

DA LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA

Magno Gomes de Oliveira

Juiz de Direito de Entrância Final do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará,

Titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia,

Presidente da 4ª Turma Recursal do TJCE.

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Professor de Direito Processual Civil e

Introdução ao Direito da Faculdade Sete de Setembro (FA7).

RESUMO: Abordagem do instituto da liberdade provisória, com ou sem fiança, segundo a legislação brasileira, emprestando destaque à base constitucional e legal do mesmo, suas origens históricas, suas modalidades doutrinárias e os efeitos que lhe foram impostos pela chamada Lei Fleury (Lei nº 6.416/77). Além disso, aborda-se o tema pelo seu viés sociológico atual, especialmente em decorrência da superpopulação carcerária brasileira, a qual deriva da histórica negligência do Poder Executivo nacional no enfrentamento da questão penitenciária, ocasionando uma pressão institucional sobre os Poderes Legislativo e Judiciário para que ambos favoreçam a libertação de presos, ainda que sejam reincidentes, gerando enormes riscos à sociedade civil e comprometimento à ordem pública.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Provisória; Unicidade; Prisão Cautelar; Superpopulação carcerária.

ABSTRACT: Institute Approach bail, with or without bail, according to Brazilian law, lending emphasis on constitutional and legal basis thereof, its historical origins, their doctrinal terms and the effects that have been imposed by the call Law Fleury (Law No. 6416/77). In addition, addresses the issue by its current sociological bias, especially due to the Brazilian prison overcrowding, which stems from the historical National Executive negligence in dealing with prison issue, causing an institutional pressure on the Legislative and Judiciary to both favor the release of prisoners, even if they are repeat offenders, generating huge risks to civil society and commitment to public policy.

KEYWORDS: Freedom Provisional; uniqueness; Cautionary prison; Prison overcrowding.

THEMIS

INTRODUÇÃO

Liberdade provisória e prisão são dois temas inteiramente associados, de modo que resulta impossível tecer considerações sobre um sem analisar a efetiva ocorrência do outro, e embora o cerne deste ensaio não esteja concentrado nas causas sociológicas da prisão, resta forçoso reconhecer que a superpopulação carcerária brasileira impõe o imediato enfrentamento da questão.

Nos primórdios, prisão não era pena, mas ao contrário, apenas acautelamento estatal diante daquele que esperava por julgamento, e que poderia obter por sanção até mesmo a pena capital. Contudo, a evolução social nos conduziu ao entendimento de que a pena de morte nada mais representaria, senão manifestação de vingança social, e por isso mesmo medida inadmissível, salvo em tempos de guerra declarada.

A partir desse momento histórico, os doutrinadores passaram a compreender a liberdade como regra e a prisão como situação excepcional, a qual ainda assim se mostra necessária nos casos de delinquência habitual.

Paralelamente a isso, a negligência histórica do Poder Executivo no enfrentamento do fenômeno da superpopulação carcerária tem exercido significativa pressão sobre o Legislativo, e especialmente sobre o Judiciário para que ambos encontrem meios para conferir liberdade aos acusados em geral, ainda que alguns deles se portem como verdadeiros sociopatas e optem pela reincidência criminosa sempre que voltam ao convívio social.

É nesse ambiente que surgiu a Lei nº 12.403/2011, a qual implementou as medidas cautelares diversas da prisão, e cujo desiderato maior é reduzir a superpopulação carcerária, ainda submetendo a grande massa ordeira da sociedade civil a riscos intoleráveis.

2 DA LIBERDADE PROVISÓRIA: BASE CONSTITUCIONAL E LEGAL

Com o advento da Carta Política de 1988, o instituto da liberdade provisória passou a ter assento constitucional (CF, art. 5º, LXVI), e foi o próprio constituinte que cuidou em assinalar a unicidade do instituto, quando asseverou que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Aliás, já em 03 de outubro de 1941, data de edição do Código de Processo Penal, também o legislador infraconstitucional oferecia indicativos

dessa unicidade, a qual não sofreu contestações até o advento da Lei nº 6.416/77. Somente a partir de então é que tanto a doutrina, quanto majoritária corrente jurisprudencial passaram a abordar fiança e liberdade provisória como institutos diversos.

Com efeito, é sempre oportuno destacar que o legislador pátrio concebeu o instituto da liberdade provisória como um instrumento hábil a restaurar o direito de ir e vir do flagranteado, isto por admitir que, nas hipóteses legalmente previstas, não seria necessário mantê-lo segregado do convívio social logo após a lavratura da prisão em flagrante.

