

FACULDADES INTEGRADAS**“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO NOVO ART. 310 DO
CPP E A PROBLEMÁTICA DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS
CRIMES INAFIANÇÁVEIS**

Alfredo Balloni Neto

Presidente Prudente – SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO NOVO ART. 310 DO
CPP E A PROBLEMÁTICA DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS
CRIMES INAFIANÇÁVEIS**

Alfredo Balloni Neto

Monografia apresentada como requisito parcial da Conclusão de Curso para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Sob a orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente

2012

**A CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO NOVO ART. 310 DO
CPP E A PROBLEMÁTICA DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS
CRIMES INAFIANÇÁVEIS**

Monografia/ TC aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

MARCUS VINÍCIUS FELTRIM AQUOTTI

Presidente Prudente, 24 de maio de 2012.

“Considerar o homem como uma coisa: pode-se ter uma forma mais expressiva da incivilidade?”

Francesco Carnelutti.

Dedico este trabalho primeiramente ao Deus vivo a quem eu sirvo, a minha amiga Andressa pelo grande incentivo e a minha família pelo imenso carinho e paciência todos os dias para comigo.

RESUMO

No presente trabalho, analisou-se a constitucionalidade do artigo 310, II, do Código de Processo Penal, bem como acerca da problemática concernente à liberdade provisória e a inafiançabilidade dos crimes. Com efeito, foram delineadas linhas gerais sobre os princípios informadores do sistema processual penal, sem olvidar da análise do instituto da prisão, especialmente com percuciência quanto à prisão processual. Por consequência, a liberdade provisória foi apresentada com vistas a demonstrar, a toda evidência, a sua distinção em cotejo com o instituto da fiança. Deveras, concluiu-se a tese apresentada com a ponderação dos pontos favoráveis e contrários às mutações promovidas pelas recentes alterações legislativas no campo processual penal, filiando-se, o autor, notadamente pela adesão à viabilidade das mudanças em dupla vertente, a saber, jurídico e social. Por derradeiro, à época do desenvolvimento do presente trabalho, houve decisão do STF favorável à aplicabilidade da tese de liberdade provisória quanto ao crime do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006, declarando-se, por via de exceção, parcialmente a inconstitucionalidade do artigo 44 da respectiva lei.

Palavras- chaves: Constitucionalidade; Liberdade provisória; Inafiançabilidade; Prisão processual; Viabilidade.

ABSTRACT

This present work, had analysed the constitutionality of article 310, II, from Code of Criminal Procedure, as well as the issue concerning the provisional freedom inavailable of crimes. As a result, it had been outlined in a general way about the informer principles of the criminal justice system, without forgetting the analysis of prison institution, especially with penetrance regarding procedural prison. In consequence, the provisional freedom was presented in to demonstrate, in all evidence, its distinction in comparison with bail institution. Indeed, it was concluded the thesis presented to the weighting of points for and against the changes promoted by recent legislative changes in the field of criminal procedure, by joining, the author, especially by joining the viability of changes in two directions, namely, legal and social issues. For the last, at the time of development of this paper, it had the Supreme Court decision in favor of the applicability of the thesis of bail as the offense of Article 33 of Law n. 11.343/2006, declaring himself, by exception way, part of the unconstitutionality of Article 44 of the relevant law.

Keywords: Constitutionality; Provisional Freedom; Unbailness; Procedural prison; Viability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	08
2. DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES.....	09
2.1. Dignidade da Pessoa Humana.....	10
2.2. Da Presunção de Inocência ou Princípio da Não-culpabilidade.....	13
2.3. Acesso à justiça e o Devido processo legal.....	15
2.4. Da Proporcionalidade ou Proibição de Excesso.....	18
3. DA PRISÃO.....	20
3.1. Prisão Cautelar, conceito e espécies.....	21
3.2. Da Prisão Preventiva.....	24
3.2. a) Conceito e Generalidades.....	24
3.2. b) Pressupostos para Decretação.....	26
4. A FIANÇA NO REFORMADO SISTEMA PROCESSUAL.....	32
4.1. O conceito de fiança e suas características no regime anterior.....	33
4.2. A fiança após o advento da Lei n. 12.403.....	34
5. DA LIBERDADE PROVISÓRIA.....	35
5.1. Conceito e Generalidades.....	35
5.2. A liberdade provisória nos crimes inafiançáveis.....	37
5.3. A problemática da liberdade provisória nos crimes hediondos.....	43
5.4. Da constitucionalidade do inciso II do art. 310 do CPP.....	48
6. DA VIABILIDADE SOCIAL TRAZIDA PELA NOVA LEI.....	49
6.1. Dos pontos favoráveis.....	50
6.2. Dos pontos desfavoráveis.....	53
7. CONCLUSÃO.....	59
8. BIBLIOGRAFIA.....	61

1 INTRODUÇÃO

Como é sabido, uma das formas do Estado-juiz promover a pacificação social é através do exercício de seu direito de punir (*jus puniendi*). Tal exercício pressupõe uma fase de persecução penal (investigação policial e processo criminal), a fim de se apurar fatos delituosos e seus respectivos agentes, de maneira lícita, moderada e eficaz.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura que ninguém será considerado culpado até que se dê o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (inciso LVII, art. 5º). Tal afirmação constitui-se em uma proteção do acusado contra o direito de punir estatal arbitrário, de modo a evitar que o cidadão submeta-se a qualquer tipo de pena, ainda que irrisória, até o término de seu processo.

Entretanto, durante o desenrolar dos atos processuais, pode ocorrer uma infinidade de situações inusitadas aptas a obstruir o perfeito andamento do mesmo e, sobretudo, por em risco alguns bens jurídicos envolvidos. Neste momento, o Estado estará legitimado a intervir em casos de estrita necessidade, até mesmo decretando prisão provisória, nos moldes estabelecidos na lei penal adjacente.

Pois bem, com o advento da Lei nº 12.403 de 2011, houve mudanças no Código de Processo Penal no que tange às prisões processuais, modificando alguns institutos relacionados à matéria, bem como, à aplicabilidade dos mesmos na praxe forense (sistema de aplicação).

Desta forma, o presente trabalho versará sobre (objeto) as possíveis medidas restritivas de liberdade dos indiciados acusados (medidas cautelares) frente ao atual plano fenomênico brasileiro, bem como suas implicações no mundo dos fatos.

Assim sendo, será realizada uma breve análise quanto aos princípios constitucionais penais envolvidos, aclarando sobre o seu real sentido e alcance em matéria de medidas cautelares.

Após isto, necessário será realizar uma elucidação quanto aos institutos das prisões processuais, da fiança e da liberdade provisória no modificado cenário do processo penal.

Posteriormente, como ideia central, buscar-se-á o convencimento do leitor de que a interpretação da vocábulo *crimes inafiançáveis* consiste unicamente na insuscetibilidade do arbitramento de fiança e, não como entendem alguns, defendem que tal expressão designa vedação de concessão de liberdade provisória.

Por fim, além de serem constitucionais as mudanças ao CPP, introduzidas pela nova lei, será demonstrada também a viabilidade gerada à sociedade brasileira, ou seja, de que houve um avanço não só do ponto de vista jurídico, como também, societário.

2 PRINCÍPIOS INFORMADORES

Inicialmente, a palavra *princípio* pode ser entendida como o início, o nascedouro, a origem, segundo dizem os dicionários. Portanto, não há que se construir qualquer opinião sem antes consultar os princípios informadores do assunto debatido.

Entretanto, para nós, estudiosos da ciência jurídica, os princípios servirão como verdadeiros escudos, limites ou barreiras contra a atuação repressiva do Estado, evitando que atue acima da lei, abusando de sua supremacia, mediante decisões arbitrárias e inconstitucionais.

Pois bem, como já dito nas linhas introdutórias, nosso objeto de estudo são as medidas cautelares restritivas de liberdade (antes do trânsito em julgado), dentro do processo penal, que o juiz pode adotar para salvaguardar determinados bens jurídicos, em prejuízo de outros envolvidos.

De plano, podemos notar o primeiro conflito existente entre a medida imposta e a presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal) de que goza o acusado, até o momento em que sua condenação se torne definitiva. Ora, se há uma garantia oriunda da Constituição Federal de que o acusado/investigado presume-se inocente até que se dê o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, surge-nos a dúvida: por meio de qual justificativa estas medidas cautelares são admitidas?

Por estas razões, faz-se necessário, no mínimo, uma breve explanação dos princípios jurídicos envolvidos, para que possamos solucionar de maneira precisa as questões que cercam de polêmica o assunto da prisão sem pena e a liberdade provisória nos crimes inafiançáveis.

2.1. Da Dignidade da Pessoa Humana

De forma bem restrita, frise-se, não é o escopo deste trabalho abordar de forma integral todo o universo jurídico e filosófico que a dignidade da pessoa

humana possa alcançar, com ênfase no tema aqui ventilado, podemos tecer algumas considerações:

A dignidade da pessoa humana, A dignidade da pessoa humana, antes de tudo, é um super valor previsto em nossa atual Carta Republicana (1988), logo em seu art. 1º, inciso III. Visto isso, vislumbra-se que é tamanha a importância dada pelo legislador constituinte que o inseriu como princípio fundamental (indispensável) aplicável em todas as relações dos seres humanos.

Sob o prisma jusnaturalista (de direitos humanos), falar sobre dignidade da pessoa humana seria afirmar, de certa forma, que esta ou aquela pessoa é digna ou não de algo relacionado à questão ética, moral, sentimental, enfim, de poder exercer os direitos essenciais naturais de um ser humano.

Ao revés, sob a ótica positivista, poderíamos afirmar que a dignidade da pessoa humana seria a real fruição, pelo cidadão, dos direitos positivados no ordenamento jurídico.

Corroborando a ideia acima explanada, leciona a professora Messa (2009, p. 47), *in verbis*:

[...] podemos afirmar que tendo sido observados todos os direitos do interessado, bem como todos os mandamentos legais pertinentes ao devido processo penal, não há falar em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, ressalte-se, a dignidade da pessoa humana não é intangível, isto é, não pode ser utilizada como um escudo invencível que a pessoa humana pode invocar para se eximir de responsabilidades, como por exemplo: Se um cidadão transparecer em seu comportamento (conduta social) que, livrando-se solto, voltará a delinquir, seu direito de liberdade pode ser desconsiderado e isto como garantia da ordem pública, a teor do art. 312 do CPP.

Contudo, mais importante é a busca do equilíbrio entre os interesses envolvidos (o anseio social milita contra o individual), visto que, nem sempre o interesse da sociedade deve prevalecer sobre a liberdade individual sob o argumento de que a coletividade tem o maior anseio ou que o anseio da maioria representa a justiça.

Não, isso é inadmissível. Estaríamos desconsiderando totalmente a posição individual de cada cidadão que tivesse que enfrentar o banco dos réus um dia, pois, nem sempre a acusação é verdadeira, ou nem sempre os fatos narrados

se coadunam com a realidade e, também, nem sempre o acusado/investigado possui a intenção de fugir ou de voltar a delinquir.

