

O DIREITO À LIBERDADE E AS IMPLICAÇÕES DA LEI Nº 12.403/2011 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

NATÁLIA LIRA

Advogada. Pós-Graduada em Direito e Processo Penal. Universidade Potiguar.
E-mail: natalia_luiza_@hotmail.com

Envio em: Janeiro de 2014

Aceite em: Março de 2014

Resumo

Diante das importantes alterações no âmbito do processo penal brasileiro, ocasionadas com o advento da Lei nº 12.403/2011, o presente estudo irá tratar dos atuais aspectos da prisão cautelar, através do apanhado doutrinário e histórico do instituto da prisão, assim como dos seus fundamentos. Analisará, especificamente, os efeitos produzidos pelas inovações no ordenamento jurídico brasileiro, mostrando sua atual relação com o direito fundamental de liberdade. Nesse aspecto, a Lei nº 12.403/2011 introduziu modificações que estão presentes em toda a persecução criminal, atuando na substituição do cárcere cautelar. Desta feita, será demonstrado, no decorrer do presente trabalho, que, de forma cada vez mais acentuada, o direito à liberdade e ao status de inocência só pode ser obstado com o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo a regra, portanto, a preservação desse direito, que representa uma mitigação ao instituto da prisão.

Palavras-Chaves: Prisão. Medidas Cautelares. Lei nº 12.403/2011.

THE RIGHT TO LIBERTY AND THE IMPLICATIONS OF LAW Nº 12.403 THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Abstract

Given the major changes in Brazilian criminal proceedings, caused by the enactment of Law No. 12.403/2011, this study will address current aspects of precautionary prison through the doctrinal and historical pickup of the institution of prison, as well as its fundamentals. It will examine specifically on the effects produced by innovations in the Brazilian legal system, showing its current relationship with the fundamental right of freedom. In this regard, Law No. 12.403/2011 introduced changes that are present in all criminal prosecutions, working in the prison interim replacement. Thus, it will be shown in the course of this work that in an ever more pronounced way, the right to freedom and status of innocence can only be hindered with the advent of the final judgment of the criminal sentence, being the rule, therefore, the preservation this represents a right to institute mitigation prison.

Keywords: Prison. Precautionary Measures. Law nº 12.403/2011

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 12.403, em 04 de maio de 2011, trouxe importantes modificações no Código de Processo Penal, especialmente tendo em vista a prisão cautelar, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares.

Desse modo, o presente estudo tem como finalidade analisar os benefícios e as inovações provenientes da mudança supracitada nas relações do direito processual penal brasileiro, as quais foram de suma importância para a ciência jurídica.

Analisando, especificamente, a sanção penal, observamos que se trata de uma consequência natural aplicada pelo Estado, quando alguém comete uma infração prevista pelo regime jurídico penal.

Como regra, temos a prisão pena, advinda de decisão condenatória com trânsito em julgado, em conformidade com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Todavia, diante da necessidade do cerceamento de liberdade do réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, surgiu a possibilidade da prisão sem pena, também denominada de prisão cautelar ou provisória.

Nesse contexto, surge a Lei nº 12.403/2011, introduzindo novos institutos, como as medidas cautelares diversas da prisão, bem como restaurando o instituto da fiança, demonstrando que, ao longo da história do direito processual penal dentro da sociedade brasileira, o Estado passa a intervir, cada vez menos, no direito à liberdade do cidadão, considerando a prisão cautelar como última medida a ser adotada.

Para compreender melhor o instituto da prisão cautelar e, por conseguinte, analisar os benefícios das inovações trazidas pelo referido diploma legislativo, faz-se necessário introduzi-lo no sistema jurídico brasileiro.

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Inicialmente, é importante realizar uma análise histórica do instituto da prisão, com o fito de contextualizá-lo nos tempos hodiernos e introduzi-lo no ordenamento jurídico brasileiro.

Vislumbra-se da história da humanidade que a pena abrolhou com um caráter predominantemente de vingança, executada com crueldade, causando o máximo de dor e sofrimento ao condenado. Posteriormente, a pena passou por um período reformador, devido aos valores e às aspirações produzidas pelo Iluminismo,

consagrando uma nova fase de execução da pena, respeitando a dignidade da pessoa humana. Os filósofos Beccaria, Howard e Bentham colaboraram, expressivamente, para a concretização do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Depois de um longo período da história da humanidade, com a predominância da pena de morte e das penas corporais, a liberdade tornou-se o bem jurídico afetado com a penalização das condutas consideradas como criminalizadas e, dessa forma, a prisão nasce com caráter de sanção, inclusive com aspirações de mudança e regeneração dos condenados.