Embora o legislador constituinte tenha admitido duas hipóteses de prisão legal, vale dizer, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e em flagrante delito, somente esta última rende ensejo ao instituto da liberdade provisória.

É que diante de atos prisionais ordenados por autoridade judiciária, somente será tecnicamente cabível a revogação ou a impetração de *habeas corpus* perante a instância superior.

A autuação em flagrante delito, ao contrário, somente poderá ser adversada através de pedido de relaxamento, através de *habeas corpus*, ou através de pedido de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Convém assinalar que dentre os três instrumentos de tutela da liberdade, o manuseio dos dois primeiros pressupõe uma ilegalidade da prisão, a qual pode estar inserida na origem, ou mesmo pode vir a se configurar com o decurso do tempo, provocando o chamado excesso de prova para formação da culpa. A liberdade provisória, contudo, implica na admissão expressa de regularidade da prisão em flagrante, pois, caso contrário o defensor do réu buscaria restituí-lo à liberdade através de remédio processual que não gerasse a imposição de qualquer garantia, real ou fidejussória.

2.1 Origens históricas dos institutos

Imperioso destacar, contudo, que se trata de instituto secular, eis que suas origens remontam a Grécia e Roma. Aliás, foi a partir da Lei das Doze Tábuas que a liberdade provisória adquiriu contornos mais definidos, sendo admitida como direito do imputado independentemente da gravidade da infração penal. Com efeito, para sua concessão, eram feitas duas únicas ressalvas, a saber: 1º) que fosse prestada uma fiança, 2º) que o crime não fosse contra a segurança do Estado.

THEMIS

Entre nós, as Ordenações Filipinas já continham antecedentes da liberdade provisória, estes consubstanciados em três modalidades: a) homenagem, a qual era concedida a pessoas de qualidade que, sob palavra, ficavam na própria casa, castelo, vila ou cidade; b) cartas de seguro, através das quais os formalmente acusados em um processo judicial poderiam ficar livres até a conclusão da causa; c) fianças, em face das quais o acusado se livrava do cárcere mediante caução; d) graça de fiéis carcereiros, pela qual o Príncipe, motivado por motivos justos, permitia ao réu sair da prisão desde que apresentasse fiadores idôneos.

O Código de Processo Criminal do Império, contudo, não admitiu que persistissem as modalidades de liberdade provisória. Ao contrário, tratou de vedá-las em seu art. 113, o qual assim dispunha, *in verbis*: “Ficam abolidas as cartas de seguro, e qualquer outro meio, que não seja o da fiança, para que alguém réu se livre solto”.

A Constituição do Império, por seu turno, também restringiu, através de seu art. 179, §9º, a concessão de liberdade provisória mediante uma única modalidade, qual seja a prestação de fiança, no que foi corroborada pelo art. 72, §14 da primeira constituição republicana, cujo teor era o seguinte: “Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei admitir”.

Precisamente, em face de tais antecedentes históricos é que a doutrina processual penal brasileira é uníssona em admitir que a liberdade provisória pode substituir a custódia provisória, atual ou iminente, com ou sem fiança, nas hipóteses de prisão em flagrante, prisão por pronúncia, e prisão por sentença condenatória recorrível.

Revigorando as lições de Lucchini, o mestre Magalhães Noronha define o instituto como sendo “um estado da liberdade circunscrita em condições e reservas que tornam precário e limitado seu gozo”.

Miguel Fenech, citado por Tourinho Filho, também não diverge quanto à natureza da liberdade provisória e a define como “el acto cautelar por el que se produce um estado de libertad vinculada a los fines del proceso penal, em virtud de uma declaración de voluntad judicial”¹

Esclarece-nos, contudo, o mestre Tourinho Filho que a liberdade provisória é, por essência, limitada em sua concessão e precária em sua temporalidade, senão vejamos:

Por outro lado, mesmo com sua liberdade restituída, o cidadão fica, às vezes, vinculado a certas obrigações que assumiu perante a autoridade que lhe concedeu a liberdade provisória. Diz-se provisória tal liberdade, porque é revogável e se encontra sujeita a condições resolutórias de natureza e caracteres vários, como teremos a oportunidade de ver. Enquanto não findar o processo, aquele que estiver no gozo da liberdade provisória continua vinculado ao processo cumprindo as obrigações que lhe foram impostas, sob pena de revogação”.²

2.2 A liberdade provisória e suas modalidades

Doutrinariamente, o instituto da liberdade provisória era classificado sob três espécies, a saber: obrigatória, permitida e vedada. Acerca da primeira delas asseverava Mirabete, *in verbis*: “É obrigatória, como direito incondicional do acusado, quando o réu se livra solto, independentemente de fiança (art. 321, I e II, ressalvado o disposto no art. 323, III e IV do CPP).³

Tal modalidade se verificava diante da ocorrência de flagrante lavrado a partir dos chamados delitos inafiançáveis, assim considerados aqueles em que a pena cominada não era privativa de liberdade, e mesmo sendo, não ultrapassava três meses.