Porém, infelizmente, com grande frequência, vemos julgados ou posicionamentos doutrinários pendendo para o descaso à dignidade da pessoa humana. Estes, trazem um raciocínio puramente literal da lei, desconsiderando, muitas vezes, outros tipos de interpretações jurídicas (sistemática, teleológica etc.), ou mesmo, a própria realidade em que vive o nosso país.

Ora, o exemplo mais claro do que está sendo mencionado é o próprio entendimento de que a inafiançabilidade dada pela Carta Magna a determinados crimes quer também suprimir o direito da liberdade provisória. Então, nos resta a dúvida, por quê?

Entenda-se, cada caso é um caso, porém esta interpretação está violando, deveras, o conjunto sistemático da própria Constituição Federal, conforme se demonstrará em momento oportuno e, conseqüentemente, tal posicionamento transparece uma opinião puramente elitista, totalmente infundada, violadora de preceitos fundamentais, considerando seres humanos como se coisas fossem.

Ademais, há tempos já previa este cenário o jurista italiano Francesco Carnelutti ao discorrer sobre este enfoque, vejamos (p. 13 e 14):

O problema é que assistem ao processo do mesmo modo com que deliciam o espetáculo cinematográfico, que, de resto, simula com muita frequência, assim, o delito como o relativo processo. Assim como a atitude do público voltado aos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha, uma vez, a multidão para com os gladiadores que combatiam no circo.

E continua,

Considerar o homem como uma coisa: pode-se ter uma forma mais expressiva da incivilidade?

Outra grande obra digna de ser citada é a de Gunther Jakobs, (2003, p. 12) que nos traz um exemplo ao contrapor a utilidade que se espera da pena com a dignidade da pessoa humana, veja-se, *in verbis*:

[...] a pena que é útil para a consecução de seus fins sociais, se não está limitada pelo princípio da culpabilidade, **trata como coisa a pessoa** que vai ser submetida a ela, mas a pena que se vê limitada pela culpabilidade de uma maneira mais que marginal perde sua funcionalidade.

Ademais, assim quis o Texto Maior, em seu inciso II, art. 4º, positivar o princípio da prevalência dos direitos humanos, devendo ser aplicável a todos os ramos do direito, sobretudo, nas prisões cautelares. Ora, todo o poder emana do povo, ou seja, acima das autoridades está a vontade popular manifestada através de seus representantes por meio de leis e que, estas, estejam em harmonia com a base constitucional (direitos fundamentais).

Neste sentido, Fabio Delmanto (2008, p.16):

E o processo penal – tal como ocorre com o Direito Penal – não poderia deixar de ser obediente ao Texto Constitucional, sobretudo em virtude da “estreita ligação entre o processo penal e o sistema político, assumindo o primeiro as próprias características do modelo de Estado”. Assim, o processo penal brasileiro, cuja principal legislação em que se baseia é ainda de 1941, amolda-se – ou ao menos busca a todo tempo amoldar-se – aos princípios, fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa, bem como às garantias processuais previstas na Constituição Federal.

E salienta

O tema da prisão provisória, portanto, deve ser analisado sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, com as garantias individuais previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil assumindo papel de fundamental importância.

Pois bem, diante do exposto, chegamos à conclusão que dar à pessoa humana tratamento digno, na medida em que possui, considerando-a, principalmente, como ser humano que é, resguardando seus direitos naturais, bem assim os positivos, não somente é fazer justiça para com os cidadãos, mas, também, um exercício que deve ser inerente à humanidade.

2.2. Do Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade

Diz a Constituição Federal, art. 5º, inciso LVII que: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.*

Ademais, referido princípio é consagrado sob o âmbito internacional, sendo este, no art. 9º da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,

a qual dizia: “Tout homme étant presume innocent, s’il est jugé indispensable de arrêter, toute rigueur qui NE serait pás nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi”, vale dizer, “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

A presunção de inocência é encontrada também na Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948, em seu art. 11, inciso I, a qual reza: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Por fim, a título de referência, dispositivos da Convenção Europeia Para Proteção de Direito Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14), Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Pacto de San José da Costa Rica.

Trata-se de garantia processual, advinda do próprio devido processo legal, de modo que, estando o processo pendente de condenação passada em julgado, o réu será tido (presumido) como inocente, até que se finde as oportunidades de defesa e a condenação revista-se de imutabilidade.

Pois bem, partindo-se desta premissa, somos levados à precipitada conclusão, em primeira vista, de que as medidas cautelares são incompatíveis com a presunção de inocência. Entretanto, tendo em vista que referida presunção é *iuris tantum* (presunção relativa), então teríamos que, o valor da presunção de inocência pode perfeitamente ser limitado para salvaguardar outros bens jurídicos envolvidos na relação processual penal.

Portanto, a rigor, não fere a presunção de inocência, por exemplo, decretar a prisão preventiva do acusado/investigado durante ou mesmo antes de se formar a relação processual penal.

Todavia, inadmissível seria utilizar-se das espécies de restrição à liberdade do acusado/investigado com o intuito de antecipar uma sanção que sequer foi veiculada ou reconfirmada pelas instâncias superiores, caso contrário, estar-se-ia violando flagrantemente o princípio constitucional em apreço.

Eis que, a finalidade das medidas cautelares não é sancionatória por antecipação, mas sim, assecuratória de fatos que interferem no perfeito corrimento

da persecução penal, ou mesmo, para assegurar a tranquilidade social, vale dizer, trata-se de, nas palavras do Mougenot (2011. p. 58), cautelaridade processual e social.

Neste sentido, lembrando os ensinamentos do Canotilho, alude Fabio Delmanto (2008; p. 24), *in verbis*:

De fato, conforme lição de Canotilho, são muitas as regras que decorrem do princípio da presunção de inocência, merecendo destaque, dentre elas, a de proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares, e a da proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal. (grifei)

Ex positis, vislumbra-se o importante papel que detém o princípio da presunção de inocência na esfera processual penal, sobretudo no campo das prisões processuais, estendendo também às medidas cautelares diversas da prisão processual (art. 319, CPP), constituindo-se verdadeiramente em limite à atuação repressiva do Estado (*ius puniendi*).

Por fim, podemos concluir que, após a reforma dada pela Lei 12.403/2011, a prisão processual, que já era excepcional, constitui agora medida de extrema excepcionalidade (*ultima ratio*), justificando-se apenas quando estiverem presentes os requisitos de admissibilidade (312, CPP) e, por último, as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP) se mostrarem insuficientes.

2.3 Do Acesso à Justiça e o Devido Processo Legal

O princípio constitucional do acesso à justiça encontra-se previsto na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXV, dispondo: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Veja-se, referido direito deve ser interpretado não somente como a oportunidade de levar ao judiciário uma pretensão a ser satisfeita, mas também, como um direito de ação ou de defesa com todas as garantias advindas do devido processo legal.

Dito isto, podemos observar que as mudanças legislativas trazidas pela nova Lei faz preponderar o acesso à justiça, por exemplo, na oportunidade em que

o auto de prisão em flagrante é remetido imediatamente ao juiz criminal que realizará uma percuciente análise quanto à necessidade de manter ou não alguma medida restritiva de direito ao acusado.

É que agora ampliou-se o acesso à justiça, uma vez que, diversamente do que ocorria antes, o juiz, ao se deparar com o auto de prisão em flagrante, apenas era indagado sobre a legalidade daquela prisão, o que implicava na manutenção de prisões que, embora legais, eram completamente desnecessárias. Todavia, atualmente, outro questionamento haverá de ser feito ao juiz da causa, qual seja: embora seja legal a prisão em flagrante, há necessidade de se manter o acusado/investigado encarcerado? Se houver, por qual motivo?

Trata-se de uma análise de legalidade e conveniência pelo Estado-juiz assegurando que princípios constitucionais garantistas não sejam desconsiderados, como por exemplo, o inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal que proclama a soltura do acusado quando a lei admitir liberdade provisória com ou sem fiança.

Veja-se que o grifado acima foi proposital, pois, mesmo que o texto afirme que a liberdade provisória deverá ser decretada quando a lei admitir liberdade provisória (ausência dos requisitos do art. 312, CPP) independentemente de prestação de fiança, há entendimentos, notadamente da Suprema Corte, entendendo que esta inafiançabilidade engloba a liberdade provisória.

Mas que incongruência, não? Em verdade, isso seria impor prisão preventiva obrigatória, sem que se analisasse a presença dos requisitos de admissibilidade da preventiva (312, CPP) e, portanto, sem motivação, desprezando, por via de consequência, a límpida manifestação do Estado Democrático de Direito.

Reparem as lições da clássica obra “Teoria Geral do Processo” (2004, p.82) ao explicitar a necessidade de ampliação do acesso à justiça, vejamos, *in verbis*: Pode-se dizer, pois, sem exagerar, que a nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça.

Por razões técnicas, preferimos colocar o princípio do acesso à justiça e o devido processo legal no mesmo item, visto que ambos são muito próximos, como sendo verdadeiros corolários um do outro. Deste modo, passemos a analisar o devido processo legal.

No que concerne ao princípio constitucional do devido processo legal (“*Due process Law*”), importante lembrar que seu primeiro precedente foi o art. 39 da

Magna Carta, de 1215, outorgada por João Sem-Terra, a qual previa que

nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.

Ademais, é o que ensina Grinover (2004, p. 82), já mencionada, verbis:

Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.

Trata-se de garantia constitucional (art. 5º, LIV, CF) sem a qual nenhum processo jurídico teria validade, pois, constitui-se verdadeiro postulado normativo processual, compreendendo, dentre outros, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da ampla defesa, dentre outros.

Utilizando a terminologia “devido processo penal” ensina Fabio Delmanto (2008; p. 22)

Assim é que o processo penal, antes de ser um instrumento para aplicação do Direito penal, possui inegável caráter de garantia, surgindo, acima de tudo, como meio para evitar abusos e arbitrariedades por parte de órgãos encarregados da *persecutio criminis*.

E continua

É inegável que a garantia do *devido processo penal* assume importância ainda maior diante da possibilidade de aplicação, contra o acusado, de medidas restritivas da liberdade. Daí por que a Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, prevê uma série de garantias voltadas exclusivamente ao tema da prisão provisória, dentre as quais merece especial destaque a garantia de presunção de inocência.

O postulado do devido processo legal impõe a necessidade de dar um julgamento justo, garantindo todos os direitos processuais às partes envolvidas, e claro que, na esfera penal, o indivíduo acusado de um delito precisará mais do que nunca dessas garantias, pois sua posição desfavorável é notória quando comparada com o instinto acusador dos membros do Estado sancionador.

Neste sentido, importante trazer à baila os ensinamentos dos doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (p. 173).

Em sua feição principal, o princípio do devido processo legal deve ser entendido como garantia material de proteção ao direito de liberdade do indivíduo, mas também é garantia de índole formal, num dado processo restritivo de direito. Significa dizer que deve ser assegurada ao indivíduo paridade de condições em face do Estado, quando este intentar restringir a liberdade ou o direito aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos daquele.

