

DA POSSIBILIDADE DE FIANÇA COMO MEDIDA ALTERNATIVA À PRISÃO CAUTELAR NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Mateus Marques*

Marçal Carvalho**

Resumo: A discussão que ora se propõe tem como objetivo principal aprofundar os estudos em relação às alterações advindas com a Lei nº 12.403/2011 principalmente no que se refere a possibilidade de fixação do instituto da fiança para os crimes oriundos da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas). Ademais, argumenta-se quanto ao tema em estudo sobre a possibilidade de fixação da referida medida cautelar alternativa ao cárcere mesmo diante de expressa vedação legal.

Palavras-chave: prisão cautelar; fiança; tráfico de drogas; medidas alternativas.

Abstract: The discussion that is now propose main goal is to further study in relation to the changes introduced with the Law nº 12.403/2011, especially as regards the possibility of fixing the Institute of bail for offenses arising from the Law nº 11.343/2006 (traffic drugs). Thus, it is argued on the subject in a study on the possibility of fixing the said injunction alternative to jail even before explicit legal prohibition.

Keywords: precautionary prison; bail; drug trafficking; alterna-

* Professor da Estácio/FARGS. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Advogado Criminalista.

** Professor da ULBRA/Torres. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Advogado Criminalista.

tive measures.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS



instituto da fiança no processo penal, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, era compreendida apenas como medida de contracautela que substituí a prisão em flagrante, mediante a prestação de caução, assumindo o agente, como condição de manutenção de sua liberdade. Com o advento da “nova lei”, que alterou o sistema de prisão, liberdade provisória e ainda inseriu diversas medidas cautelares alternativas à prisão, além de revitalizar o instituto da fiança (completamente esquecido e sem aplicabilidade até então), dando um novo sentido, como o compromisso de cumprir certas obrigações processuais (pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em casos de condenação), cabendo sua aplicação aos crimes em que a pena privativa de liberdade não seja superior a 4 anos.

Diante das constantes mudanças em nosso ordenamento jurídico, principalmente em relação as decisões judiciais, têm-se visto que é possível a aplicação do instituto da fiança mesmo para os crimes considerados “inafiançáveis”, pois sendo medida autônoma da liberdade provisória¹, o magistrado, ao fazer uso de outra medida cautelar não prevista em lei, mantendo o controle de pertinência e adequação (além da proporcionalidade), evitando, por vezes o descontrole em relação as restrições de direitos fundamentais, ficando em suas mãos uma alternativa para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar.

Não almeja o presente estudo, versar sobre a (i)legalidade na concessão de fiança aos crimes considerados inafiançáveis,

¹ LOPES JUNIOR, Aury. (Prisões Cautelares) Lei nº 12.403/2011. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p.179.

mas sim, discutir sobre o fato de que a prisão deve ser considerada a *ultima ratio* do sistema cautelar, autorizada, também nesses casos, quando não houver outra medida alternativa que satisfaça tal pretensão.

I. DAS ALTERAÇÕES ADVINDAS COM A LEI Nº 12.403/2011 EM RELAÇÃO ÀS PRISÕES CAUTELARES E A FIXAÇÃO DE FIANÇA COMO MEDIDA ALTERNATIVA AO CÁRCERE.

O sistema cautelar do processo penal sofreu ampla readequação em sua estrutura a partir da promulgação da Lei nº 12.403/2011. Além de reorganizar as questões relativas a prisão e liberdade provisória, restabeleceu o prestígio do instituto da fiança, tornando regra a admissibilidade de sua concessão, em dois momentos: a) como condição imposta na concessão da liberdade provisória, de acordo com o artigo 310 do Código de Processo Penal (CPP); e b) como medida cautelar diversa à prisão, com fundamento no artigo 319, também do CPP, salvo nos casos de vedação ou impedimento.

Encerra-se, assim, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade² cautelar do sistema brasileiro. Assim, insere-se um rol de medidas alternativas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas como a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal.