Quanto à liberdade provisória permitida, consoante as lições de Capez, “ocorre nas hipóteses em que não couber prisão preventiva ou naquelas em que o réu pronunciado tem o direito de aguardar o julgamento em liberdade (CPP, art. 413, §3º), ou o condenado tem o direito de apelar em liberdade (CPP, art. 597)”⁴ E em preciso arremate decreta: “Subdivide-se em liberdade provisória com fiança e liberdade provisória sem fiança”.

Relativamente à liberdade provisória vedada, diz Mirabete ser ela “quando couber a prisão preventiva e nas hipóteses em que a lei estabelecer expressamente a proibição”.⁵

A propósito dessa última modalidade, merece destaque a divergência entre os entendimentos externados pelo STF e pelo STJ, acerca da pretensa inconstitucionalidade do art. 2º, inciso II da Lei nº 8.072/90, o qual veda a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos autores de delitos enumerados na lei dos crimes hediondos.

O Pretório Excelso se mantinha firme no sentido de reconhecer absoluta constitucionalidade à vedação legal, e assim o fazia sob o argumento de que à

THEMIS

lei ordinária compete fixar os parâmetros para a maior ou menor restrição da liberdade, de acordo com a gravidade do crime, conforme se pode verificar no acórdão lavrado pela 2ª Turma do STF, nos autos do HC nº 73.978-4/RJ, o qual teve como relator o Ministro Marco Aurélio e foi publicado no DJU de 20 de setembro de 1996.

O STJ, por seu turno, em recente julgado admitiu que, ante a falta de comprovação válida e consubstancial do *periculum in mora*, não se justifica a manutenção da prisão processual apenas porque o crime imputado foi classificado como hediondo (6ª Turma, HC nº 5.247/RJ, rel. Min. William Paterson, *in* DJU de 04.08.97).

A grande importância que se atribui à discussão jurídica é que, em perfeita sintonia com o art. 5º, inciso LXVI da Constituição Federal, o art. 2º, inciso II da Lei nº 8.072/90 reconheceu de forma explícita a equivalência entre a liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança, os quais são, indubitavelmente, espécies de um mesmo gênero.

Não por acaso iniciamos a abordagem do tema tratando da liberdade provisória com prestação de fiança. É que o legislador ordinário cuidou em impor limitações ao instituto, tanto assim que impôs a inafiançabilidade para algumas situações, dentre as quais no cometimento de crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, nos crimes definidos como hediondos, e ainda nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CPP, art. 323).

Ora, se assim procedeu é porque entendeu que há determinados delitos que, por sua gravidade, não devem ensejar a concessão do favor legal aos réus que venham a praticá-los, mormente quando foram privados de sua liberdade através de autuação em flagrante formal e materialmente irretocável.

Caso inexista qualquer vedação legal objetiva à concessão da liberdade provisória, deverá o magistrado perquirir se o acusado preenche os requisitos subjetivos, igualmente necessários à fruição do benefício, e somente após a conclusão positiva é que lhe deverá ser arbitrada a fiança, ainda assim segundo as faixas de valores estabelecidas no art. 325 do CPP, as quais contemplam cifras que oscilam entre 01(um) e 200(duzentos) salários mínimos, salientando-se ainda que, a depender da condição econômica do réu, o valor da fiança poderá ser dispensado, reduzida até 2/3 (dois terços), ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes, isto para evitar que seja ela desnaturada, enquanto garantia real, diante da abastada condição financeira de alguns réus. Com efeito, o legislador não desejou

apenas que a fiança fosse uma condição para a liberdade provisória, mas também que ela representasse um ônus, um encargo, um sacrifício exigível do réu como condição *sine qua non* para restituí-lo à liberdade, a despeito de haver sido preso em flagrante delito.