Concluindo, percebe-se a ampla abrangência que o devido processo legal alcança, pois, ramificando-se, poderemos ter um vasto campo de princípios que, caso algum deles seja vilipendiado, será, por via de consequência também ofendido o devido processo legal. No entanto, há mais um princípio que dele decorre, digno de ser aqui explanado, sendo este o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, a qual veremos a seguir.

2.4 Do Princípio da Proporcionalidade ou da Proibição de Excesso

O princípio da proporcionalidade ou “proibição de excesso” constitui-se em um verdadeiro postulado normativo, utilizado em todos os ramos do direito, entretanto, vale lembrar que este não pode ser encontrado no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa, mas sim, implícita.

Fruto do direito comparado, referido postulado teve início no direito alemão, devido às reiteradas vezes em que o seu Tribunal Constitucional o utilizava, ainda que de forma indireta, com expressões sinônimas ao significado de proporcionalidade, julgando seus casos, para que então, *a posteriori*, fosse reconhecido como princípio.

Além disso, a proporcionalidade, logo após sua criação, ganhou forte aplicabilidade, não se restringindo apenas a controles de atos judiciais, como também, de atos do Poder Legislativo e Executivo, evitando que abusos ou excessos de poder fossem cometidos contra a liberdade individual.

Para nós, seria impossível falar em concessão de direitos sem a utilização da proporcionalidade, uma vez que, tal princípio reflete, antes de mais

nada, límpida forma de manifestação da civilidade humana em sua essência, como sendo, nada menos que o emprego do “bom senso” nas relações entre as pessoas.

Importante ressaltar que, a proporcionalidade deve ser observada não somente pelos juízes de direito, mas sim, sob o prisma do direito penal, por qualquer parte envolvida, sejam promotores, assistentes de acusação, advogados, cientistas do direito etc.

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade impor ao Estado, no exercício de seu poder interventivo na vida dos indivíduos, um verdadeiro “freio” contra medidas abusivas ou sem utilidade que o possa adotar, na busca por um equilíbrio entre o conflito da justiça social vs. a liberdade individual.

Neste sentido, ensina Fabio Delmanto (2008, p. 55)

Visa a proporcionalidade, enfim, com base em valores constitucionais, limitar as restrições que o Estado, no exercício do seu *ius puniendi* e *ius perseguendi*, pode vir a impor à liberdade dos cidadãos.

Após isto, o autor, citando as palavras da professora Mariângela Gama de Magalhães que, ao dispor sobre como funciona a proporcionalidade no campo do direito penal, aduz tratar-se de um (p.35):

Critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução de seus fins.

E corrobora, a autora, dizendo ser:

Uma exigência ínsita no Estado de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

Claus Roxin, já dispunha acerca deste princípio, afirmando que a liberdade pessoal do acusado deve-se sobrepor sobre a garantia da realização da persecução penal, transcendendo a excepcionalidade de medidas cautelares em geral, dizendo, *ipsis literis*: “*El principio constitucional de proporcionalidad exige restringir La medida y lós limites de La prisión preventiva a ló estrictamente necesario*”

Frise-se, a proporcionalidade, não só deve ser observada quando se

fala em prisão preventiva, conforme se limitou em suas palavras disse o mestre Roxin, mas também, estende-se a todas as medidas cautelares existentes diversas da prisão processual, visto que, tal princípio decorre diretamente do devido processo legal, portanto, aplicável amplamente em todos os atos processuais.

Tanto é que nos incisos I e II do atual art. 282 do Código de Processo Penal a proporcionalidade é encontrada como critério para aplicação das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319).

A proporcionalidade, como se sabe, subdivide-se em *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. A *necessidade* é analisada como a real imprescindibilidade da medida para solucionar determinado caso e, outrossim, verificando-se se há outra medida a ser tomada que seja menos gravosa às partes envolvidas na lide.

Já a *adequação* constitui uma análise quanto à pertinência ou idoneidade da medida, isto é, se a medida é realmente adequada para alcançar o objetivo pretendido, sendo que, se caso a medida não seja apta a produzir o efeito desejado poderemos afirmar que ela é inadequada.

Por último, a *proporcionalidade em sentido estrito*. Este, constitui um último juízo de valores, feito após os dois primeiros, que, conforme lição dos professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino seria averiguar “se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição a um ou a outro direito”.

Em outras palavras, seria a busca de um equilíbrio na decisão a ser tomada, mediante o sopesamento dos direitos contrapostos entre si, consistindo em um verdadeiro juízo de valores para se chegar à solução mais justa proporcionalmente (equilibrada).

De todo o exposto, pode-se concluir que, embora nos leve a certo subjetivismo, o princípio da proporcionalidade constitui um importante mecanismo na aplicação das medidas cautelares (de forma ampla), que, por via de consequência, amplia o campo de atuação de uma mera visão literal da legalidade, na tentativa de se alcançar medidas realmente necessárias, que se justifiquem apesar da presunção de inocência do acusado/investigado, que sejam, no mínimo, idôneas, adequadas e, acima de tudo, muito bem justificadas.

Assim, vemos que o beneplácito trazido pela alteração da lei penal adjacente foi no sentido de enaltecer, de fato, os princípios até agora ventilados

nesta obra.

E não deveria ser diferente, eis que novos mandamentos não foram criados, mas sim, revividos e exigidos, o que, em plena convicção afirmamos que tais modificações contribuíram, e muito, sejam em termos processuais, sejam humanitários para este tema, pois, como se sabe, a justiça encontrada somente em escritos representa “injustiça de boas intenções”, semelhante ao que há tempos dizia Rui Barbosa ao discorrer sobre a morosidade da justiça.

3 DA PRISÃO

A prisão, segundo ensina Mougenot (2011; p.57) *designa a privação da liberdade do indivíduo, por motivo lícito ou por ordem legal, mediante clausura.*

Consoante o “*caput*” do art. 283 do CPP, duas são as espécies de prisão no Brasil, sendo elas, a chamada *prisão-pena* – se perfaz com a condenação definitiva do indivíduo (trânsito em julgado da sentença penal condenatória). A outra, por sua vez, é a *prisão sem pena* – ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Como se sabe, a prisão consiste na mais gravosa das medidas restritivas de direito individual, e, por isso, justifica-se apenas nos casos de maior impacto para o tecido social.

Sob o prisma de direito material, podemos citar o princípio da fragmentariedade, que se encontra dentro da concepção do minimalismo penal, exigindo a intervenção repressiva do Estado somente quando outros ramos do direito mostrarem-se insuficientes para solucionar o conflito.

Contudo, ao falar em prisão cautelar, vê-se que a discussão é remetida a outro âmbito, o direito processual penal, ou norma penal adjacente, pois, sua natureza cautelar não adentra ao campo do direito material, isto é, se o indivíduo é ou não culpado do delito que lhe imputam.

Dentro da classificação das prisões *sem pena*, temos como modalidades a *prisão civil*; a *prisão disciplinar*; a *prisão administrativa* e, por fim; a *prisão processual*.

Pois bem, passemos então a adentrar ao estudo das prisões processuais.

3.1 Prisão Processual, Conceito e Espécies

A prisão processual, também chamada de prisão cautelar ou provisória, sem mais delongas, é aquela havida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No Brasil, a prisão cautelar se justifica em casos previamente dispostos em lei, e tão somente nestes, visto que, para que seja decretada, deve ultrapassar a considerável barreira da presunção de inocência, evitando assim, eventuais arbitrariedades das autoridades judiciárias.

Outrossim, para dar validade, o juiz deve, ao decretar a medida, observar o princípio constitucional da motivação (inciso IX do art. 93 da CF/88), concedendo assim, tanto publicidade de seu ato, como também, oportunizando o controle de legalidade.

Nestor Távora (2010, p. 283) afirma que o maior mérito da reforma reside no fato de consignar expressamente que estas possuem natureza residual (art. 282, §4º, CPP, *supra*), devendo o julgador utilizá-las apenas quando as demais medidas cautelares (art. 319, CPP, *infra*) se mostrarem insuficientes ou inadequadas.

Após o advento da Lei nº 12.403 de 2011, podemos subdividir a prisão processual em três modalidades: prisão preventiva (arts. 311 a 318, CPP), a temporária (Lei nº 7.960/1989), e, por último, a prisão domiciliar como medida cautelar (arts. 317 e 318).

Frise-se que a prisão domiciliar foi inserida com a mudança legislativa em apreço, embora não seja nenhuma novidade para a jurisprudência. Sua definição está claramente estancada no art. 317 do CPP, *ipsis literis*:

A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial

Já a prisão temporária encontra-se prevista na Lei nº 7.960/1989 que substituiu a Medida Provisória nº 111 de 1989. Esta é utilizada na fase investigatória, aliás, devido a sua viabilidade, quase não se utiliza mais a preventiva na fase inquisitiva.

Outrossim, percebe-se que a prisão em flagrante não foi mencionada

como modalidade de prisão processual, não obstante alguns autores ainda a considerarem como tal, entretanto, preferimos nos filiar à corrente defendida por Mougenot (2011; p. 58) e Aury Lopes Júnior no sentido de que, ao revés, trata-se de medida “pré-cautelar” ou “subcautelar”.

Isso porque a prisão em flagrante não visa assegurar a efetividade do processo criminal, mas sim, para fazer cessar de imediato uma situação de violação à ordem social. A medida cautelar será posteriormente adotada, se caso mostrar-se necessária e dêz que preenchido seus requisitos de admissibilidade.

Além disso, importante lembrar que, atualmente, a prisão em flagrante não mais subsiste até o final do processo, como ocorria na hipótese em que havia situação de flagrância e o auto de prisão era lavrado conforme todas as formalidades legais, impedindo o relaxamento e não fosse concedida liberdade provisória.

No sistema brasileiro, destaque-se, a regra geral é a liberdade do indivíduo, excetuando-se somente em casos expressos no ordenamento jurídico.

Deste modo, justifica-se a aplicação da medida, somente em casos de extrema necessidade, a *ultima ratio*, pois, se assim já era, de certa forma, atualmente mais ainda, tendo-se em vista a inclusão do rol taxativo de medidas cautelares intermediárias entre a privativa de liberdade e a liberdade plena.

Contrapondo-se ao princípio da presunção de inocência, em regra, a sua decretação não a torna inconstitucional, visto que, no intuito de assegurar a efetividade do processo criminal, seja em termos de instrução ou mesmo para garantir a segurança pública é lícito ao juiz decretá-la.

Contudo, faz-se uma ressalva de que, a mesma possui natureza cautelar, seja social ou processual, mas nunca de antecipação de pena.

