prisão efetuará um despacho ratificador e determinará o recolhimento do infrator ao cárcere mediante emissão de nota de culpa que deverá ser entregue no prazo de 24 horas informando ao preso o motivo da sua prisão.

Em seguida, determinará que se efetue a imediata comunicação da prisão ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública (caso o preso não informe seu advogado), devendo ainda, no prazo de 24 horas remeter cópia do auto de prisão em flagrante ao juiz (art. 306, § 1º do CPP³⁴), oportunidade em que este decidirá pelo relaxamento da prisão, pela conversão em prisão preventiva ou concederá liberdade provisória, nos termos do art. 310 do CPP:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Por outro lado, se ao final o delegado de polícia entender que não há justa causa para a prisão do infrator, determinará a sua soltura mediante despacho fundamentado.

3 DA CONCESSÃO DE FIANÇA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Entretanto, embora conduzido em situação de flagrante até a delegacia, pode o delegado de polícia, após a lavratura do auto de prisão, e ainda que presente razoável indícios de autoria, materialidade e tipicidade (justa causa), conceder liberdade ao preso mediante arbitramento de fiança, desde que para tanto ele preste caução em dinheiro ou outras garantias reais³⁵ e se comprometa a cumprir as condições previstas nos arts. 327 e 328 do CPP:

Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer a fiança será havida como quebrada.

³⁴Art. 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 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.

³⁵Art. 330 do CPP - A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebraimento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Mas, ainda que a política criminal seja, hoje, pelo não encarceramento, nem sempre poderá o delegado de polícia arbitrar fiança ao preso em razão das mais variadas limitações. A verdade é que as alterações legislativas tornaram o tema complexo e antagônico, tendo o legislador deixado escapar a oportunidade de realinhar o assunto através da Lei n. 12403/11.

3.1 Da limitação em razão da natureza da infração

Nos termos do art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV da CF/88 e art. 323 do CPP, ficará o delegado de polícia, bem como o juiz, impedidos de conceder fiança quando o infrator praticar os crimes de racismo (Lei n. 7716/90)³⁶, tortura (Lei n. 9455/97), tráfico de drogas (Lei n.11343/06), terrorismo, hediondo (Lei n. 8072/90)³⁷ e mediante ação de grupo armado, civil ou militar, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Lei n. 7170/83)³⁸.

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Entretanto, em 10/05/12 o STF declarou a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11343/06³⁹, sendo a partir de então possível a liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, embora o crime seja inafiançável por força de dispositivo constitucional pétreo.

Tráfico de drogas e liberdade provisória - O Plenário, por maioria, deferiu parcialmente habeas corpus — afetado pela 2ª Turma — impetrado em favor de condenado pela prática do crime descrito no art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006, e determinou que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar do paciente. Incidentalmente, também por votação majoritária, declarou a

³⁶XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

³⁷XLIII - 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;

³⁸XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

³⁹Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006⁴⁰.

Ou seja, o que era para ser mais grave se tornou mais brando, pois o traficante poderá responder ao processo em liberdade sem que para tanto preste fiança, enquanto que o estelionatário, também poderá ter o benefício de responder ao processo em liberdade, mas com a possibilidade de prestar fiança como condição para a concessão do benefício. O mesmo acontece nos crimes hediondos⁴¹, sendo permitida a liberdade provisória, mas a fiança não.

Como se vê, houve uma hipertrófica hermenêutica “*pro reo*”, pois não é preciso muito esforço para se chegar à conclusão que quando o constituinte originário qualificou o crime como inafiançável, vedada também estaria implicitamente a liberdade provisória.

Esse mesmo raciocínio expõe o Prof. Norberto Avena em sua obra⁴²:

Não obstante essa linha de raciocínio, a questão está longe de ser tranqüila, havendo forte entendimento no sentido de que, em se tratando de crimes hediondos e equiparados, a insuscetibilidade de liberdade provisória decorre da previsão inserta ao art. 5º, XLIII, da Carta Magna, quando considera inafiançáveis tais delitos.

Por outro lado, em alguns estados da Federação, a Polícia Civil vem recebendo recomendação do Ministério Público a fim de não arbitrar fiança aos crimes abrangidos pela Lei Maria da Penha⁴³. Ora, se a finalidade da Lei n. 11340/06 foi de proteger a mulher, arbitrar fiança ao seu agressor é fazer surgir oportunidade para um imediato ato de vingança.

⁴⁰STF HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.5.2012.