Outra não poderia ser a ilação, seja diante do aspecto histórico do instituto, seja diante do fato de que, por vezes, o legislador estabelece hipóteses de inafiançabilidade, mormente em se tratando de delitos cujo potencial lesivo é considerado muito gravoso para a sociedade.

Evidência outra de que a gravidade da infração ou das infrações sempre constituiu parâmetro inaugural para a admissão de fiança, e, por conseguinte, de liberdade provisória, é que o STJ, cristalizou seu entendimento através da Súmula nº 81 segundo a qual “não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão”.

Originalmente, o legislador ordinário somente contemplou três hipóteses para a concessão de liberdade provisória sem fiança, estando duas delas previstas na redação originária do art. 321, e a terceira, inserida também na redação originária do *caput* do art. 310, ambos do CPP. Eram elas: 1º) no caso de infração, a que não fosse isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; 2º) quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não excedesse a três meses; 3º) quando o juiz verificasse pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato sob o pálio de uma das circunstâncias excludentes de ilicitude (CPB, art. 23), caso em que deveria autorizar a libertação do réu mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Analisando o alcance das hipóteses legais, verificamos que nelas residia muita coerência, senão vejamos. Na primeira situação seria ilógico manter o réu encarcerado, inobstante um flagrante perfeito, porque estaria ele sofrendo uma reprimenda superior àquela que lhe seria imposta mesmo que viesse a ser condenado. Ora, se o delito era apenado com multa, ou com outra sanção diversa da privação de liberdade nada justificaria que, na condição de réu, o agente tivesse sua liberdade cerceada, e na condição de condenado fosse obrigado apenas ao pagamento de uma multa, ou prestação de serviços gratuitos à comunidade.

Na segunda hipótese, entendia o legislador que mesmo sendo apenado com privação de liberdade, caso condenado, poderia o réu ser beneficiado com a liberdade provisória sem fiança, isto porque o grau máximo da pena seria diminuto, mormente se comparado ao tempo médio de duração do processo.

THEMIS

Na terceira situação, admitia o legislador que o réu deveria ser restituído à liberdade sem prestar fiança porque, caso confirmados os indícios de que sua conduta foi praticada ao amparo de legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento do dever legal, ter-se-ia um fato penalmente atípico. Bem por isso, manter o réu custodiado representaria ponderável risco de cercear a liberdade de alguém que sequer cometeu uma conduta criminosa.

Naturalmente, apenas o exaurimento da instrução criminal era capaz de fornecer ao julgador os necessários elementos de convicção para que pudesse ele afirmar ou descartar a efetiva ocorrência de uma circunstância excludente de ilicitude, entretanto, não pareceu razoável que o réu aguardasse preso a confirmação dos indícios de que sua conduta foi de tal forma legítima que sequer constitui um delito.

É forçoso reconhecer que nas três hipóteses o legislador se houve com muita razoabilidade, pois do cotejo entre o direito à liberdade individual e o direito à segurança coletiva, identificou as situações em que o primeiro deveria prevalecer sobre o último.

2.3 A Liberdade Provisória e a Lei Fleury

Sucede que passados quase 36 (trinta e seis) anos do início da vigência do Código de Processo Penal, o legislador ordinário editou a Lei nº 6.416/77, e através dela inseriu profunda alteração no instituto da liberdade provisória, impondo-lhe um desnecessário desequilíbrio.

Na verdade, tal diploma legal desnaturou a liberdade provisória sem fiança, pois, introduziu um parágrafo único no art. 310 do CPP, o qual passou a ter a seguinte composição, *in verbis*:

Art. 310 – Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III do Código Penal (a referência é feita a dispositivo original do Código Penal. Vide art. 23 da nova Parte Geral do mesmo Código), poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único – Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Na prática, a introdução do malsinado parágrafo único ao art. 310 do CPP representou inafastável desqualificação da prisão em flagrante delito, a qual foi reduzida a um patamar inferior, vale dizer, de segunda categoria frente à prisão preventiva.

Outra não foi a conclusão de Tourinho Filho acerca do desprestígio imposto à liberdade provisória a partir do advento da Lei nº 6.416/77, senão vejamos:

Hoje, entretanto, a liberdade provisória mediante fiança está relegada a plano secundário. Em numerosas hipóteses, ainda que em princípio a infração não comporte fiança, pode o Juiz, e somente ele, conceder a liberdade provisória, sem qualquer garantia de natureza pecuniária, exigindo, apenas, do indiciado ou réu, o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação. É a chamada liberdade provisória vinculada sem fiança.⁶

Sucedo que a prisão preventiva, enquanto espécie do gênero prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, foi equiparada ao flagrante pelo legislador constituinte. Demais disso, a prisão preventiva decorre de uma aferição distanciada dos fatos, tal como efetivamente ocorreram. O flagrante, por outro lado, deriva de indícios extremamente robustos de que um crime foi praticado, e se não tiver amparo explícito em alguma das hipóteses do art. 302 do CPP deve ser prontamente relaxado pela autoridade judicial.