Ademais, nesse diapasão, vale citar as lições dos professores Amaury Silva e Felipe Miranda dos Santos (2011, p. 22), in verbis,

A prisão cautelar visa em última análise, a partir de uma segregação antecipada da pessoa que é alvo de ação penal ou investigação de natureza criminal, conservar os interesses sociais ou mesmo processuais, que eventual soltura poderá abalar em determinado momento, resguardando a possibilidade de que o julgamento definitivo do caso que justifica a sua adoção possa ser deliberado sem qualquer nível de comprometimento.

Ex positis, vê-se que a intenção do legislador, inserindo a Lei 12.403 de

2011, foi de adequar o sistema processual penal, no que tange às medidas cautelares (*lato senso*), ao texto constitucional, sobretudo no que concerne à visão garantista que, a nosso ver, constitui um avanço para a sociedade brasileira, embora compreenda algumas desvantagens.

3.2 Da Prisão Preventiva

3.2.a Conceito e generalidades

Para Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 81):

Denomina-se prisão preventiva a medida cautelar, privativa de liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal, seja no tocante à instrução, seja no referente à segurança pública e aplicação concreta da lei penal.

Trata-se de uma modalidade de prisão cautelar, cujos requisitos de admissibilidade estão previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Para que haja validade em sua decretação, há imprescindibilidade da observância do binômio **necessidade/fundamentação**, pois, além de necessária (*ultima ratio*), preceitua a Constituição Federal (inciso IX, art. 93, CF/88) que toda a decisão judicial deve ser motivada.

A prisão preventiva pode ser decretada a qualquer tempo, de ofício (*ex officio*) pelo juiz; por requerimento do Ministério Público, pelo querelante (ação penal privada), ou por representação da autoridade policial.

Outrossim, pode ser decretada, caso presente os requisitos de admissibilidade (art. 312, CPP), em ocasião de sentença de pronúncia ou sentença penal condenatória recorrível.

Entretanto, não há unanimidade na doutrina quanto à possibilidade de se decretar a preventiva de ofício pelo juiz na fase investigatória (inquérito policial), pois, uma parte da doutrina, a saber, Guilherme de Souza Nucci, Edilson Mougenot Bonfim e Luis Flávio Gomes, munidos pela combinação legal do art. 311 e o §2º do art. 282 do CPP, defendem somente no processo haver a permissão para decretar a

preventiva *ex officio*.

Esta corrente afirma que, por se tratar de medida drástica de restrição à liberdade individual, a não manifestação dos interessados requerendo-a, viola o sistema acusatório brasileiro.

Contudo, em contrapartida, a outra corrente doutrinária, em destaque, Eugênio Pacelli, André Estefam Araújo Lima e Fernando Capez, filiam-se pela sua permissibilidade.

Esta última fundamenta sua posição pelas seguintes premissas:

a) no caso da *preventiva por conversão* (inciso II, art. 310, CPP) o estatuto penal adjacente, ao impor o *dever* de converter a prisão em flagrante em preventiva, não faz menção ao art. 311 (norma geral para as medidas cautelares), mas sim, somente ao art. 312, isto é, apenas que estejam presentes os seus requisitos de admissibilidade; b) admitir o contrário implicaria, automaticamente, impedir que qualquer medida cautelar diversa da preventiva fosse decretada sem que houvesse pedido expresso da parte, a teor da própria redação do §2º do art. 282, CPP.

Ademais, c) não há que se falar em ofensa ao sistema acusatório, haja vista que, o Ministério Público toma ciência da prisão em flagrante imediatamente (art. 306, CPP), podendo manifestar-se, e, portanto, não há que se falar em ausência do contraditório, porém, caso quede-se inerte, não há qualquer óbice ao juiz converter uma prisão já existente (flagrante), em outra (preventiva), quando entender necessário, dê-se que, obviamente, de forma justificada. Por fim, d) na hipótese da preventiva por descumprimento de medida(s) cautelar(es) imposta pelo juiz (§4º, art. 282, CPP) que, não obstante o §2º exigir o requerimento da parte, a própria redação do §4º à luz do princípio da efetividade impõe a decretação da medida por iniciativa do juiz.

Pois bem, ademais, outro ponto relevante, relacionado à questão da legitimidade é que, entendemos plenamente válido admitir o requerimento do assistente de acusação para a prisão preventiva. Ora, o mesmo representa os interesses da vítima, portanto, mais do que correta é a sua legitimidade para fiscalizar e atuar na busca da melhor aplicação da norma punitiva. Pensar o contrário, seria desprezar o anseio do maior interessado na lide que, de forma alguma pode ficar adstrito à garantia de mera indenização civil.

Outra peculiaridade a ser exposta reside em saber qual o tempo de

duração da medida. Frise-se, não há estipulação de forma expressa na lei, no entanto, há que se valer, as autoridades, do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de evitar que a custódia de privação da liberdade ultrapasse o limite do necessário, para o caso concreto.

Por fim, destaque-se, o estatuto penal adjacente, em seu art. 314, nos traz uma hipótese de vedação à decretação da preventiva. Isto se dá quando ficar demonstrado que o indiciado praticou o delito acobertado por uma excludente de ilicitude (art. 23, CP). Ora, neste caso, não há crime, portanto, não há que se falar em encarceramento por um fato que certamente redundará em absolvição (art. 386, VI; 397, I e 415, IV, CPP). Ademais, interpretação extensiva deve ser dada às dirimentes, pois, constituem da mesma forma, supedâneo para um decreto absolutório final.

3.2.b Pressupostos para decretação

O dispositivo que trata dos pressupostos para decretação da preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal) quase não sofreu alteração. Vejamos o antes e o depois do texto normativo, *in verbis*:

Antes: 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.

Depois: 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. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (grifei)

Em primeira análise, denota-se o acréscimo de mais uma hipótese de cabimento, que é o caso do acusado/investigado ser encarcerado devido ao descumprimento de alguma da(s) medida(s) cautelar(es) previstas no art. 319 do CPP a ele imposta(s), conforme dispõem o parágrafo único do art. 312, e o § 4º do

art. 282 do *Codex*, caso em que, nesta situação, a medida pode ser chamada de *preventiva substitutiva* ou *por substituição*.

Além desta nova hipótese, são (e eram) requisitos para a decretação da prisão preventiva: a) *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti* – consiste na prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria – art. 312 *in fine*; b) *periculum in mora* ou *periculum in libertatis* – constitui os elementos variáveis elencados pelo legislador para assegurar a instrução do processo, a aplicação da lei penal ou a segurança pública.

Vê-se que, não obstante a necessidade de se demonstrar a prova da materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria, há, outrossim, que se demonstrar que o *status libertatis* do acusado/indiciado representa perigo à instrução processual ou à segurança da sociedade (cautelaridade processual e social).

Referidas situações de perigo são elencadas (art. 312, CPP) nas seguintes hipóteses: para *garantia da ordem pública*; *garantia da ordem econômica*; *conveniência da instrução criminal*; para *assegurar a aplicação da lei penal*; e, a última, *por descumprimento de qualquer das obrigações impostas*.

Observe que o legislador limitou-se à descrição genérica das hipóteses de perigo (social ou processual), não ousando exemplificar situações concretas que os configurassem. Com efeito, vejamos o que venha ser cada um:

I – *garantia da ordem pública*: em síntese, seria salvaguardar a paz no tecido social, a tranquilidade e segurança de um determinado grupo de pessoas (ainda que pequeno).

Com muita propriedade leciona Nucci (2011, p. 84) que, a garantia da ordem pública, demanda quesitos básicos como “*gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa.*”

Não necessita, saliente-se, haver cumulação destes quesitos, bastando à observância de um ou outro para oportunizar a medida. Outrossim, vale destacar que, a gravidade do delito, unicamente, não tem sido motivo suficiente para sustentá-la, segundo vêm entendendo os Tribunais.

Ademais, com a devida *vênia*, interessa-nos fazer algumas ressalvas no que diz respeito ao quesito *repercussão social*:

Pois bem, trata-se da afetação que o delito ocasiona à sociedade. Em outras palavras, constitui-se no impacto ou abalo ocorrido em uma determinada

região, em razão do delito. Dá-se nos crimes excepcionais que geram verdadeira repulsa na sociedade, pois, possuem características anormais, os diferenciando dos delitos que, dependendo da localidade, está à sociedade habituada a presenciar.

Hediondos ou não, devido às circunstâncias em que os delitos foram cometidos, seja pelo modo de execução (crueldade, por exemplo), contra quem foi praticado (ex: contra o próprio filho), ou o motivo que o fez delinquir (torpe, traição, dentre outros), geram revolta, faz imperar a indignação, causando sensação de insegurança à coletividade. Ressalte-se que, não é condição determinante que uma multidão seja impactada, podendo ser uma pequena comunidade, por exemplo.

Entretanto, tendo em vista o caráter excepcional da prisão preventiva, deve o aplicador do direito agir com cautela, pois nem sempre o clamor público se coaduna à estrita verdade dos fatos, ou mesmo, à necessidade/utilidade de “punir” um suspeito antecipadamente, conforme determina o direito.

Ora, comumente somos incitados a adotar posicionamentos que direta ou indiretamente quer o povo ou a mídia nos inculcar. Portanto, no momento em que o caso for posto à análise do Poder Judiciário, *data vênia*, mas, outra deve ser a postura de seus membros, por pior que seja a acusação. E isto porque, a comoção social não pode neutralizar os preceitos fundamentais do processo e a dignidade humana, pelo contrário, seria como entregar o acusado a julgamento em praça pública, em pleno século XXI.

Aliás, tem-se predominado o entendimento nos Tribunais, de que, a comoção social, unicamente, não possui o condão para sustentar a decretação da preventiva.

Pensando assim, o psicólogo Suárez Abreu em sua obra dedicada aos concursos públicos para o ingresso na magistratura, ao discorrer acerca da influência da mídia na formação da opinião pública sobre os fatos criminosos, leciona (p.25):

Precisando dar significado às notícias “quentes” do dia, a mídia não tem um olhar benevolente para o judiciário. Chama-o de moroso, confundindo muitas vezes morosidade com abuso.

O judiciário funciona dentro de outra lógica: a lógica do processo judicial – em que é preciso amadurecer a verdade do processo – o tempo do processo – sem ser muito lento nem muito rápido, sob o crivo do contraditório, dos direitos fundamentais do processo (defesa das partes, elaboração de provas) e do princípio da dignidade humana em que há a presunção da inocência até a prova do contrário.

E prossegue:

A mídia costuma condenar *a priori*, sem direito ao contraditório, dando muitas vezes uma visão distorcida da realidade, desestimulando uma visão crítica do mundo.

Em seguida, nos traz, o autor, um fato emblemático para corroborar seu posicionamento: Foi o caso ocorrido em 1994, em uma Escola de Base, no bairro da Aclimação em São Paulo. A mídia, ao emitir uma informação precipitada, acusou tal escola de praticar abuso sexual contra crianças. Indignados, manifestantes depredaram e saquearam a escola, e mais, houve prisão dos proprietários.