⁴¹Liberdade Provisória - Lei 11.464/2007 e Crime Hediondo -Inicialmente, asseverou-se que a Lei 11.464/2007 expressamente suprimiu a proibição à liberdade provisória que constava do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, tendo permanecido apenas o termo “fiança” (“Art. 2º. Os crimes hediondos [...] são insuscetíveis de : [...] II - fiança.”). Em seguida, afastado o óbice à concessão do referido benefício de liberdade provisória, considerou-se que a gravidade em abstrato do crime não seria, por si só, justificativa hábil para a decretação da custódia preventiva embasada na ameaça à ordem pública. Ademais, ressaltou-se que a jurisprudência do STF é no sentido de que o perigo de reiteração criminosa e a periculosidade do agente devem ser analisados no caso concreto, podendo caracterizar-se como razões legitimadoras da prisão cautelar. No ponto, aduziu-se que o paciente é primário, possui bons antecedentes e exerce ocupação lícita e que não fora demonstrada a necessidade concreta de sua prisão. Alguns precedentes citados: HC 83865/SP (DJU de 7.12.2007); HC 89183/MS (DJU de 25.8.2006); HC 85268/SP (DJU de 15.4.2005); HC 85868/RJ (DJU de 15.12.2006). HC 92824/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, 18.12.2007. (HC-92824).

⁴²AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 926.

⁴³Recomendação n. 001/12 – Ministério Público do Estado do Ceará – Núcleos de Gênero Pró-Mulher – Comarca de Fortaleza: RECOMENDAM ao (s) delegados (as) que oficiam junto à DELEGACIA DE DEFESA DA MULHER de FORTALEZA, bem como aqueles que trabalham em regime de plantão nesta municipalidade, que adotem as seguintes providências, visando aperfeiçoar os trabalhos da Polícia Judiciária, do Ministério Público e da Justiça, nos casos em que ocorram violência doméstica e familiar contra a mulher: a) Não conceder, de ofício ou a requerimento do acautelado, FIANÇA, remetendo imediatamente ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher o respectivo pleito, acompanhado dos documentos necessários.

Entretanto, agindo dessa forma, ficará o delegado de polícia sujeito a prática do crime de abuso de autoridade previsto na Lei n. 4898/65, art. 4º, “e”⁴⁴, uma vez que estará negando direito fundamental à liberdade ao agressor, tendo em vista que não há dispositivo legal que ampare sua decisão, salvo se a situação preencher os requisitos da prisão preventiva, ocasião em que o delegado de polícia poderá negar a fiança com base no art. 324, IV do CPP⁴⁵.

Perdeu o legislador a oportunidade de expressamente vedar a concessão da fiança, assim como fez no que diz respeito aos benefícios da Lei n. 9099/95, em relação às infrações penais abrangidas pela Lei 11340/06⁴⁶ (Lei Maria da Penha), restrição que seria conveniente a fim de proteger a mulher do ânimo exaltado do seu agressor que, inexistindo a situação prevista no art. 324, IV do CPP, poderá ser liberado em poucas horas após prestar fiança.

3.2 Da limitação em razão da pena

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante poderá o delegado de polícia conceder liberdade ao preso mediante o arbitramento de fiança somente nos crimes cuja pena máximo em abstrato seja igual ou inferior a 4 anos, nos termos do art. 322 do CPP⁴⁷. Por outro lado, nos crimes cuja pena máxima em abstrato seja superior a 4 anos, a liberdade mediante fiança ou sem ela, somente poderá ser concedida pelo juiz (reserva jurisdicional).⁴⁸

Como se vê no art. 325 do CPP, o valor da fiança arbitrada pelo delegado de polícia encontra variações que vão desde 1/3 do salário mínimo (R\$ 262,66) até 100.000 salários mínimos (R\$ 78.800.000,00), devendo o *quantum* ser definido mediante a apreciação das circunstâncias previstas no art. 326 do CPP⁴⁹: natureza da infração, condições pessoais de fortuna e vida pregressa do preso, bem como circunstâncias indicativas de sua periculosidade.

⁴⁴Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade: e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;

⁴⁵Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

⁴⁶Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9099/95.

⁴⁷Art. 322 - A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos.

⁴⁸Art. 350 - Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

⁴⁹Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

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

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

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

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

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

II - reduzida até o máximo de 2/3; ou

III - aumentada em até 1.000 vezes.

A concessão da liberdade ao preso pelo delegado de polícia, ainda que pobre, somente será possível mediante pagamento de fiança, ainda que no valor mínimo, mas nunca sem esta, salvo nos casos em que não houver justa causa para a prisão, quando se tratar de infração de menor potencial⁵⁰ ou nos casos de acidente de trânsito em que o condutor socorrer à vítima⁵¹.

3.3 Da limitação em razão da preclusão lógica

Conforme já salientado quando tratamos do tema auto de prisão em flagrante, após a ratificação pelo delegado de polícia deverá ser encaminhado no prazo de até 24 horas cópia do expediente ao juiz competente⁵², que ao receber as peças de informação deverá tomar uma das seguintes providências: relaxar a prisão em flagrante caso vislumbre ilegalidade, conceder liberdade provisória (com ou sem fiança) ou converter a prisão em flagrante em preventiva⁵³.