Por tais circunstâncias, era desnecessário que a prisão em flagrante fosse convalidada por uma ordem de prisão preventiva, contudo, o legislador ordinário resolveu alterar radicalmente o alcance de tais institutos, e assim o fez através da Lei nº 12.403/2011, por força da qual cabe ao magistrado, atualmente, ao receber o auto de prisão em flagrante, optar entre três alternativas, a saber: a) relaxar a prisão ilegal, b) converter o flagrante em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP e insuficientes quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, ou c) conceder ao flagrantado a liberdade provisória, com ou sem fiança.

2.4 Liberdade provisória e a superpopulação carcerária

Naturalmente, não se pode deixar de reconhecer que a Lei nº 12.403/2011 foi inspirada muito mais em razões de política penitenciária do que propriamente em reflexões jurídicas aprofundadas. Com efeito, o Brasil conta atualmente com cerca de 512 mil presos, sendo assim a quarta maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos (2,3 milhões de presos) da China (1,7 milhões de presos) e da Rússia (770 mil presos). Do total da população carcerária, 56% já foram condenados e estão cumprindo pena, e 44% (225 mil) são presos provisórios que ainda esperam o julgamento de seus processos (esse número abrange, além da prisão preventiva, a prisão em flagrante e também a temporária).

A capacidade prisional é de cerca de 320 mil presos. Assim, o déficit no sistema prisional gira em torno de 190 mil vagas (falta lugar para quase metade dos presos). Quase 60 mil pessoas se encontram encarceradas nas delegacias, pois as penitenciárias e os cadeiões não comportam e não dispõem de infraestrutura adequada. A taxa de ocupação dos presídios é de 1,65 preso por vaga. O Brasil está atrás somente da Bolívia, que tem uma taxa de 1,66. Há cerca de 500 mil mandados de prisão já expedidos pela Justiça que não foram cumpridos. Cerca de dez mil pessoas são detidas mensalmente. O índice de punição de crimes é inferior a 10%. Isso mostra que, se a polícia fosse mais eficiente, o poder público não teria onde colocar tantos presos e a superlotação seria maior.

Investem-se milhões para aumentar a capacidade do sistema penitenciário, mas o crescimento do número de presos supera qualquer tentativa de resolver a superlotação. A construção de novas prisões custa, em média, cerca de R\$ 25 mil por vaga. Em termos de manutenção das vagas existentes, cada preso custa, em média, cerca de R\$ 1.800 por mês aos cofres públicos. E para acabar com este déficit prisional de uma só vez, calcula-se que seria preciso construir 396 prisões (cada uma com capacidade para 500 detentos) e tudo estaria resolvido.

Nesse contexto, a prisão provisória tem sido considerada a grande responsável pela superpopulação carcerária, quando na verdade esta é o efeito colateral da absurda desigualdade social que reina soberana no país desde sua tosca colonização, bem assim da ausência de políticas públicas sérias na área da educação pública.

Contudo, os agentes públicos de uma forma geral preferem adotar um ponto de vista simplório, e por isso mesmo atribuem a culpa pelo déficit de vagas no sistema penitenciário ao instituto da prisão provisória, inclusive porque no Brasil a regra tem sido a manutenção de cárceres fétidos e superlotados, onde, por vezes, se acumulam réus que cometeram crimes sem gravidade e sem violência. Pessoas que aguardam meses, às vezes anos presas, para, ao cabo, receberem como punição uma pena diferente da privação de liberdade.

2.5 Medidas acautelatórias diversas da prisão

Nesse lamentável e fracassado contexto fático foi concebida a Lei nº 12.403/2011, a qual trouxe em seu bojo o indisfarçável propósito de: a) *reduzir a superpopulação carcerária*, b) *reduzir os custos com os presos* e c) *reduzir o número de pessoas que não precisam de fato estar presas sejam enviadas ao cárcere* (principalmente por serem pobres e não terem meios de contratar um bom advogado).