Assim, percebe-se que, no decorrer da história, surgiram diversas legislações com o intuito de definir e esclarecer as penalidades impostas pelo Estado e, nesse sentido, Beccaria lecionou, em sua época, e se encontra externado em sua obra, da seguinte maneira: “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos” (2002, p. 20).

2.2. A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Criminal do Império (1830) foi a primeira legislação codificada no direito brasileiro, logo em seguida da vigência das Ordenações do Reino de Portugal, que perdurou durante o século XVI ao início do século XIX.

Sobre esse período histórico, Manoel Barros da Mot-ta (2011) leciona:

A abolição definitiva do Código Filipino, malgrado as transformações impostas pela nova Constituição, só se deu com a promulgação do novo Código Criminal, em 16 de dezembro de 1830. À tortura judiciária como mecanismo legal de extração da verdade na fase inquisitorial do processo, à mutilação das mãos, ao corte da língua, às queimaduras com tenazes ardentes, além de a várias formas de degredo, confisco e multa, e a açoite com ou sem baraço e pregão vai suceder um regime que tem como dispositivo fundamental a pena de prisão. A pena de morte permanece, bem como a pena de galés, mas a prisão desaponta como a peça central do novo sistema penal.

Não obstante a pena de prisão ter sido introduzida no nosso ordenamento com o Código Penal de 1830, esse modelo institucional só foi colocado em prática a partir de 1850. Durante esse intervalo temporal, perdu-

rou a polêmica acerca dos limites da pena de prisão, ou melhor, a disputa entre os sistemas auburniano e pensilvânico, como reflexo de um fenômeno internacional.

Logo em seguida, surge o Código de Processo Penal (1941), vigente até os dias hodiernos, que, ao ser elaborado, teve como inspiração o Código de Processo Penal italiano, cabendo mencionar, nesse aspecto, os ensinamentos do ilustre doutrinador Eugênio Pacelli (2009, p. 05); vejamos:

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pelo regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo projeto, Ministro Francisco Campos, conforme se observa em sua Exposição de Motivos.

O Código de Processo Penal foi promulgado sob a égide da Constituição Federal de 1937, durante o período histórico conhecido como “Estado Novo”, implantado por intermédio do golpe de Estado realizado por Getúlio Vargas, com intensas influências autoritárias e antidemocráticas.

Assim, ao ser recepcionado pela nova ordem constitucional, o Código de Processo Penal passou a ter como princípio fundamental o respeito à dignidade da pessoa humana, e, para isso, na interpretação e aplicação dos seus institutos, o princípio predominante deverá ser o da presunção da inocência.

A dicotomia existente entre o Código de Processo Penal de 1941 e a Carta Magna de 1988, está, essencialmente, na base teórica. O primeiro tem como alicerce o autoritarismo e a preocupação com a segurança pública, orientado pelo princípio da presunção da culpabilidade; ao passo que a Carta tem como fundamento o ideal democrático, norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e garantido através dos direitos fundamentais, previstos no seu artigo 5º.

Com as reformas do Código de Processo Penal, realizadas mediante a promulgação das Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, restaram revogados alguns dispositivos, concretizando a exclusão da ideia de um juízo de antecipação da responsabilidade penal, em consonância com a atual Constituição Federal de 1988.

Atualmente, com a promulgação da Lei nº 12.403, em 04 de maio de 2011, restaram acentuados, ainda mais, os ideais da Constituição Federal de 1988, conforme será analisado no decorrer deste trabalho.

3. DA PRISÃO CAUTELAR

Conforme mencionado alhures, o instituto da prisão pode ser analisado sob dois aspectos, tal como é disposto no texto constitucional. Primeiro, temos a prisão pena, decorrente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e do poder-dever de punir do Estado, regulada pelo Código Penal.

Por sua vez, também poderá ocorrer a prisão sem pena, cabível seja no curso do inquérito policial ou na fase processual, antecedendo ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conhecida como cautelar ou processual, visando à tutela jurídica da efetividade do processo, desde que esteja amparada pelos seguintes requisitos: o *fumus commissi delicti*, isto é, quando houver prova da materialidade e existirem indícios suficientes de autoria, e o *periculum libertatis*, em conjunto com a necessidade da manutenção da custódia do agente.