Diante das referidas alterações, e ainda diante a nova redação do artigo 310 do CPP, o magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante deverá: a)relaxar a prisão; b) converter em preventiva se presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares

² TÁVORA, Nestor. RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodium. 2013, p. 665.

diversas da prisão; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Segundo a Lei, o valor ou bens pagos como fiança terão como objetivos custear o processo, possíveis indenizações, prestação pecuniária ou multa, em caso de condenação (art. 336 do CPP). Mas é preciso cuidado quanto ao valor fixado, pois quanto mais elevado o valor da fiança, mais desigual o processo penal, mais favoritismo para os maiores detentores do capital.

Por outro lado, importante mencionar que a liberdade provisória com a proibição da fiança é fruto de um delírio legislativo³, fundamentado na Carta Magna, que previu a inafiançabilidade para vários e graves delitos. Analisando superficialmente, a ideia parece ter sido a proibição de qualquer restrição de liberdade para aquele preso em crime inafiançável, tornando equívoco, pois a própria Constituição exige que em razão de qualquer modalidade de prisão, seja feita através de ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente.

Ainda, e como as demais medidas cautelares diversas, dependendo da situação que se apresenta, a fiança pode se aplicada de forma isolada ou cumulada com outra prevista no artigo 319⁴ do Código de Processo Penal, e tem como função pre-

³ PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2013, p.586.

⁴ 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* -

cípua assegurar o comparecimento a atos do processo, bem como evitar obstrução do seu andamento ou em caso de resistência à ordem judicial. Nos dois primeiros casos, é manifesta a tutela do processo, seja pelo viés de tutela da prova, seja para assegurar a aplicação da lei penal.⁵

Entretanto, com a previsão de um elenco de medidas cautelares, inseridos no artigo 319 do CPP, tem-se a vantagem, atualmente, de indicar ao magistrado, de forma exemplificativa, a ampla possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão preventiva, ou seja, delimitando de certa forma as regras do jogo, deixando que a decretação da prisão de alguém ocorra em último caso.

Assim, leciona com razão ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, quando refere sobre as regras do jogo (processo):

Embora se tenha regras processuais dispostas na Constituição Federal e ainda no Código de Processo Penal, em cada processo individualizado, com seu julgador e seus jogadores⁶, acontecerá jogo único. As diversas compreensões comporão o fenômeno processual numa verdadeira fusão de horizontes, naquilo que se chamou de *bricolage de significantes*.⁷

Desse modo, embora a existência de um rol expresso de medidas cautelares adversas ao cárcere, nada impede que o magistrado estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso concreto, inclusive buscando em outras leis penais especiais esse entendimento, desde que, é claro, não exceda os limites autorizados pela legislação.

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.

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 894

⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 24.

⁷ Idem. p. 167.

II. DO RESPALDO CONSTITUCIONAL PARA A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR NÃO PREVISTA EM LEI PARA EM FAVOR DO RÉU.

O enfoque constitucional no que concerne aos direitos e garantias inerentes à Dignidade da Pessoa Humana e ao Devido Processo Legal, aliado aos ditames de direito penal e processo penal se apresenta de suma importância para a análise da presente problemática.

A nova Lei 12.403/2011, trouxe importantes reformas, com o claro intuito de devolver ao campo da excepcionalidade a medida que segrega a liberdade, assumindo a natureza *cautel*ar de toda a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de modo a reconhecer tardiamente que a regra é liberdade.

Neste sentido, pertinentes são as palavras de EUGÊNIO PACELLI:

(...) não temos o menor receio em afirmar que a expressão liberdade provisória somente foi mantida em razão de seu inadequado manejo no texto constitucional, conforme se vê no art. 5º, inciso LXVI, a dizer que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Eis, então, a primeira crítica às novas regras: não é porque o constituinte de

1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos.