Com a nova lei, torna-se obrigatório a separação de presos provisórios dos definitivamente condenados. Antes a lei dizia “sempre que possível”, agora a lei é impositiva, afirma a separação, evitando que réus primários convivam em prisões superlotadas, com presos de alta periculosidade. Rompe-se com o modelo perverso pelo qual novatos aprendem com veteranos do crime. A pessoa presa ganhou uma garantia e a não separação, pela autoridade responsável, caracterizará constrangimento ilegal (art. 300, CPP).

Inseriu-se no Código de Processo Penal o mesmo conteúdo do art. 5.º, LXI, da Constituição Federal, disciplinando as únicas formas legítimas de prisão no Brasil. Encerrou-se, de uma vez por todas, qualquer discussão a respeito de quais são as prisões processuais existentes no Brasil: apenas a prisão preventiva e a prisão temporária. Todas as demais estão revogadas, nos termos do art. 283, CPP.

Agora, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode *ser preso* em três situações: flagrante delito, prisão temporária e prisão preventiva. Mas somente poderá *permanecer* preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo, ou seja, a prisão em flagrante passou a ser uma mera detenção cautelar provisória pelo prazo de 24 horas, até que o juiz decida – a prisão em flagrante não será nada após o prazo de 24 horas.

THEMIS

Defendem alguns que se anteriormente a prisão preventiva era aplicada excessivamente no Brasil, como uma espécie de antecipação da pena, agora, com a nova lei, a prisão preventiva passou a ser medida cautelar excepcional, aplicável apenas se outras cautelares restarem insuficientes ou forem de aplicação impossível. Trata-se da prisão cautelar, segundo Luis Flávio Gomes, como *extrema ratio* da *ultima ratio*, isto porque a regra é a liberdade, e a exceção são as cautelares restritivas da liberdade (art. 319, CPP).

Contudo, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação ou do processo, conforme requerimento do Ministério Público, do querelante (ação privada), do assistente de acusação (ação pública) ou por representação da autoridade policial. Em juízo ela pode ser decretada de ofício pelo magistrado (art. 311, CPP).

Argumenta-se ainda que a prisão preventiva só será decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade *superior a quatro anos* ou se houver reincidência em crime doloso ou ainda se o crime praticado envolver violência doméstica e familiar, não somente contra a mulher, mas também contra a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo e a pessoa com deficiência (art. 313, CPP). Todavia, há respeitáveis argumentos em sentido contrário, especialmente nos casos em que os réus vêm a foragir do distrito da culpa antes de serem pessoalmente citados, e com isso o juiz se vê obrigado a suspender o processo, nos moldes do art. 366 do CPP. Ora, a prevalecer o entendimento de que a prisão preventiva somente pode ser decretada se a pena cominável ao réu foragido for superior a quatro anos, estar-se-ia criando, por via oblíqua, mais uma insustentável hipótese de extinção de punibilidade, qual seja aquela decorrente da inoperância da Justiça Criminal do País.

O fato é que a nova Lei nº 12.403/2011 sinalizou que não se pode mais manter na cadeia, aguardando julgamento, homens e mulheres que, se condenados, receberão uma pena diferente da pena de prisão, como a prestação gratuita de serviços à comunidade ou outra pena alternativa.

Foi igualmente concebida a *prisão domiciliar cautelar*, que se justifica ou pela condição pessoal do agente, ou pela condição de necessidade de seus dependentes. Em lugar de se manter o preso em cárcere fechado, é inserido em recolhimento ocorrido em seu domicílio, durante as 24 horas do dia (art. 317, CPP), sendo esta uma faculdade do juiz, atendendo às peculiaridades do caso concreto, desde que respeitado alguns dos seguintes requisitos (rol taxativo): a) ser o agente maior de 80 anos; b) estar o agente extremamente debilitado por

motivo de doença grave; c) ser o agente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos ou com deficiência; d) ser gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco (art. 318, I/IV, CPP). Caberá ao juiz deferir a prisão domiciliar diante de prova idônea dos requisitos legais (art. 318, parágrafo único, CPP).

O art. 321 regula o cabimento da liberdade provisória para todas as hipóteses quando ausentes os requisitos da prisão preventiva. Nesse caso, deve o juiz impor uma das medidas cautelares do art. 319, alternativas à prisão.

Frise-se que a nova redação do art. 319 traz nove medidas cautelares diversas da prisão, para serem aplicadas com prioridade, antes de o juiz decretar a prisão preventiva que, com a reforma da Lei nº 12.403/2011, passou a ser subsidiária, tudo com clara inspiração na teoria do Direito Penal da intervenção mínima.