Após isso, durante o inquérito, verificou-se que não havia nenhum fundamento na acusação, nem provas e nem mesmo indícios. Com efeito, no final, o resultado foi a condenação do Estado de São Paulo e os Órgãos da imprensa.

E quem é que não se recorda daquela notícia veiculada pela imprensa em novembro de 2011 com o seguinte título “Homem fica 19 anos preso por engano e morre após saber de indenização milionária”?

Destarte, não poderíamos deixar de citar o maior exemplo da história, o caso de Jesus Cristo, há mais de 2 (dois) mil anos. Ora, quais eram as acusações contra Ele? Pois, sob o argumento dos religiosos da época (fariseus) de que suas palavras estariam ferindo dogmas da igreja, o entregaram ao julgamento romano, clamando a Poncio Pilatos a condenação mais severa, de forma imediata.

O resultado foi a libertação de um assassino (Barrabás) em troca da satisfação do clamor público que, somente se daria através da crucificação do acusado.

Enfim, diante à problemática exposta, novamente invocamos Suárez Abreu (2010; p.14 e 15) para concluir o assunto, *in verbis*;

É nesse momento atual de nossa sociedade que entra o Estado com o desafio de estabelecer a ordem pela implementação da Constituição Nacional que nos mostra, na teoria, a incapacidade de “sermos juízes de nós mesmos” e, na prática, por meio de seus sujeitos-representantes (os juízes, por exemplo), fazem valer o interdito organizador de toda a sociedade.

Esse imenso desafio exigirá, como numa espécie de “jogo xadrez”, muita estratégia na movimentação das “peças estatais” para a superação dos problemas enfrentados. Estratégia que exigirá, de início, não só um total engajamento a um ideal, mas também o resgate de valores éticos, do

exercício da cidadania e de um projeto de país inclusivo a toda a gente, como tão bem nos lembra o jurista Luís Roberto Barroso.

E finaliza:

Resta ao juiz reinventar-se, inovando e criando novas soluções numa aplicação pragmática, buscando uma interlocução possível entre a lei, os casos específicos e o momento histórico atual.

De fato, como se denota, a questão não é tão simples para ser tratada com leviandade, pois, o conflito instala-se entre a ordem pública vs. a ordem jurídica, onde ambas deveriam harmonizar-se, cabendo, pois, ao juiz, assumir o papel de solucioná-lo (inclusive de ofício), buscando-se o equilíbrio, partindo-se dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e, sempre, repise-se, de forma fundamentada.

Por último, é mister enaltecer o fato de que, o Poder Judiciário não deve ser utilizado como instrumento de vingança privada, mediante o uso de força, mas sim, como um meio (um mal necessário) para deflagrar a ordem jurídica com a consequente pacificação social.

II – *garantia da ordem econômica*: Nesta hipótese, o escopo é evitar que práticas criminosas que afetam à ordem econômica e financeira continuem a ocorrer. E mais, a própria credibilidade da justiça pode ser resguardada através deste fundamento, pois, tais crimes causam verdadeira indignação pública – possui como alvo os chamados “crimes do colarinho branco”. Esta hipótese foi inserida através da Lei nº 8.884/1994, em seu art. 30.

III – *conveniência da instrução criminal*: este fundamento é utilizado para segregar o indiciado/acusado que, se em liberdade, atuaria dificultando ou impossibilitando a colheita de suporte probatório, seja destruindo objetos, inutilizando documentos, ou mesmo, ameaçando testemunhas ou autoridades etc.

IV – *assegurar a aplicação da lei penal*: visa-se assegurar a utilidade prática do processo criminal e a consequente satisfação da pretensão punitiva do Estado, mediante o encarceramento do indiciado/acusado, evitando sua fuga. Para isso, mister se faz que haja dados concretos que demonstrem a possibilidade próxima do mesmo fugir, como por exemplo, o fato deste não possuir residência ou emprego fixo, ou mesmo, que o indivíduo tenha facilidade para adentrar em territórios estrangeiros etc.

Por último, a inovação legislativa, trazendo mais uma hipótese ao art.

312, CPP – Parágrafo Único: *descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares*: se dá quando o acusado/indiciado deixar de cumprir medida cautelar diversa da prisão (art. 319, CPP) a ele imposta, caso em que, o juiz (inclusive, *ex officio*), concluindo pela insuficiência da aplicação de outra medida cautelar, acaba substituindo-a pela prisão preventiva. Note-se, neste ponto, que o legislador manteve a excepcionalidade da preventiva, sendo esta a *última ratio*.

Após isto, verificando o juiz que há a presença dos requisitos explicitados (312, CPP), no caso concreto, deverá analisar se o delito *sub examine* se enquadra às hipóteses legais previstas no art. 313 do CPP.

Frise-se, referido dispositivo sofreu modificação (2011), vejamos:

REDAÇÃO VELHA - Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

REDAÇÃO NOVA - Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva.

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848 , de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – (revogado).

Parágrafo Único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Depreende-se que o legislador manteve o fato de somente admitir-se a prisão preventiva aos crimes dolosos. Entretanto, vislumbra-se que, agora, não mais se cogita se o crime é apenado com reclusão ou detenção, mas sim, basta verificar se a cominação da pena privativa de liberdade máxima do delito seja superior a 4 (quatro) anos.

Esta exigência, ressalte-se, se coaduna com o princípio da proporcionalidade (natureza do delito vs. ofensividade da medida), bem como, à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito (art. 44, inciso I, do Código Penal), ou mesmo, à possibilidade do início do cumprimento da pena ser em regime aberto (art. 33, §2º, “c”, CP).

Contudo, há exceções, a saber, nos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, CP), de sequestro ou cárcere privado (art. 148, CP), cuja pena máxima é inferior, também, no caso da conversão da prisão temporária em preventiva (arts. 1º, inciso III, “b” e “l” e 2º, §7º, da Lei nº 7.960/1989). Outrossim, nos casos em que houver concurso de crimes, seja formal, material ou continuidade delitiva em que a pena máxima supere os 4 anos exigidos e, por fim, no caso da presença de qualificadora.

Ademais, cumpre destacar que não há unanimidade na doutrina sobre a aplicabilidade desta regra (pena máxima - 4 anos) quando se fala em preventiva por conversão ou por substituição. Para alguns, apenas no caso da decretação da preventiva genuína é que se analisará a pena máxima cominada, além, é claro, da observância do art. 312, CPP.

Outrossim, o inciso II da nova redação nos traz a hipótese de reincidência do agente (condenação transitada em julgado) em crime doloso, dès que não haja fluído o período depurador (art. 64, I, CP). *A posteriori*, o inciso III, admite a preventiva, caso haja descumprimento das medidas protetivas (art. 20 e 42 da Lei 11.340/2006) impostas pelo juiz ao indiciado/acusado nos crimes (dolosos) que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Por fim, temos o parágrafo único admitindo a preventiva, caso haja dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou se o agente não se identificar devidamente. Nesta hipótese, devem as autoridades, primeiramente, esgotar as medidas para identificá-lo, entretanto, caso não logrem êxito, poderão requerer (MP) ou representar (autoridade policial) pelo encarceramento do indiciado preventivamente.

Desta feita, visto que o legislador prevê uma série de requisitos a serem constatados no caso concreto, poderíamos concluir que, ao revés do idealizado por alguns, dentre o meio jurídico, a prisão *ex lege* viola os exercícios técnico e lógico do instituto, ou seja, constituiria em verdadeiro desvirtuamento do

instituto (prisão preventiva) caso não fosse demonstrada sua real necessidade, dentro dos limites legais (312/313, CPP).

4 A FIANÇA NO REFORMADO SISTEMA PROCESSUAL

Assim como os institutos das prisões e liberdade provisórias, também o da fiança passa a ter nova face no ordenamento jurídico, eis que, sua quase inaplicabilidade se dava em razão da má formulação e, em razão de haver outros mecanismos aptos a atingir a finalidade preconizada pelo instituto da fiança.

Desta feita, mister se faz realizar uma breve exposição das mudanças havidas na fiança, conforme as recentes alterações advindas da Lei 12.403 de 2011.

4.1 O Conceito de Fiança e suas Características no Regime Anterior

A fiança constitui, segundo definição da professora Maria Helena Diniz, (2010, p. 270), sob o aspecto processual penal, *verbis*: Garantia prestada pelo réu, ou por alguém em seu nome, perante autoridade policial ou judiciária, para que possa, nos casos admitidos em lei, defender-se em liberdade.

Referido instituto constitui uma garantia real prestada pelo acusado ou indiciado sob as formas do art. 330 do CPP, como condição para livrar-se solto em liberdade provisória, nos casos exigidos por lei. Entretanto, repise-se, a impossibilidade do réu de arcar com tal garantia, não pode vedar a concessão da liberdade provisória para o acusado/indiciado que preencher os requisitos concessivos, uma vez que a lei formulou saídas para estes casos (art. 350, CPP).

Sua finalidade é, como bem expressa o art. 319 do CPP, “a) assegurar o comparecimento a atos do processo; b) evitar a obstrução do seu andamento e; c) em caso de resistência injustificada à ordem judicial”.

Sob o regime anterior, tal instituto encontrava-se quase que em desuso, haja vista a regra do parágrafo único do antigo art. 310 que impunha a liberdade provisória independentemente da fixação de fiança, para o caso de não haver requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Ademais, quanto ao valor da fiança, verificava-se que, quando a pena máxima cominada era igual ou inferior a 4 (quatro) anos de prisão, o máximo que a

fiança poderia ser arbitrada era de até 20 salários mínimos, sendo que, para delitos cuja pena máxima cominada fosse superior a 4 (quatro) anos o valor máximo chegava a 100 salários mínimos.

Pelo sistema anterior, a fiança poderia ser arbitrada pelo delegado de polícia caso o delito praticado fosse uma contravenção penal ou nos crimes apenados com detenção, independentemente da pena máxima cominada, sendo que, não havia, em hipótese alguma a possibilidade de arbitrar fiança em crimes apenados com reclusão.

4.2 A Fiança após o Advento da Lei nº 12.403 de 2011

Com o advento da mencionada lei, podemos perceber, em primeira análise que, agora, a fiança teve suas barreiras limítrofes quebradas, podendo chegar a patamares altíssimos.

Na atual sistemática da fiança, conforme expressa o art. 325 do CPP, no que tange ao valor, a regra passa a ser da seguinte maneira:

I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

O fato mais relevante, ressalte-se, encontra-se no inciso III do §1º do dispositivo supra, ao prever a possibilidade de aumento do valor fixado em até 1.000 (mil) vezes, podendo chegar a quantias milionárias.

Outra alteração se deu no fato de que, agora, não mais subsiste a condição de ser o delito apenado com detenção, isto é, também as infrações apenadas com reclusão podem ser suscetíveis de fixação da fiança, pois a circunstância a ser avaliada é a pena máxima cominada ao tipo penal.