Com efeito, ressaltam-se os ensinamentos de Roberto Delmanto Júnior (2001, p. 84); vejamos:

Primeiro há de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo concreto que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus requisitos).

O artigo 283, do Código de Processo Penal, em conformidade com o preceito constitucional do art. 5º, inciso LXI, prevê três modalidades distintas da prisão cautelar ou processual, quais sejam: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

Todavia, apenas nas duas últimas espécies, o agente poderá permanecer detido durante a persecução criminal, isso porque a prisão em flagrante deixou de ser hipótese de prisão cautelar garantidora do processo. Assim, o acusado não poderá mais permanecer preso em razão da prisão em flagrante, a qual deverá ser convertida em prisão preventiva ou decretada a liberdade provisória.

Destarte, serão analisadas as aludidas espécies de prisão processual, em conformidade com as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, bem como as respectivas consequências geradas no sistema processual penal brasileiro.

3.1. PRISÃO EM FLAGRANTE

O ordenamento jurídico brasileiro permite a possibilidade de prisão sem intervenção do Judiciário, quando

o agente é pego em flagrante delito. Trata-se de uma medida privativa de liberdade, com natureza cautelar e caráter administrativo, não se exigindo, para tanto, ordem escrita e fundamentada da autoridade competente.

Embora se deva compreender a prisão em flagrante como a resultante do momento e do local do crime, o art. 302, do Código de Processo Penal, também elenca hipóteses em que não ocorre a relação imediata entre a ocorrência do fato e a sua captação.

Desse modo, após a captura do agente, o mesmo deverá ser conduzido até a presença da autoridade competente (policial ou judicial), com a consequente lavratura do auto de prisão em flagrante e o recolhimento ao cárcere. A prisão deverá ser comunicada, imediatamente, ao juiz, ao representante do Ministério Público e à família do preso ou à qualquer pessoa por ele indicada, consoante o art. 306, do Código de Processo Penal.

Além disso, logo em seguida da efetivação da prisão, a autoridade policial terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para encaminhar o auto de prisão em flagrante ao magistrado competente.

Em consonância com o artigo 310, do referido diploma legal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, o juiz terá as seguintes opções, ao receber o auto de prisão em flagrante: a) relaxar a prisão, se presente ilegalidade; b) converter em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312, do mesmo diploma legal, e se mostrarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares diversas da prisão; c) ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, desde que atenda aos requisitos legais.

Portanto, a prisão em flagrante encontra amparo no texto constitucional, funcionando como forma de preservação e defesa da sociedade, uma vez que permite a captura do agente no momento em que é surpreendido praticando o fato típico, com o fito de evitar a consumação do crime ou a fuga do agente, assim como para colher os elementos indiciários.

3.2. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva está, expressamente, disposta no Capítulo III, artigos 311 à 316 do Código de Processo Penal, os quais sofreram diversas alterações com a promulgação da Lei nº 12.403/2011.

Inicialmente, observa-se que a prisão preventiva é uma medida de natureza cautelar mais ampla, cabível durante toda a persecução criminal, ou seja, cabe tanto durante a fase inquisitorial quanto na fase processual. Nesse contexto, cabe ressaltar o entendimento do professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p.

627), *in verbis*:

Prisão preventiva é aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

Assim, temos que a prisão preventiva poderá ser decretada *ex officio* pelo magistrado apenas durante a fase processual, ou mediante provocação do representante do Ministério Público, do querelante, da autoridade policial ou do assistente de acusação, conforme dispõe o art. 311, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

Além disso, a legislação processual não estabelece o prazo de duração da referida medida cautelar, possibilitando a sua permanência até o momento em que houver cessada a sua necessidade, isto é, enquanto perdurar a presença dos requisitos que fundamentaram a sua decretação.

Nesse contexto, Monica Ovinski de Camargo (2005, p. 257) leciona sobre o risco da prisão preventiva:

A prisão, além de representar uma restrição ao direito de liberdade física, consiste em um sério constrangimento para o indivíduo, já que usualmente é a pena imposta para os condenados por crime de maior gravidade. Assim, a prisão imprime o estigma de culpado ao indivíduo que ainda está sendo processado, numa clara afronta à presunção de inocência.