Para a aplicação das novas medidas cautelares processuais penais, alternativas à prisão, criam-se dois critérios básicos: *necessariedade* e *adequabilidade*. Sob o manto do primeiro, deve-se verificar a indispensabilidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou para a instrução criminal, além de servir para evitar a prática de infrações penais. Sob o segundo, atende-se à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado/acusado (art. 282, I/II, CPP).

Destaque-se que o magistrado poderá optar por uma ou mais cautelares concomitantemente, sempre justificando sua decisão (art. 282, §1.º). As nove medidas cautelares estão previstas no art. 319 do CPP, quais sejam: a) o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para narrar e justificar suas atividades; b) a proibição de frequência a determinados lugares, desde que relacionados ao fato, evitando-se o risco de novas infrações; c) a proibição de manter contato com pessoa certa, mantendo-se distante; d) a vedação de se ausentar da Comarca, conforme a conveniência da investigação ou da instrução; e) o recolhimento domiciliar, à noite e durante as folgas; f) a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira, conforme o caso concreto; g) a internação provisória do enfermo ou perturbado mental, havendo risco de reiteração do fato; h) a fiança; i) a monitoração eletrônica. Além disso, menciona-se a proibição de deixar o País, com o recolhimento do passaporte e o alerta às autoridades competentes (art. 320, CPP).

THEMIS

Observa-se que várias delas já são conhecidas como condições para o gozo do *sursis*, livramento condicional ou regime aberto. Há, inclusive, medida cautelar utilizada como pena alternativa, caso da proibição de frequentar determinados lugares. A novidade diz respeito à internação provisória, que permite o recolhimento cautelar de enfermos e perturbados mentais, que tenham cometido fato criminoso grave, sob suspeita de reiteração. Também, outra novidade, é a monitoração eletrônica como medida cautelar, dilatando, sobremaneira, a sua relevância, antes restrita às saídas temporárias de presos no regime semiaberto e às prisões domiciliares (Cf. a Lei n.º 12.258/2010).

Quanto à fiança, que não é novidade, mas vinha sendo historicamente anulada desde a Lei Fleury (que inseriu o parágrafo único na redação originária do art. 310 do CPP), a nova lei buscou sua revitalização na medida em que tal instituto deixou de ser somente uma garantia real, aplicada na concessão de liberdade provisória, para tornar-se medida cautelar, passível de cumulação com outras medidas provisórias. Além de que, com a fiança, prestigia-se à vítima, que nela poderá buscar a reparação pelos danos sofridos.

Ademais, pela sistemática atual, a fiança pode ser parcelada, e se o acusado não depositar, é preso. Por outro lado, até a destinação final, o dinheiro da fiança deverá ficar depositado em conta judicial, inclusive porque em caso de condenação deverá ser usado para reparação do dano, destinado à vítima, e pagamento de multa penal e custas, destinado à União. Já na hipótese de absolvição ou extinção da ação penal, o dinheiro da fiança deverá ser devolvido ao acusado, acrescido de atualização monetária. E na hipótese de quebra da fiança (prática de ato de obstrução ao processo, descumprimento de medida cautelar imposta e resistir à ordem judicial), o réu deverá perder metade do seu valor.

Em tese, a fiança deve ficar como última medida cautelar, principalmente para detentores de poder econômico e político, tais como indivíduos que praticarem crimes financeiros, políticos, lavagem de capitais, fraudes, e evasão de divisas. Permitindo, assim, a possibilidade de concessão de liberdade provisória, sem fiança, se o acusado apresentar precária situação econômica.

É certo que as medidas cautelares buscam dois objetivos: permitir que o acusado responda solto e garantir sua vinculação ao processo, com o natural comparecimento a todos os atos do processo. Por isso mesmo, o eventual descumprimento de obrigações impostas poderá ensejar decreto de prisão preventiva. Contudo, não se pode deixar de questionar se o Poder Público *terá condições de aplicar e fiscalizar de forma efetiva o cumprimento dessas medidas cautelares alternativas*. Com efeito, para que a eficácia das medidas cautelares

seja efetivamente garantida, é imprescindível que os órgãos responsáveis pela segurança pública se equipem com instrumentos que possibilitem a fiscalização do cumprimento das medidas.