A liberdade é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada não será perpétua, isto é, será sempre provisória.⁸

No que tange à aplicação das normas penais e processu-

⁸ PACELLI, Eugênio. Curso de ... p. 519.

ais penais, nos deparamos com o inevitável confronto entre *Liberdade e Segurança*, preceitos tidos como invioláveis pela *Carta Magna* em seu artigo 5º, *caput*⁹.

Vale lembrar que na constância do Estado Democrático de Direito a *presunção de inocência*¹⁰ constitui-se valor absoluto, de modo que a inversão desse status de inocência transfere ao Estado, por seus órgãos constituídos, voltados à investigação, a acusação e julgamento, o ônus de provar a culpa do réu.¹¹ Desta forma podemos concluir que, sendo o acusado inocente até que prove o contrário, não deve ser recolhido ao cárcere antes da hora.

A liberdade individual é a regra; a prisão cautelar é a exceção. A construção desta premissa permite-nos concluir que a estrutura dos direitos e garantias individuais, constante no art. 5º, da Constituição Federal, forma-se em torno do controle de legalidade absoluta da prisão, em particular, da provisória.¹²

Tal controle traz desdobramentos importantíssimos também nas concepções de liberdade provisória, pois, partindo do pressuposto de que não existe prisão preventiva obrigatória; ponto pacífico na doutrina, conclui-se que não há crime que enseje prisão cautelar pura e simplesmente calcado na existência da acusação, ficando o juiz adstrito à análise dos requisitos do 312 do CPP¹³. Uma vez ausentes, imperioso que se conceda a liberdade provisória.

⁹ Art. 5º CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

¹⁰ Art. 5º, LVII - CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹¹ NUCCI. Guilherme de Souza, *Prisão e Liberdade*: as reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403 de 4 de maio de 2011 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.14.

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Surge, entretanto o problema da inafiançabilidade para determinados crimes, dentre eles o crime de tráfico ilícitos de drogas, cuja lei reguladora 12.343/2006 em seu artigo 44, reza que *os crimes previstos nos arts.33, caput, §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia, liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.*

Entretanto, na prática visualizamos uma discrepância muito grave, onde muitas vezes o paradoxo se instala na prática, tendo o mesmo juiz que em determinado caso nega a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico ilícito de drogas, sem maiores justificativas, aplicando na literalidade o contido no artigo 44 da lei 11343/2006, termina por não decretar a prisão preventiva a outro acusado pelo mesmo delito, que no entanto, não foi preso em flagrante. GULHERME DE SOUZA NUCCI explica:

Qual a diferença entre ambos os acusados pelo mesmo crime, imaginando-se terem os dois idênticas condições pessoais (primariedade, sem antecedentes)? A única resposta plausível é *azar* do primeiro e *sorte* do segundo, o que transforma a Justiça Criminal numa autêntica loteria, algo desprezível diante de um sistema tão regrado e justo como é a Constituição Federal, em matéria de direitos e garantias individuais.¹⁴

Temos que, o princípio da especialidade não pode romper com as barreiras sistêmicas, colocando em risco a sua própria coerência¹⁵, ou seja, apesar da inegável especialidade da lei de drogas com relação as normas do CPP, o sistema processual constitui-se num conjunto segundo o qual e seguindo os preceitos constitucionais, forte no art. 5º da Constituição, uma vez ausentes os requisitos do art.312 do CPP, não há porque se

¹⁴ NUCCI. Guilherme de Souza. *Prisão...* p.15/16.

¹⁵ Idem. p.18.

manter preso o acusado por tráfico ilícito de drogas nestes termos.

Ademais, atenta-se para outro fator contrário à interpretação literal do art.44 da lei de drogas, foi a modificação introduzida à lei dos crimes hediondos, na qual retirou-se a proibição à liberdade provisória sem fiança.