Portanto, se os requisitos justificantes desaparecerem, a prisão preventiva será, obrigatoriamente, revogada, podendo ocorrer, eventualmente, a cumulação com outras medidas cautelares, previstas no art. 319, do Código de Processo Penal. Do mesmo modo, diante do reaparecimento dos requisitos legais, nada impede que o magistrado decrete, novamente, a prisão preventiva do agente.

3.2.1. Requisitos da prisão preventiva

Em virtude de sua natureza cautelar, a prisão preventiva somente será adotada, quando presente o lastro probatório mínimo da materialidade e autoria do delito, bem como diante da necessidade de manutenção do cárcere.

Assim, faz-se necessária a presença cumulativa dos requisitos anteriormente mencionados, quais sejam: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O pri-

meiro, a fumaça do cometimento do delito, que se caracteriza pela justa causa da prisão preventiva; ao passo que o segundo requisito, o perigo da liberdade, trata das hipóteses da prisão preventiva, elencadas no art. 312, do Código de Processo Penal.

Com efeito, destaca-se uma importante mudança do Código de Processo Penal, conforme leciona o doutrinador Nestor Távora (2011, p. 550); vejamos:

Não mais existe hipótese de segregação preventiva obrigatória, onde o criminoso, por imposição legal, desmerecendo-se da aferição da necessidade, respondia a persecução penal preso, em razão da gravidade do delito, quando a pena de reclusão cominada fosse igual ou superior a dez anos (era a antiga previsão do art. 312, do CPP). Daí que se, de um lado, a gravidade do crime é vetor imperativo para se verificar a proporcionalidade da medida cautelar imposta e para se constatar sua adequação, em compasso com o art. 282, II, do CPP (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011), não é, de outro, por si só suficiente para fundamentar a prisão preventiva.

Vislumbra-se, assim, que a decretação da prisão preventiva ocorrerá, tão somente, quando houver motivos que justifiquem a efetividade da medida, pautada na sua extrema necessidade, dentre os previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, para, assim, fundamentar o encarceramento do agente, antes do trânsito em julgado.

Nesses termos, o *periculum libertatis* consiste nas seguintes situações: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação da lei penal; e) descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal).

No tocante à garantia da ordem pública, destaca-se o entendimento do doutrinador Guilherme Nucci (2007, p. 547), o qual leciona que, para a visualização desse requisito, deverão ser analisados três elementos: a gravidade da infração, a repercussão social e a periculosidade do agente, que, em conjunto ou isoladamente, permitem a medida cautelar em análise. Todavia, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a ordem pública estará em risco, quando comprovado que o indivíduo, em liberdade, continuará delinquindo durante a persecução criminal.

Em consonância com o posicionamento acima, a garantia da ordem econômica tem como escopo obstar a reinteração de delitos contra a ordem econômica.

Por sua vez, a conveniência da instrução criminal visa a preservar a livre produção probatória, atendendo ao princípio do devido processo legal.

No que concerne à garantia da aplicação da lei penal, almeja-se evitar a fuga do acusado, o qual pretende eximir-se da responsabilidade penal. Nessa hipótese, é essencial que seja comprovada a demonstração de possibilidade de fuga do agente.

Por fim, temos o descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, previstas no art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal. Assim, ao descumprir a medida cautelar imposta, o agente demonstra que esta não é apta ou suficiente para o caso, autorizando o magistrado promover a substituição ou a cumulação com outra, ou, em última análise, a decretação da prisão preventiva, desde que o crime cometido admita a adoção da aludida medida.

3.2.2. Admissibilidade

A prisão preventiva teve o seu cabimento mitigado pelo legislador, ou melhor, apenas algumas infrações penais são passíveis de decretação dessa medida cautelar. Assim, torna-se essencial identificar a sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, conforme especificado no artigo 313, do Código de Processo Penal.

De tal modo, a regra geral é a permissão da prisão preventiva para apuração dos crimes dolosos mais graves, em que a pena é superior a quatro anos de reclusão ou detenção. Afastam-se, em razão desse critério, os crimes culposos e as contravenções penais.

Como exceção, a medida cautelar em análise poderá ser aplicada em crimes dolosos com pena inferior a quatro anos, quando o agente tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, durante o período depurador da reincidência.

Refere-se, portanto, ao agente reincidente, ou seja, quando, após ter transitado em julgado sentença penal condenatória em desfavor do réu por outro crime, o mesmo comete um novo delito antes de transcorrer o lapso temporal de cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o cometimento da nova infração penal.