Ademais, outro ponto fundamental é a premente necessidade de aquisição de tornozeleiras eletrônicas por parte do Estado. Somente com esse equipamento, o inciso IX do artigo 319 do CPP terá aplicação prática. Além disso, as tornozeleiras facilitariam a fiscalização de outras medidas cautelares, inclusive porque o descumprimento da medida cautelar pode gerar a sua substituição por outra medida, a cumulação com outra restrição ou, em último caso, a decretação da preventiva (art. 282, §4.º, CPP).

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “*o sucesso ou fracasso das novas medidas dependerá de dois fatores preponderantes: a) a efetiva aplicação pelos juízes; b) o apoio, em forma de recurso estatal, para muitas delas, como, por exemplo, a monitoração eletrônica.*” Inclusive, a medida mais cara é o monitoramento eletrônico, com custo aproximado de R\$600,00(seiscentos reais) a R\$800,00 (oitocentos reais) por aparelho, e R\$100,00 (cem reais) pela manutenção dos mesmos.

Naturalmente, não se pode mitigar o argumento de a Lei nº 12.403/2011 estaria na contramão da histórica, pois a maioria dos países sérios vem adotando leis mais severas para combater a criminalidade. Por outro lado, a liberação indiscriminada de réus, muitos deles reincidentes, aumenta significativamente a sensação de insegurança na sociedade, e reforça o sentimento de impunidade na população, a qual, por vezes, tem se sentido estimulada ou mesmo compelida à autotutela, na medida em que réus com flagrante inclinação para o crime, por vezes, são imediatamente restituídos à liberdade.

É certo que a Lei n.º 12.403/2011 traz em si um propósito, qual seja o de poupar recursos públicos com a construção e manutenção de cadeias e presídios, mas só haverá êxito em tal proposta de política criminal e penitenciária se os recursos ali economizados foram investidos em educação básica e saúde para a população, pois, caso contrário, estaremos todos apenas buscando um remédio diferente para mascarar as consequências do verdadeiro problema social.

Por fim, caberá ao Poder Judiciário traçar estratégias para aplicar as medidas cautelares inseridas no art. 319 do CPP de forma efetiva, e, nesse tocante, é imprescindível que o Estado forneça os instrumentos necessários a sua fiscalização, sob pena de a nova Lei não conseguir consagrar seus princípios, e com isso estimular-se alguns setores da população a buscar cada vez mais o justicamento sumário dos delinquentes.

THEMIS

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após detida análise do instituto da liberdade provisória, tal como inserido na legislação brasileira, observamos que o mesmo vinha sendo aplicado entre nós desde o Código de Processo Criminal do Império. Além disso, o instituto sofreu profundas transformações ao longo dos anos, notadamente após o advento da Lei Fleury (Lei nº 6.416/77), eis que através dela foi desnaturado o instituo, vinculando-o à incidência ou não das hipóteses legais de cabimento da custódia preventiva.

Por consequência dessa alteração legislativa, os doutrinadores passaram a tratar da liberdade provisória como se fosse instituto distinto da fiança, embora o próprio sumário do Código de Processo Penal Brasileiro sempre tenha indicado o contrário, chegando mesmo a concentrá-lo em título específico sob o rótulo “*da liberdade provisória, com ou sem fiança*”.

Na sequência, o fenômeno da superpopulação carcerária veio a recrudescer como fenômeno social, ainda que derivado da histórica negligência do Poder Público no enfrentamento da questão penitenciária, e com isso gerou-se enorme pressão política para esvaziamento dos cárceres.

Embora a pressão exercida pelo Executivo sobre os demais Poderes da República tenha por causa precípua a limitação orçamentária, o Legislativo veio a aprovar projeto, convertido na Lei nº 12.403/2011, o qual implementou medidas cautelares diversas da prisão como espécie de alternativa menos dispendiosa à manutenção de réus encarcerados.

Obviamente, foram desprezados alguns fatores, como a ausência de ressocialização, como o recrudescimento da violência, e como o sentimento de impunidade que conduzem os Poderes da República, notadamente o Judiciário, ao descrédito perante à sociedade civil, que já não mais tolera permanecer como refém da violência perene que acomete todos os rincões brasileiros, e não apenas as grandes metrópoles urbanas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. **Constituição Federal Interpretada pelo STF**. 6ª. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal à luz da doutrina e da jurisprudência**. Barueri: Manole, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: RT., 2007.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. **Direito processual penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSA, Alexandre Morais; PRUDENTE, Neemias Moretti (Orgs.). **Monitoramento Eletrônico em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

NOTAS DE FIM

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 445/446. V. 3.

² *Idem*. *Ibidem*, 1994, p. 446.

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 403.

⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.248.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 403.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 449. V. 3.