Então, admitindo que a lei de drogas é tão especial, quanto a lei dos crimes hediondos, tendo sido a segunda alterada em 2007, portanto posterior à lei 11.343/2006, mais, reconhecendo a equiparação de naturezas, natural concluir também pela equiparação, no que tange a aplicação da concessão da liberdade provisória desta, naquela. Isso sem falarmos na proclamação de inconstitucionalidade à vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, prescrita no art.44, parte final da lei de drogas¹⁶, pelo STF.

III. A FIXAÇÃO DA FIANÇA COMO MEDIDA ALTERNATIVA AO CÁRCERE NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS.

A respeito da vedação de concessão de fiança para os crimes de tráfico de drogas, insculpida no artigo 323 do CPP, subsistindo apenas a medida extrema de restrição cautelar da liberdade e a imposição de garantia pecuniária, temos que, a despeito da expressa vedação legal, a fixação de caução é mandatória.

Evidente a desproporcionalidade de condicionar a concessão de liberdade ao pagamento de fiança no caso de crimes em tese menos graves, como são os delitos afiançáveis. Estar-se-ia a exigir mais (pagamento de fiança) daquele que cometeu crime menos grave, enquanto ao autor da conduta eleita pelo

¹⁶ Art. 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. (grifo nosso).

legislador como mais danosa à sociedade (crime inafiançável) seria dispensado tratamento privilegiado.

É desproporcional, inaceitável diante do nosso sistema constitucional, adotar-se posicionamento muito mais rigoroso para aqueles que cometeram crimes menos graves em comparação com aqueles que cometeram crimes mais graves.

Sobre esse prisma, assiste razão o entendimento de EUGÊNIO PACHELLI quando afirma que:

(...) o que queremos assentar, portanto, é que a inafiançabilidade constitucional, embora pretenda a proibição de qualquer forma de restituição da liberdade, não se compadece com o sistema de garantias individuais estruturado nela própria (Constituição), sobretudo no ponto em que se exige *ordem escrita e fundamentada* da autoridade JUDICIÁRIA (e, não, legal, ou constitucional) *para qualquer privação de liberdade* (artigo 5º, LXI).

Veja-se, então, o despropósito da lei, beirando à contradição: de um lado, evita-se a fiança para não onerar excessivamente autores de infrações menos graves, para as quais sequer se prevê pena privativa de liberdade; do outro, proíbe-se a fiança *para as mais reprováveis e graves infrações penais!*¹⁷

Não há nenhuma razão para restringir-se a liberdade provisória com mais exigências para aqueles que cometeram crimes menos graves em comparação com relação àqueles que cometeram crimes mais graves. Justificativa haveria se o tratamento fosse outro: mais restrições para aqueles que cometeram crimes mais graves.

Em meio a esse entendimento, também é lição de EUGÊNIO PACHELLI:

(...) se o objetivo era o estabelecimento de um regime de liberdade mais gravoso para os autores de crimes mais graves, não se deveria fazer alusão à inafiançabilidade, cujo sentido, desde o ano de 1977 (Lei nº 6.414), se reporta apenas a proibição de aplicação de liberdade provisória mediante fiança, não impedindo, contudo, a restituição da liberdade me-

¹⁷ PACHELLI, Eugênio. Curso de... p. 592

diante o comparecimento aos atos do processo, conforme a antiga redação do art. 310, parágrafo único, CPP.¹⁸

Nesse sentido, tenho que, de acordo com a gravidade da infração, devem corresponder os mecanismos progressivamente mais severos de condicionamento da manutenção da liberdade.

Importante ressaltar que a utilização da referida medida cautelar não implica abuso de poder, vez que acarreta lesão menos gravosa ao patrimônio jurídico do cidadão. Nessa esteira, a utilização do poder de cautela é plenamente compatível com a limitação da atuação estatal. Destaca-se que a ponderação da medida cautelar a ser aplicada, mediante critérios de discricionariedade regrada e de livre convencimento motivado, é garantia do livre exercício da atividade judicante e decorre do Princípio da Proporcionalidade e do poder-dever do magistrado no que se refere à distribuição da Justiça nos casos concretos, elementos que não podem ser afetados pelo texto da Lei nº 12.403/11.