Outra hipótese é se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência física, com o fito de assegurar a execução das medidas protetivas de urgência, inseridas, inicialmente, pelo art. 42, da Lei nº 11.340/06. Assim, a Lei nº 12.403/11 deu nova redação ao art. 313, do Código de Processo Penal, como forma de ampliar a proteção, no âmbito familiar, aos consi-

derados hipossuficiente, não se restringindo, apenas, à mulher, como fazia o dispositivo da Lei Maria da Penha.

Ainda é permitida a decretação da preventiva na conjectura definida pelo parágrafo único do referido dispositivo legal, o qual a admite quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, independentemente da gravidade do crime praticado. Entretanto, o agente deverá ser posto em liberdade imediatamente após a identificação, exceto se, por outra hipótese, couber a permanência da medida cautelar.

Por último, ressalta-se que a Lei nº 12.403/11, ora em estudo, revogou o dispositivo legal que admitia a adoção da prisão preventiva no caso do criminoso ser reputado vadio, ou seja, aquele que se entrega “habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover própria subsistência mediante ocupação lícita”, conforme descreve o art. 59, do Decreto-lei nº 3.688/41.

3.3. PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária encontra-se disciplinada na Lei 7.960/89, que surgiu através da conversão da Medida Provisória 111, de 14 de novembro de 1989. Trata-se de uma prisão cautelar cabível, exclusivamente, na fase de investigação criminal (inquérito policial), decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

Outra característica importante é a existência de prazo preestabelecido de duração, o qual será de cinco dias, prorrogáveis, uma única vez, por mais cinco dias, somente quando comprovada sua extrema necessidade, mediante requerimento devidamente fundamentado, conforme dispõe o art. 2º, da Lei nº 7.960/89. Por sua

vez, no tocante aos crimes hediondos e assemelhados, a Lei nº 8.072/90 estabelece que o prazo da prisão temporária é de trinta dias, prorrogáveis por igual período, desde que observadas as formalidades acima referidas.

Assim, além de preencher os requisitos elencados no art. 282, do Código de Processo Penal, tal como nas demais prisões cautelares, para a referida medida cautelar, devem-se fazer presentes os requisitos específicos do art. 1º, da Lei nº 7.960/89.

4. DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DE PRISÃO

Inspiradas na legislação processual penal portuguesa e italiana, muitas das medidas cautelares diversas da prisão já estavam presentes no nosso sistema jurídico, pois medidas análogas já eram determinadas pela Lei 9.099/95. Assim, considera-se o rol de medidas cautelares diversas da prisão, estabelecido pelo artigo 319, do Código de Processo Penal¹, como uma das grandes inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11.

Nesse pórtico, as medidas cautelares poderão ser aplicadas durante toda a persecução criminal, inclusive para efeitos de detração, diante da equivalência entre a medida cautelar exercida e a pena determinada em futura sentença condenatória. Ressalta-se, ainda, que a lei não fixa prazo para a duração de tal medida cautelar, sendo aplicada enquanto persistirem os motivos determinantes para sua decretação.

Como nas demais medidas cautelares estudadas, só se justificará se estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, observando o magistrado os critérios de necessidade e adequação da restrição, sempre motivada, nos termos do artigo 282, do Código de Processo Penal.

Além disso, as medidas cautelares somente serão

¹ Art. 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.

aplicadas sobre a infração que isolada, cumulativa ou alternativamente imponha pena privativa de liberdade. E, como não possui natureza de tutela antecipada, não haverá necessidade, na decretação, de coincidir com a espécie de pena a ser aplicada ou com efeito da condenação.

O critério de escolha do magistrado dentre as hipóteses elencadas no rol do art. 319, do Código de Processo Penal, deve ser pautado na proporcionalidade e legalidade, com o escopo de ajustar a medida às características de cada caso concreto. Observa-se, ainda, que as medidas estão organizadas gradativamente, de acordo com a intensidade das obrigações impostas ao indivíduo.

Ademais, como forma de garantir a sua eficácia, o descumprimento de qualquer medida cautelar poderá motivar a substituição da medida, a cumulação com outra ou, de forma extrema, a decretação da prisão preventiva, caso o delito comporte a sua aplicação.

Sobre o tema, Nestor Távora (2011, p. 643) pontua que:

Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto ao cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP).