Sendo assim, o tempo limite para que o conduzido preste fiança, ou alguém preste em seu favor, a fim de que o delegado de polícia possa conceder a liberdade pleiteada, nos casos autorizados por lei, será até o recebimento do auto de prisão em flagrante pelo juiz, pois após esse momento este passará ser o único legitimado para a concessão do benefício, ocorrendo

⁵⁰Lei n. 9099/95 – art. 69 (...) Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

⁵¹Lei n. 9503/97 – art. 301. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se importará a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

⁵²Art. 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 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.

⁵³Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

REIS, M. N. dos; BESSAS, R. A. de. Limitações do delegado de polícia para aplicação do direito fundamental à liberdade por meio da fiança para o preso o fenômeno jurídico da preclusão lógica⁵⁴ para pleitear na delegacia sua soltura.

Caso contrário, se a possibilidade de concessão de fiança pelo delegado de polícia se estender durante o tramitar de 10 dias⁵⁵ do inquérito policial, corre-se o risco de o juiz ao receber os autos converter a prisão em preventiva, e o delegado de polícia ainda desavisado da ordem de prisão, conceder concomitante ou supervenientemente liberdade mediante fiança.

Essa situação se torna ainda mais provável aos finais de semana diante dos plantões forense, em que o auto de prisão em flagrante é lavrado numa comarca sede da delegacia regional, muitas vezes, diversa do local onde ocorreu o crime, e o juiz competente será um plantonista estranho à comarca onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante, cuja decisão acerca do destino do preso conduzido em flagrante é tomada à revelia do delegado de polícia.

Por essas razões, o previsto no art. 334 do CPP de que a fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória se aplica somente em relação ao juiz, pois com o advento da Lei 12403/11, a prisão em flagrante passou a ser efêmera, exigindo imediata manifestação do Poder Judiciário acerca da manutenção da prisão que se converterá em preventiva ou soltura do preso mediante relaxamento ou liberdade provisória.

4 CONCLUSÃO

Com o advento da Lei n. 12430/11, o instituto da fiança que até então estava quase em desuso, ganhou importância e voltou a ser aplicado principalmente nas delegacias. Mas apesar das mudanças, continua sendo um benefício confuso tendo em vista sua desarmonia com vários dispositivos legais que coloca em dúvida sua aplicação no caso concreto.

Entretanto, não se pode negar que a maior autonomia dada ao delegado de polícia para a concessão da liberdade mediante fiança atendeu aos anseios de uma política criminal de não encarceramento, pois a maioria dos casos que hoje são encaminhados para as delegacias em situação de flagrante admite-se o seu arbitramento livrando o conduzido do cárcere.

Por outro lado, a fiança se coaduna com os princípios da presunção de inocência, bem como da dignidade da pessoa humana, devendo a prisão provisória ser a última opção de

⁵⁴A preclusão lógica é a extinção da faculdade de praticar um determinado ato processual em virtude da não compatibilidade de um ato com outro já realizado, conforme lição de Walter Pereira Dias Netto *in* Breves considerações acerca da preclusão. Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4462/Breves-consideracoes-acerca-da-preclusao>.

⁵⁵Art. 10 do CPP - O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto.

REIS, M. N. dos; BESSAS, R. A. de. Limitações do delegado de polícia para aplicação do direito fundamental à liberdade por meio da fiança medida cautelar pessoal num Estado Democrático de Direito, embora seja conveniente em casos extremos de perturbação social a fim de manter a ordem pública e a paz coletiva.

Enfim, apesar do avanço ao ampliar as possibilidades de fiança ao delegado de polícia, sua atuação ainda está mitigada, pois apesar da tentativa do legislador de torná-lo protagonista neste cenário de tutela das liberdades públicas, ainda encontra barreiras para o seu efetivo exercício, como por exemplo, autonomia para concessão da liberdade independente de caução nos casos de infrator pobre ou nos casos em que a excludente de ilicitude esteja evidente.

REFERÊNCIAS

AVENA, N. C. P. **Processo penal**: esquematizado. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

ANDRADE, M. O. de. A recente reforma no Código de Processo Penal e seus reflexos na atividade dos operadores do direito criminal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2877, 18 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19132>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2848**, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 04 de maio de 2011, que determinou nova redação ao Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

CRUZ, R. S. M. **Prisão Cautelar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS NETTO, W. P. **Breves considerações acerca da preclusão**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4462/Breves-consideracoes-acerca-da-preclusao>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

LIMA, F. R. de. **Fiança policial e violência doméstica**: incompatibilidade após a Lei Maria da Penha. 2011. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=159>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

LIMA, M. P. **Da prisão e da liberdade provisória** (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, R. B. de. **Nova prisão cautelar**. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a. v. 1.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b. v. 2.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

NUCCI, G. de S. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, G. de S. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, J. B.; FERNANDES, F. K. S. A. **Manual de processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.