Ademais, vislumbra-se que, a fiança não é mais a única medida cautelar diversa da prisão, assim como era no sistema anterior, mas sim, constitui medida autônoma, prevista juntamente com as demais medidas (art. 319, inciso VIII, CPP), podendo ser arbitrada pela autoridade policial nos delitos cuja pena máxima

não ultrapasse a 4 (quatro) anos (art. 322, CPP).

Sendo a pena máxima superior à 4 anos, somente poderá ser concedida a fiança pela autoridade judicial.

Por fim, conclui-se que, não obstante a crítica fase de sua inaplicabilidade, vislumbra-se que, agora, voltou a ter importância esta medida, tendo sido renovada em sua integralidade.

5 DA LIBERDADE PROVISÓRIA

5.1 Conceito e Generalidades

Segundo leciona Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p. 583), *in verbis*

A liberdade provisória é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade ou a sua manutenção, ilidindo o estabelecimento de algumas prisões cautelares.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 5º, inciso LXVI, que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, bem como no art. 321 do Código de Processo Penal alterado pela Lei nº 12.403 de 2011, com a seguinte redação:

Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Com efeito, podemos subdividi-la em 3 (três) espécies, sendo elas, a liberdade provisória permitida, a obrigatória e a proibida, conforme classificação feita pelo professor Mougnot Bonfim (2011, p. 94) . Vale dizer, há casos em que a mesma *pode* ser decretada, segundo juízo de apreciação do juiz da causa, por hipóteses autorizadas na lei; casos em que ela *deve* ser decretada em razão de determinação legal (art. 310, III, CPP), independentemente de arbitramento de fiança e, por fim; casos em que sua concessão é *vedada* pelo ordenamento jurídico (art. 7º, Lei nº 9.034/95, por exemplo).

Quanto à *vedada*, vale consignar que, em 2007, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade, através da ADI (312), dos artigos 14 e 15, nos seus parágrafos únicos e o art. 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), que taxavam alguns crimes de inafiançáveis, proibindo-lhes o benefício da liberdade provisória.

Além das espécies descritas no parágrafo anterior, há, outrossim, modalidades de liberdade provisória, isto é, dependendo do caso concreto o instituto será aplicado em uma determinada modalidade, ou em outra.

Antes da vigência da Lei 12.403/2011, três eram as espécies de concessão da liberdade, segundo classificação do professor Luis Flávio Gomes (2011, p. 191/192), sendo elas, *in verbis*: “liberdade provisória sem fiança e sem vinculação (art. 321, I e II), para os crimes não apenados com pena de prisão ou cuja pena máxima não excedesse a 3 (três) meses; liberdade provisória sem fiança, mas vinculada (art. 310 caput e parágrafo único e art. 350)”, para quando:

a) pelo auto de prisão o juiz verificava que o fato havia sido cometido em situação excludente de ilicitude; b) pelo auto de prisão o juiz verificava a inocorrência das hipóteses de cabimento da prisão preventiva; c) nas infrações afiançáveis, quando o indiciado ou acusado não tinha condições econômicas de prestá-la.

Por fim, a “*liberdade provisória mediante fiança*”, sendo que, para a concessão nesta modalidade, necessário era interpretar, a *contrario sensu*, a regra dos arts. 323 e 324 (casos de inafiançabilidade).

Agora, feitas as devidas alterações, as modalidades de liberdade provisória são, (GOMES, 2011, p. 193) *verbis*: “Liberdade Provisória sem medida cautelar diversa da prisão, mas vinculada; Liberdade Provisória sem fiança, mas vinculada e com possibilidade de outra medida cautelar diversa da prisão, e, por fim; Liberdade Provisória com ou sem medida cautelar diversa da prisão”.

Em razão do surgimento do rol de medidas cautelares alternativas (vide art. 319), novas modalidades de concessão da liberdade provisória surgiram, haja vista que as medidas cautelares (art. 319, CPP) e a liberdade provisória são fixadas em momento idêntico.

A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXVI, e no art. 310, inciso III do CPP trouxeram consigo a clara distinção entre as modalidades aqui esposadas, não havendo qualquer óbice, à luz da doutrina majoritária, quanto à possibilidade de concessão da liberdade provisória para os crimes inafiançáveis.

Ressalte-se que, a liberdade provisória nos crimes que não admitem fiança pode ser decretada com a aplicação de medidas cautelares, o que a torna condicionada ao cumprimento de certas obrigações, sob pena de ter cumulada(s) outra(s) medida(s) cautelar(es), ou até mesmo, em últimas consequências, a prisão

preventiva decretada (art. 282, § 4º, CPP).

Como se depreende, a liberdade provisória, sob o aspecto fático é, nas palavras do insigne doutrinador Tourinho Filho “o intermediário entre a prisão provisória e a liberdade completa”. Ou seja, seria uma qualidade do *status libertatis* que goza o indivíduo que, não possui plena liberdade, mas sim, sem violar seu “estado de inocência” fica vinculado ao Poder Judiciário, até que haja o desfecho do caso.

Sua finalidade é assegurar o comparecimento do indiciado acusado aos atos do processo, sem que haja a extrema imposição de encarceramento.

Destarte, finalidade peculiar da liberdade provisória seria a de substituir a prisão em flagrante, quando não houver necessidade de convertê-la em preventiva (art. 310, III do CPP).

É que, o juiz, levando-se em consideração a gravidade do delito, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente, caso entenda inoportuna e inconveniente a decretação da preventiva, mesmo que haja requisitos para tanto, poderá conceder a liberdade provisória, impondo-lhe, se for o caso, alguma medida cautelar diversa da prisão.

Por fim, no tocante ao tempo de vigência da medida, até o momento em que não incidir alguma causa de extinção (ex. cassação ou quebra da fiança), ou que não haja o trânsito em julgado da sentença, a mesma perdurará. Após isto, havendo condenação passada em julgado, dar-se-á início à execução da pena, entretanto, no caso de absolvição definitiva, a plena liberdade se lhe concederá.

5.2. A Liberdade Provisória nos Crimes Inafiançáveis

O termo *inafiançabilidade*, segundo leciona Renato Marcão, *ipsis literis*: Para nós, inafiançabilidade é a característica daquilo que não comporta fiança.

Ou seja, ao contrário do que vinha entendendo os tribunais superiores a liberdade provisória não faz parte da acepção do termo inafiançável.

Pois bem, a liberdade provisória, como verdadeira contramedida da prisão cautelar, conforme dito anteriormente, justifica-se pela desnecessidade desta última e, portanto, atrelada está à situação fática em que o crime se amolda, isto é,

dependendo das circunstâncias do caso, inadequada torna-se a prisão, podendo-se perfeitamente conceder a liberdade provisória ao réu indiciado, ainda que legalmente seja possível sua prisão.

Todavia, estas considerações são automaticamente suplantadas ao se admitir o posicionamento no sentido de que a inafiançabilidade descrita pela Constituição Federal (incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º) e no Código de Processo Penal (art. 323) quer significar também a inadmissibilidade de concessão da liberdade provisória.

Assim defende João Paulo Fernandes Pontes: (Juiz de Direito do TJERJ (s.d; s.p.):

No caso dos crimes inafiançáveis, sempre está presente o periculum in mora, ou seja, a prisão preventiva sempre é necessária como garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, pois quando a lei diz que um crime é inafiançável, ela está dizendo que no caso de prática de tal crime, o agente não deve ser colocado em liberdade provisória, nem mesmo mediante fiança, o que significa que a lei considera o praticante de crime inafiançável perigoso, e considera que a sua prisão provisória é necessária como garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. (grifado)

Além disso, nesse mesmo diapasão, cumpre mencionar os seguintes julgados:

Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de Recurso Ordinário. Art. 33 da Lei Nº 11.343/06. Crime equiparado a hediondo. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. **Proibição decorrente de norma constitucional.**
 I - O **art. 5º, inciso XLIII, da Carta Magna**, proibindo a concessão de fiança, evidencia que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida.
 II - Essa orientação **já é assente no c. Pretório Excelso**, como se depreende do **HC nº 83468/ES**, Rel. Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 27/02/2004, no qual restou consignado, **litteris**: *[...] a proibição de liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais [...], seria ilógico que, vedada pelo art. 5º XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança' (Ministro Sepúlveda Pertence); Sendo o crime inafiançável, ele não comportaria mesmo a liberdade provisória. E a Lei nº 8.072, art. 2º, inciso II, ao falar que não cabem a 'fiança e liberdade provisória', de certa forma foi até um pouco redundante, não haveria nem necessidade da ressalva' (Ministro Carlos Ayres Britto); 'Essa circunstância (a inafiançabilidade contida no art. 5º, XLIII, da CF) [...] afasta a liberdade provisória [...], porque se nem mesmo com fiança é possível, o que se dirá sem a fiança' (Ministro Marco Aurélio). (grifado)
 III - Esse entendimento foi recentemente confirmado pela **c. Suprema Corte (HC 89068/RN, 1ª Turma, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 23/02/2007; HC 89183/MS, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence,***

DJ de 25/08/2006 e **HC 86118/DF**, 1ª Turma, Rel. **Ministro Cezar Peluso**, DJ de 14/10/2005) e, também, por esta Corte (**HC 67145/GO**, 5ª Turma, Relª Ministra **Laurita Vaz**, DJ de 02/04/2007; **HC 69566/SP**, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 09/04/2007 e **HC 55984/SC**, 6ª Turma, Rel. Ministro **Hamilton Carvalhido**, DJ de 09/04/2007).

IV - Os crimes previstos nos **arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da nova lei de tóxicos (regra específica)** *'são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos'* (art. 44 da Lei nº 11.343/06). **Writ** denegado. Ministro Felix Fischer, Relator.

Com o devido acato aos entendimentos supratranscritos, contudo, a nosso ver, jamais merece prosperar.

A priori, como é sabido, o direito penal vem apresentando uma tendência garantista, que procura resguardar direitos inerentes à pessoa humana, tratando-a como tal. Deste modo, temos que acabar com a esdrúxula ideia de que a melhor interpretação, para as normas do processo penal, é aquela que impõe prisão aos indiciados acusados.

Depreende-se, portanto, a questão atine sobre um problema de interpretação jurídica, que permeia o alcance (abrangência) do vocábulo “inafiançável”.

Aqueles que defendem que a inafiançabilidade descrita na lei abrange também a liberdade provisória, possivelmente, baseiam-se na técnica de interpretação lógico-subjetiva, isto é, atribuem sentido e alcance à norma mediante aquilo que entendem ter sido a intenção do legislador ao formulá-la.

Todavia, referida interpretação leva-nos ao abstratismo, com o campo de visão limitado, pois, desconsidera veementemente o conjunto sistêmico de normas constitucionais, bem como, a realidade do mundo dos fatos, objeto de regulamentação do nosso ordenamento jurídico. Ora, já dizia Konrad Hesse que (1991; p.14.) a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade.

Ademais, Maria Helena Diniz, ao enumerar as funções da interpretação jurídica, dentre outras, cita a de temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social, ou seja, aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir. (DINIZ, 2002, p. 63).