Desse modo, a decretação da prisão preventiva deverá ser considerada como uma medida extrema, quando as demais medidas cautelares se mostrarem insuficientes e inadequadas para assegurar a persecução penal.

Assim, percebe-se que a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão se apresenta como uma forma de combate às prisões cautelares e preservação dos direitos fundamentais à liberdade e da presunção de inocência, uma vez que devem ser impostas de forma preferencial à prisão, evitando, assim, que o agente venha a ser privado de sua liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

5. DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória refere-se ao instituto proces-

sual que garante ao réu a possibilidade de obter a sua soltura, quando não for enquadrada nenhuma das condições necessárias para a decretação da prisão cautelar, assegurado pela Constituição Federal, nos termos do art. 5º, inciso LXVI.

Entretanto, será vedada a concessão da liberdade provisória, quando estiverem presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva e nas hipóteses que a lei prevê, expressamente, a proibição, como, por exemplo, o art. 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).

Assim, no que concerne à concessão do instituto em análise, observa-se que o mesmo poderá ocorrer com, ou sem, prestação de fiança, com a cumulação de outra medida cautelar, e, ainda, mediante o cumprimento de obrigações.

5.1. LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA

Para melhor compreensão do assunto analisado nesse tópico, faz-se necessário abordar sobre o instituto da fiança² no contexto do nosso sistema jurídico.

A Constituição Federal dispõe que a liberdade provisória pode ser admitida com, ou sem, fiança e, do modo em que era disciplinado pelo Código de Processo Penal, tratava-se de um instituto em desuso no nosso sistema jurídico, uma vez que a alteração promovida pela Lei nº 6.416/77 no Código de Processo Penal tinha ampliado a admissibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança.

Com a redação definida pela Lei nº 12.403/11, a fiança é restaurada, passando todos os delitos a serem considerados como afiançáveis, salvo nos casos em que a legislação veda a sua concessão, por exemplo, nos crimes hediondos, racismo e nos demais previstos no artigo 323, do Código de Processo Penal. Ainda que não haja a previsão de inafiançabilidade, é impedida, legalmente, a concessão da fiança, por motivos de quebra da fiança, prisão civil ou militar, ou caso estejam presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Com efeito, a fiança é uma caução, com o fito de assegurar o cumprimento das obrigações do beneficiário. Assim, procura-se fazer com que o réu compareça a todos os atos processuais, obstando o encarceramento prévio, bem como, diante da condenação, o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das

² De acordo com os ensinamentos de Nestor Távora (2011, p. 627), a fiança refere-se ao “fato jurídico de caucionar obrigação alheia, importando, pois, em abonação ou responsabilidade”.

custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, inclusive com o advento da prescrição da pretensão executória, nos termos do art. 336, do Código de Processo Penal.

Por outro lado, se o réu for absolvido, ocorrer a extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória ou, ainda, pedido de arquivamento de inquérito policial, será devolvido os valores prestados como fiança, sem qualquer abatimento.

A fiança poderá ser concedida em qualquer momento da persecução criminal, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Poderá ser arbitrada tanto pela autoridade policial quanto pela judicial.

Nesses termos, a liberdade provisória mediante fiança será sempre condicionada, sendo exigido, além da prestação pecuniária, o cumprimento de obrigações pelo afiançado, com o intuito de garantir o bom andamento da persecução penal, em razão da presença do mesmo durante todos os atos e da possibilidade de ser encontrado, sempre que necessário.

5.2. LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA

Antes da promulgação da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória sem fiança e sem vinculação ocorria nas situações previstas pela antiga redação do art. 312, do Código de Processo Penal, em que o referido instituto era concedido compulsoriamente, sem qualquer imposição ao réu, nos crimes em que a lei previa que ele “livrasse solto”.

Com a atual reforma do sistema processual penal, é possível concluir que a liberdade provisória ainda poderá ser concedida de forma incondicionada, todavia, apenas no caso do magistrado entender desnecessária ou inadequada a imposição de qualquer medida cautelar, ou a imposição de outra obrigação.

Outrossim, pode ser concedida a liberdade provisória condicionada, ainda que não haja exigência da fiança. Nessas situações, o agente permanecerá em liberdade, contudo, terá que se submeter a algumas exigências legais, diferentes do pagamento pecuniário. Trata-se, portanto, da concessão de liberdade provisória sem fiança, mas como vinculação, que podem ser obrigações ou medidas cautelares diversas da prisão.