Sobre esse ponto, bem acentua GUSTAVO BADARÓ:

Ao mais, o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional, que rege todo e qualquer ato estatal de restrição de direito fundamental do indivíduo. Assim, mesmo sem uma previsão expressa de tal princípio na normatização infraconstitucional da prisão preventiva, sua aplicação decorre da proteção constitucional do direito à liberdade e da própria natureza das medidas cautelares.¹⁹

Em outras palavras, a resolução da questão se dá no plano constitucional. Se a Carta Magna consagra a dignidade humana como fundamento da República, a justiça como objetivo fundamental a ser alcançado pelos integrantes do corpo social e garante o direito à liberdade a qualquer pessoa, temos que a

¹⁸ PACELLI, Eugênio. Curso de... p. 524.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Prisão Preventiva e Princípio da Proporcionalidade. In *Estudos Criminais em Homenagem a Weber Martins Batista* (Coord. Marcellus Polastri Lima e Bruno de Moraes Ribeiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 167.

ingerência estatal na esfera da liberdade individual do acusado apenas se justifica de forma legítima, após esgotados todos os demais meios para proteção dos bens jurídicos tutelados, por razões de política criminal, pela lei penal. Daí se afirmar que o direito penal é a *ultima ratio* e a restrição à liberdade a *extrema ratio da ultima ratio*.

Assim, a adoção da prestação pecuniária não se trata de abuso de poder, mas, sobretudo, do cumprimento dos postulados constitucionais, e, dentro de um contexto neoconstitucional, de reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão do Poder Judiciário para garantir direitos fundamentais e de uma nova hermenêutica constitucional.

De acordo com esse entendimento, leciona RENATO BRASILEIRO DE LIMA:

(...) pensamos que a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não tenha previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal função, a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa. Ou seja, ao fazer uso do poder geral de cautela no processo penal, o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado²⁰.

Cabe registrar que a fixação de caução em delitos de tráfico ilícito de entorpecentes já desafiou a impetração de *Habeas Corpus*, perante o Egrégio Tribunal Regional Federal, e que comungou do entendimento ora exarado:

Em face das peculiaridades do caso concreto, tenho que agiu com acerto o Magistrado a quo.

Efetivamente, constatado '*alto grau de previsibilidade*' - conforme mencionado na decisão atacada - de que eventual pena privativa de liberdade será substituída por restritivas

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói/RJ: Ímpetus, 2011. p 377

de direitos, não se justifica a manutenção da segregação antecipada, uma vez que não pode o acusado permanecer durante a instrução processual em situação mais gravosa do que a decorrente da pena imposta. Ou seja, seria um contrassenso o réu aguardar preso a tramitação do processo para, ao final, cumprir serviços à comunidade ou efetuar o pagamento de prestação pecuniária.

Diante desse quadro, *possuindo elementos suficientes para aferir a alta probabilidade de substituição da sanção corporal*, mostra-se escorreita a decisão que, de plano, concede liberdade provisória ao acusado.

De outro lado, não cabe ao Impetrante invocar, na espécie em tela, o disposto no artigo 323, II, do CPP ('Não será concedida fiança: (...) II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos') uma vez que a não observância da referida norma legal se deu, *in casu*, *para beneficiar o réu, e não prejudicá-lo*.

Com efeito, é preciso lembrar que, a despeito da vedação legal - mas em face das peculiaridades do caso concreto - *a aludida contracautela está sendo utilizada para substituir a prisão cautelar*, o que, sem dúvida, é muito mais vantajoso que a permanência do réu no cárcere.