Destarte, levando-se em consideração que, a alteração do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 12.403 de 2011, nos traz um novo panorama (“liberdade é a regra”), portanto, assim também, neste sentido deve a nossa

interpretação se amoldar. Nesse diapasão corrobora Paulo Bonavides (2003; p. 483), ao dispor: interpretar a constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é, sobretudo atualizá-la.

Assim dispõe a Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, elencando como hipóteses de inafiançabilidade:

- XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
- XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
- XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
(grifado)

Também o Código de Processo Penal, com as devidas alterações de 2011, repetindo a norma da inafiançabilidade da Constituição Federal, dispõe

Art. 323. Não será concedida fiança:

- I - nos crimes de racismo;
- II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;
- III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
- IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
- V - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

De plano, por mera análise literal da redação do art. 323 do CPP, ao dispor “não será concedida fiança”, denota-se que o legislador quis, de forma clara, estabelecer hipóteses em que não seria concedido o ônus da fiança, ao indiciado acusado, e tão somente isto.

A despeito dos textos elencados, é evidente que a busca pela interpretação ideal do sentido (alcance) do vocábulo “inafiançável”, seria impossível sem, ao menos, compará-la com as demais normas que versam sobre o mesmo objeto, ou mesmo, sem confrontá-la com a nossa atual realidade, para se estabelecer qual o efeito jurídico que o instituto deve produzir no seio social.

Sendo assim, à evidência, torna-se necessário buscar a solução nas técnicas da hermenêutica jurídica.

Denota-se no caso, que a solução apresentada no parágrafo anterior reclama a realização de uma interpretação teleo-sistemática. Esta, por sua vez, se

consubstancia pela junção da interpretação teleológica (finalística) com a interpretação sistemática (conjunto de normas do mesmo objeto).

Conforme preceitua Maria Helena Diniz, em seu “Dicionário Jurídico Universitário” (2010; p.336), a *interpretação sistemática*:

É a técnica que considera o sistema no qual se insere a norma, relacionando-a com outras normas concernentes ao mesmo objeto. É uma técnica de apresentação de atos normativos, em que o hermeneuta relaciona as normas a outras até vislumbrar-lhes o sentido e o alcance. É preciso lembrar que uma das tarefas da ciência jurídica consiste em, exatamente, estabelecer as conexões sistemáticas entre as normas. (grifado)

Logo mais a frente, explica que a *interpretação teleológica*:

É a técnica que objetiva adaptar a finalidade da normas às novas exigências sociais, sendo, por isso, também denominada “sociológica”. A técnica teleológica procura o fim, a *ratio* do preceito normativo, para, a partir dela, determinar seu sentido. O sentido normativo requer a captação dos fins para os quais se elaborou a norma, exigindo, para tanto, a concepção do direito como um sistema [...] (grifado)

Enfim, destaque-se, foi exatamente isto que fez o legislador introduzindo a Lei 12.403, qual seja, estabelecer uma compatibilização vertical das normas processuais penais, oriundas de um regime de autoritarista, com os preceitos (sistema) insculpidos pela Constituição Federal, a qual se apoia na dignidade da pessoa humana.

Entretanto, entendam, não é o nosso escopo defender a desestabilização da balança dos valores envolvidos sob o argumento de um garantismo puramente individual, mas sim, ao revés, utilizando-nos do “bom senso” (jurídico e social), evitar que o indivíduo seja vítima de um sistema mal orientado, estabelecendo-se um equilíbrio entre o interesse individual da pessoa humana com o interesse social (garantismo negativo e positivo).

Doravante, rebatendo os argumentos acima transcritos, vejamos: Primeiramente, a presunção objetiva de que os indiciados acusados pelos crimes inafiançáveis são perigosos, *data máxima vênia*, atentam veementemente à liberdade, à igualdade (arts. 3º, inciso I e art. 5º “*caput*”, CF/88”), e à presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF/88), desconsidera a necessária análise casuísta dos fatos e do agente, bem como, atenta contra a dignidade da pessoa humana (art.

1º, III, CF/88).

Por via de consequência, negar-lhe liberdade provisória, sob este argumento, implicaria em prisão obrigatória, portanto, inegável sua incompatibilidade com o atual regime democrático de direito. Outrossim, viola o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e suas vertentes, tais como, a ampla defesa, o contraditório, dentre outras garantias processuais (art. 5º, inciso LV, CF/88).

Ora, se a regra geral é a liberdade do acusado, como poderia se falar em compulsoriedade da medida mais extremada dentre as cautelares? Trata-se de insofismável violação do princípio da não-culpabilidade ou presunção de inocência.

E mais, dizer que o *periculum in mora* (requisito da prisão preventiva) está embutido no tipo penal pelo fato de ser considerado crime grave, ou porque causa clamor público, *data vênia*, mas, constitui grande equívoco. É que, tanto a gravidade do crime e o clamor público são quesitos que se verificam quando se fala em *garantia da ordem pública* e, além do mais, estes, por si só, não servem de fundamento para justificar a medida restritiva de liberdade.

Na realidade, além dos fatores sociais e principiológicos, há também, nitidamente, uma equivocada concepção quanto à tecnicidade do instituto da liberdade provisória, uma vez que, ressalte-se, a liberdade provisória constitui gênero do qual a liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança são espécies.

Aliás, não é a toa que, tanto as doutrinas como a própria legislação apontam a possibilidade do indiciado acusado livrar-se solto independentemente de arcar com o ônus da fiança, como pode, outrossim, haver arbitramento, pelo juiz, de outra medida cautelar ao invés de fiança, se assim for o caso (art. 310, inciso III do CPP e art. 5º, inciso LXVI da CF/88).

Inclusive, ressalte-se, é vedada a não concessão da liberdade provisória nos crimes afiançáveis quando se verificar que o agente não possui condições de suportá-la (art. 350 c.c inciso I do parágrafo primeiro do art. 325, ambos do CPP).

Neste sentido, cabe-nos trazer à baila a precisa lição do Ministro Marco Aurélio de Melo (STF), *ipsis literis*: sendo o Direito uma ciência, há de emprestar-se sentido técnico a institutos, expressões e vocábulos.

Ora, se assim é, no julgamento do *Habeas Corpus* acima transcrito e sublinhado, qual seria então o sentido técnico utilizado pelo Ministro na realização

de seu voto, estendendo à inafiançabilidade o instituto da liberdade provisória? E mais, onde fica o princípio do *favor rei*?

Diante disso, denota-se, com as razões esposadas que, as inafiançabilidades previstas da Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Penal, reluzem meramente a inadmissibilidade de fixação da fiança, nada mais e nada menos que isso!

Sendo certo que, conforme posicionamento do professor Renato Marcão, caso o legislador quisesse dizer algo além do que veio a prever, assim teria procedido de forma expressa, fato que não ocorreu.

5.3 Da Liberdade Provisória nos Crimes Hediondos.

Antes do advento da Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007, que, posteriormente veio alterar o inciso II da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), havia expressa vedação à liberdade provisória para tais crimes, contudo, a reforma veio suprimir a expressão “liberdade provisória” daquele inciso, restando apenas, a não concessão de fiança.

No entanto, a questão não se mostrava pacífica, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, vinha firmando entendimento de que a mudança do inciso II da Lei dos Crimes Hediondos não passava de ‘mera alteração’ redacional. Portanto, sustentavam-se no argumento de que, tal mudança, não teria o condão de anular a regra que advém da Constituição Federal.

É que, com exceção de alguns Ministros da Suprema Corte, entendem que o legislador ordinário não pode modificar a regra que está em grau de superioridade hierárquica.

Porém, devemos nos indagar: por qual motivo o legislador iria suprimir a expressão “liberdade provisória” da lei, deixando somente a fiança? Vale dizer: será mesmo que não houve nenhum propósito, ainda que implícito, nesta alteração?

Creemos que, se não é manifesta a intenção do legislador ordinário em vedar, única e exclusivamente a fiança, ao menos, poderíamos afirmar que, de maneira implícita, quis dar azo a discussões jurídicas (não pacificando a questão) pelos seguintes motivos:

1 – o legislador não poderia pacificar a questão diretamente por meio da alteração à lei dos crimes hediondos (infraconstitucional), sob pena de inconstitucionalidade por estar ofendendo o entendimento consolidado pelo STF sobre norma constitucional; 2 - o segundo caminho seria através da alteração dos dispositivos (art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV) da Carta Magna. Porém, como é sabido, devido ao grau de dificuldade para se mudar textos da Constituição, sobretudo por estarem inseridos no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º), acabaria se tornando inviável.

Deste modo, ao que tudo indica, tratava-se de notável estratégia legislativa para solucionar a problemática de interpretação sobre o sentido do vernáculo *inafiançabilidade*, com o objetivo imediato de conscientizar a sociedade (e autoridades) sobre a necessária mudança de posicionamento (compatibilizando-os com a realidade jurídico-social). Somente após isto é que se chegaria ao objetivo mediato (principal), vale dizer, pela apreciação do STF por via indireta (controle difuso de constitucionalidade).

Isto porque, o problema não estava na má redação do texto infraconstitucional, nem tampouco nos dispositivos da Constituição Federal, mas sim, justamente, na equivocada interpretação dada pela Suprema Corte.

Pois bem, relembando os aspectos históricos, vimos que, antes de 2007, era pacífico o entendimento no STF sobre a constitucionalidade da vedação à benesse aos crimes hediondos (inafiançáveis).

Contudo, a questão passou a ganhar discussão quando este mesmo órgão julgador decidiu, por via direta (ADI), que a vedação da liberdade provisória, prevista nos dispositivos do Estatuto do Desarmamento (arts. 14, 15 e 21) violava o princípio da presunção de inocência e o devido processo legal. Foi então que, após este evento, alteraram a Lei dos crimes hediondos, gerando a necessidade de se pacificar o assunto.

A não unanimidade repousava entre a Primeira e a Segunda Turma do STF. Vejamos como se posicionava a Primeira Turma:

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes.” (STF, HC 98548, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009, DJe-232)
2. Se o crime é inafiançável e preso o acusado em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei nº

8.072/90, quando impedia a “fiança e a liberdade provisória”, de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo art. 1º da Lei nº 11.464/07, ao retirar o excesso verbal e manter, tão somente, a vedação do instituto da fiança.” (STF, HC 98464, Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 03/11/2009) (grifo nosso)

Por outro lado, em julgamentos posteriores, sobre crime de tráfico de entorpecentes (hediondo) vem a Segunda Turma do STF, com o Ministro relator Eros Grau, reformulando sua antiga opinião, favorável à vedação da benesse, sustentando:

Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. AFRONTA ESCANCARADA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. 5. A INAFIANÇABILIDADE NÃO PODE E NÃO DEVE — CONSIDERADOS OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL — CONSTITUIR CAUSA IMPEDITIVA DA LIBERDADE PROVISÓRIA. 6. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação **ante tempus**. IMPÕE-SE PORÉM AO JUIZ, NESSE CASO O DEVER DE EXPLICITAR AS RAZÕES PELAS QUAIS ALGUÉM DEVA SER PRESO CAUTELARMENTE, ASSIM PERMANECENDO. Ordem concedida. (HC 101505, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010) (grifo nosso)

Ademais, nesta mesma ótica, vejamos o que dispõe o brilhante precedente, também da Segunda Turma (STF), relatado pelo Ministro Celso de Mello, em 2009, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS" - PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DE CRITÉRIOS

INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA (...) A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A prisão cautelar, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade ou manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIIS. - A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da

República, a ideologia da lei e da ordem. - Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. No sistema jurídico brasileiro, não se admite, por evidente incompatibilidade com o texto da Constituição, presunção de culpa em sede processual penal. Inexiste, em conseqüência, no modelo que consagra o processo penal democrático, a possibilidade jurídico-constitucional de culpa por mera suspeita ou por simples presunção. - Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes." (HC 98862, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-06 PP-01138)

Todavia, não obstante a acirrada divergência acima demonstrada, da mais alta jurisprudência brasileira, eis que surge, finalmente, uma luz rumo à melhor interpretação.