6. O DIREITO À LIBERDADE

Dentre os princípios fundamentais constitucionais, merece destaque o princípio da liberdade, que possui

um bem jurídico de grande importância no nosso ordenamento jurídico de cunho democrático, que, de certo modo, pode ser confundido com o próprio direito à vida.

A Constituição Federal garante o direito à liberdade dentre os direitos fundamentais, sendo este direito assegurado, inclusive, nos casos em que a pessoa praticou algum crime. Entretanto, é permitido, excepcionalmente, que o direito à liberdade seja restringido antes da condenação definitiva, como medida processual, sem que isso seja considerado uma ofensa ao princípio da presunção de não culpabilidade. Isso porque essa limitação é apresentada como uma medida acatutelatória, realizada nos casos de extrema necessidade.

Originalmente, a prisão preventiva aparece como uma forma de tutelar o processo iniciado ou a ser iniciado, em que será questionada a culpabilidade do agente, podendo, assim, ser apresentada como medida de segurança, meio de instrução e de garantia de eficácia do processo.

Com efeito, a nova Lei nº 12.403/11 mitigou, ainda mais, a aplicação da prisão preventiva, diante do surgimento das outras medidas cautelares diversas de prisão, como o comparecimento periódico em juízo e a monitoração eletrônica, as quais deverão ser adotadas de modo preferencial.

Nesse sentido, sempre que couberem outras medidas coercitivas menos drásticas do que o encarceramento não poderá ser decretada a prisão preventiva, a qual passa a ser medida excepcional, ou como se costuma dizer, a ultima ratio. De igual forma, sem a presença dos requisitos da necessidade e da urgência, o magistrado deverá conceder a liberdade provisória, com, ou sem, fiança, conforme analisado anteriormente.

Em conformidade com o entendimento aqui adotado, destaca-se o seguinte precedente judicial do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. In casu, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea.

2. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar o trânsito em julgado da ação

penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. (HC 154.456/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012)

Sendo assim, verifica-se que a lei em comento, ao alterar o sistema processual penal, valorizou, especialmente, o direito fundamental da liberdade, bem como o princípio constitucional da presunção de inocência, estabelecendo novas diretrizes para a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, evitando, sempre que possível, o encarceramento do agente, o qual somente será admitido quando as demais medidas cautelares se mostrarem insuficientes e inadequadas para garantir a persecução penal.

Portanto, dentre outros aspectos modificados com o advento da Lei n.º 12.403/11, o surgimento das medidas cautelares diversas da prisão se apresenta como fundamental para a concretização da tutela do direito constitucional à liberdade, tornando-se um marco evolutivo na persecução penal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que a reforma do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei n.º 12.403/11, inovou no ordenamento jurídico, notadamente em relação à prisão, alterando, restaurando e criando institutos de fundamental importância para a efetiva tutela dos direitos

constitucionais, em especial, o direito à liberdade.

Dessa feita, a referida alteração legislativa teve como principal consequência a concretização da prisão cautelar como última medida a ser adotada pelo magistrado, e desde que presentes os requisitos autorizadores para a decretação da medida.

Assim, evita-se que o agente seja levado ao cárcere e ao convívio com outros infratores antes do advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, resguardando o seu direito à liberdade, ao passo que possibilita ao magistrado a adoção de medidas alternativas capazes de preservar a persecução penal. Todavia, diferentemente do apontado por diversos críticos, isso não significa que a sensação de impunidade irá aumentar a partir dessa reforma. É evidente que esperar o processo em liberdade não quer dizer que o agente permanecerá impune, mas tão somente que ele terá os seus direitos fundamentais resguardados até o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Depreende-se, por conseguinte, que a Lei n.º 12.403/11 possibilitou uma visão mais constitucional à persecução penal. Isso porque, a partir do momento que a prisão cautelar passa a ter natureza subsidiária em relação às outras medidas elencadas, resta efetivada a tutela, de forma mais acentuada, dos direitos fundamentais do cidadão.

Portanto, conclui-se que foram inseridas normas no nosso ordenamento jurídico capazes de garantir a segurança pública e que, ao mesmo tempo, são capazes de assegurar princípios constitucionais, como a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana, além de ampliar o âmbito de incidência do direito fundamental à liberdade.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=10586>. Acesso em 01 mar. 2012.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1956. v. I
- MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