Afora isso, conforme bem destacado na r. decisão monocrática, não seria razoável - havendo ofensa inclusive ao princípio da proporcionalidade - 'dispensar' o pagamento de fiança para os casos de tráfico de drogas - em face, como visto, da própria vedação legal - e exigir o pagamento da referida contracautela para outros delitos, em tese, de menor gravidade.²¹

Assim sendo, verifica-se que não há eventual lesão ao ordenamento jurídico em relação a prestação de caução pecuniária, visando, por um lado, garantir a liberdade do réu e substituir a incômoda manutenção da prisão provisória decorrente do flagrante, e por outro, compensar o perigo a que a sociedade é exposta com sua soltura e vinculá-lo ao processo com o recolhimento de certa quantia em dinheiro.

²¹ HC 5010774-69.2011.404.0000/PR. Relator Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro. TRF-4. Julgado em 02/08/2011.

Por fim, consolida-se a interpretação no sentido de que, seja prevista em lei, seja na Constituição, nenhuma norma relativa à inafiançabilidade poderá ser entendida como proibitiva da restituição da liberdade (provisória). E mais. Nenhuma lei poderá vedar a possibilidade de exame judicial acerca da desnecessidade de manutenção de prisão cautelar²² (ou seja, a de restituição de liberdade), não se olvidando, ainda, que “não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa”²³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de um sistema penal, que passa por um gradual e constante processo de perecimento; fator este aliado à superlotação dos presídios, patrocinada por uma legislação penal cujo apelo e rigidez nitidamente advêm da influência midiática que nos faz concluir para a total ineficiência da pena de prisão, seja ela provisória ou definitiva, atuando mais como fator criminógeno, uma vez que a prisão, ao invés de frear a delinquência parece estimulá-la, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades.

Com as alvissareiras modificações trazidas pela lei 12.403 de 4 de maio de 2011, partindo da premissa de que “provisória” deve ser a prisão cautelar, bem como de que a regra é a liberdade, não necessitando ser legitimada e tampouco deve-se admitir, tão passivamente, o emprego do adjetivo “provisória, como adverte AURY LOPES JUNIOR,²⁴ “*a fiança, instituto outrora morto e esquecido, na doutrina, renasce como instituto louvável*”. Novas medidas cautelares, se aplicadas corretamente, podem dar ensejo à outras, o que acarretará de sobremaneira na diminuição do índice de prisões provisó-

²² PACELLI, Eugênio. Curso de ... p.589.

²³ BECARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 1ª ed. Campinas: Russell. 2006, p. 93.

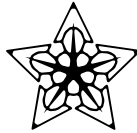
²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. (Prisões Cautelares)... p. 182.

rias.

Nasce a ideia de *desprisionalização*, com intuito de retirar força das penas privativas de liberdade, substituindo-as por penas alternativas, todas previstas na Constituição.

Respaldo constitucional este, que sobram para o êxito da nova sistemática da prisão e da liberdade no sistema processual penal brasileiro.

Basta boa vontade e respeito aos direitos e garantias constitucionais. Lembrando que o processo penal de uma nação, nada mais é, senão a consequência de um fluxo, constante e único dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição, sendo que o total desrespeito às garantias constitucionais basilares como a presunção de inocência, especialidade da norma penal, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, corresponde a um sistema constitucional que felizmente não vigora mais.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Prisão Preventiva e Princípio da Proporcionalidade. In *Estudos Criminais em Homenagem a Weber Martins Batista* (Coord. Marcellus Polastri Lima e Bruno de Moraes Ribeiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008

BECARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 1ª ed. Campinas: Russell. 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói/RJ: Ímpetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *(Prisões Cautelares) Lei nº 12.403/2011*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

_____. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São

Paulo: Saraiva. 2012.

MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. De acordo com a Lei nº 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva. 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403 de 4 de maio de 2011 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011*.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2013.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

TÁVORA, Nestor. RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodium. 2013.

WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e Prisões Cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.