É que, no dia 10 de maio de 2012, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 104.339/SP (relator Gilmar Mendes), determinou a reanálise do processo criminal de tráfico de entorpecentes, bem como, a concessão do benefício da liberdade provisória ao acusado. Para isso, reconheceram por maioria (7 à 3), restando vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Joaquim Barbosa, a inconstitucionalidade parcial do art. 44 da Lei nº11.343 de 2006, ao vedar a liberdade provisória aos acusados pelo crime descrito no art. 33 da referida lei .

Quanto aos fundamentos da decisão, destaque-se, foram os mesmos que justificaram a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória no Estatuto do Desarmamento, em suma, são eles: a violação ao princípio constitucional da presunção de inocência e ao devido processo legal. Ora, se assim já havia sido entendido, porque será que demorou tanto para estender tais axiomas a uma questão tão lógica?

Entretanto, denota-se a não unanimidade dos votos, pois, como se vê, ainda há aqueles que acreditam que a vedação à liberdade provisória constitui instrumento de defesa eficaz à segurança social.

Embora se trate de controle difuso de constitucionalidade (*inter partis*), há discussões sobre a extensão desse posicionamento aos demais delitos hediondos, no sentido de reconhecer a insuscetibilidade tão somente de fiança, caso

em que, por enquanto, deverão ser decididos caso a caso pelos magistrados, segundo seu entendimento.

5.4. Da Constitucionalidade do inciso II do art. 310 do CPP

Com a recente decisão do STF, sobre a admissibilidade da liberdade provisória no crime de tráfico de entorpecentes, tem-se, finalmente, o desfecho de um significativo embate jurídico, pelo menos a este crime, que havia em relação ao inciso II do art. 310 do CPP.

Pertence a Renato Marcão (s.d.; s.p.), a seguinte reflexão:

Dessas reflexões, resultam duas vertentes possíveis: 1^a) ou se reconhece, definitivamente, a possibilidade de liberdade provisória, sem fiança, em relação a todos os crimes inafiançáveis; 2^a) ou se reconhece a inconstitucionalidade do inciso II do art. 310 do CPP.

Isto porque, quando o juiz criminal se depara com um auto de prisão em flagrante de crime inafiançável legalmente constituído e, ao notar no caso concreto que não estão presentes os motivos da conversão do flagrante em preventiva (art. 312, CPP), o que deveria fazer, pois, o juiz, se a soltura do acusado fosse impossível face ao entendimento majoritário (STF) de que a inafiançabilidade impedia a liberdade provisória?

Ou seja, o juiz percebe que não tem fundamento legal para justificar a custódia provisória do indiciado e, outrossim, que não pode determinar a soltura deste a título de liberdade provisória

Esta situação, indiretamente, obrigava o juiz criminal a converter o flagrante em preventiva nos crimes inafiançáveis todas às vezes, sob as seguintes justificativas: - O crime é grave, haja vista as consequências que gera para o tecido social. – Há repercussão social, pois incita o sentimento de revolta na coletividade (clamor público). E, por último, para salvaguardar a credibilidade da justiça em razão, também, do clamor público.

Data vênia, retornamos a dizer que estes fundamentos, por si só, não possuem o condão para sustentar uma custódia preventiva, pois, a *garantia da ordem pública* se caracteriza em situações extraordinárias (crimes anormais), ou

seja, como já explicitado (item 3.2), depende de análise minuciosa das circunstâncias do caso concreto.

E então, pergunta-se, o que o juiz deveria fazer se não pudesse relaxar a prisão legal, nem converter em preventiva e nem tampouco conceder liberdade provisória?

Daí então o cerne conclusivo de Renato Marcão, de que havia incongruência prática que necessitava ser imediatamente solucionada, seja admitindo a concessão de liberdade provisória nos crimes inafiançáveis, ou então, reconhecendo-se a inconstitucionalidade do inciso II do art. 310 do CPP que impunha o dever ao juiz de converter a prisão em flagrante em preventiva, caso houvesse motivos.

6 DA VIABILIDADE SOCIAL TRAZIDA PELA LEI 12.403 de 2011

Além de constitucional, como já abordamos, será demonstrado que as mudanças do Código de Processo Penal, trazidas pela nova lei são perfeitamente viáveis (favoráveis) do ponto de vista societário, embora possa não parecer à primeira vista.

O enaltecimento da regra geral da liberdade, antes do trânsito em julgado do processo criminal, tem gerado grande polêmica quando confrontamos com a visão daqueles que defendem um maior rigorismo aos transgressores da lei penal, como medida de justiça.

Para uns é loucura, para outros, justiça social.

Portanto, eis o escopo do presente tópico, a saber, confrontar as consequências práticas de ambas as visões, com a realização de um juízo comparativo entre os pontos desfavoráveis e favoráveis, nesta ordem, para se chegar a melhor conclusão sob o prisma jurídico e do direito natural.

6.1 Dos Pontos Desfavoráveis

Como é sabido, as mudanças introduzidas no Código de Processo Penal, enaltecem o fato de que a liberdade é a regra geral, somente excetuando-se em casos estritos. Ou seja, além de agora ser admitida a concessão de liberdade provisória nos crimes inafiançáveis (tidos como graves pela sociedade), temos também o rol intermediário das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319), revelando ainda mais o caráter de excepcionalidade da prisão preventiva (*última ratio*).

Isto gera a seguinte consequência: a partir deste momento, mais casos de liberdade serão concedidos na praxe forense, resultando em maior facilidade para que um indiciado acusado livre-se solto enquanto aguarda seu julgamento.

Sabendo disso, sob a ótica social, poderíamos elencar 2 (dois) pontos desfavoráveis destas mudanças, isto é, dois fatores que poderiam colidir com o

interesse social de determinados grupos de pessoas.

São estes: 1º O sentimento de insegurança; 2º. A frustração do anseio de justiça (impunidade) dos cidadãos, com a consequente, incredibilidade da justiça brasileira.

Não raras vezes, ouvimos reclamações de cidadãos de diversas classes sociais, indignados, dizendo haver ineficiência do Poder Judiciário ao evitar a prisão de indivíduos que infringem a lei, lesando *outrem*.

Para demonstrar estes fatos, vejam o que Giovani Ferri (Promotor de Justiça do Estado do Paraná) aludiu, em artigo de internet, sob o título de “desabafo de um promotor”, ao comentar sobre as mudanças trazidas ao CPP:

Nada é tão ruim que não possa piorar.

Caros colegas, após 15 anos de atuação na área criminal estou pensando seriamente em abandonar a área com a nova LEI 12.403/2011 aprovada pelo CONGRESSO NACIONAL e sancionada em 05/05/2011 pela Presidente DILMA ROUSSEF e pelo Ministro da Justiça JOSÉ EDUARDO CARDOZO.

Quem não é da área, fique sabendo que em 60 dias (05/07/2011) a nova lei entra em vigor e a PRISÃO EM FLAGRANTE E PRISÃO PREVENTIVA SOMENTE OCORRERÃO EM CASOS RARÍSSIMOS, aumentando a impunidade no país. Em tese somente vai ficar preso quem cometer HOMICÍDIO QUALIFICADO, ESTUPRO, TRÁFICO DE ENTORPECENTES, LATROCÍNIO, etc. A nova lei trouxe a exigência de manter a prisão em flagrante ou decretar a prisão preventiva somente em situações excepcionais, prevendo a CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE ou SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA em 09 tipos de MEDIDAS CAUTELARES praticamente inócuas e sem meios de fiscalização (comparecimento periódico no fórum para justificar suas atividades, proibição de frequentar determinados lugares, afastamento de pessoas, proibição de se ausentar da comarca onde reside, recolhimento domiciliar durante a noite, suspensão de exercício de função pública, arbitramento de fiança, internamento em clínica de tratamento e monitoramento eletrônico).

Para quem não é da área, isso significa que crimes como homicídio simples, roubo a mão armada, lesão corporal gravíssima, uso de armas restritas (fuzil, pistola 9 mm, etc.), desvio de dinheiro público, corrupção passiva, peculato, extorsão, etc., dificilmente admitirão a PRISÃO PREVENTIVA ou a manutenção da PRISÃO EM FLAGRANTE, pois em todos esses casos será cabível a conversão da prisão em uma das 9 MEDIDAS CAUTELARES acima previstas. Portanto, nos próximos meses não se assuste se você encontrar na rua o assaltante que entrou armado em sua casa, o ladrão que roubou seu carro, o criminoso que desviou milhões de reais dos cofres públicos, o bandido que estava circulando com uma pistola 9 mm em via pública, etc. Além disso, a nova lei estendeu a fiança para crimes punidos com até 04 anos de prisão, coisa que não era permitida desde 1940 pelo Código de Processo Penal! Agora, nos crimes de porte de arma de fogo, disparo de arma de fogo, furto simples, receptação, apropriação indébita, homicídio **culposo** no trânsito, cárcere privado, corrupção de menores, formação de quadrilha, contrabando, armazenamento e transmissão de foto pornográfica de criança, assédio de criança para fins libidinosos, destruição de bem público, comercialização de produto agrotóxico sem origem, emissão de duplicada falsa, e vários outros crimes punidos com até 4 anos de prisão, ninguém permanece preso (só se for reincidente). Em todos

esses casos o Delegado irá arbitrar fiança diretamente, sem análise do Promotor e do Juiz. Resultado: o criminoso não passará uma noite na cadeia e sairá livre pagando uma fiança que se inicia em 1 salário mínimo! Esse pode ser o preço do seu carro furtado e vendido no Paraguai, do seu computador receptado, da morte de um parente no trânsito, do assédio de sua filha, daquele que está transportando 1 tonelada de produtos contrabandeados, do cidadão que estava na praça onde seu filho frequenta portando uma arma de fogo, do cidadão que usa um menor de 10 anos para cometer crimes, etc.

Em resumo, salvo em crimes gravíssimos, com a entrada em vigor das novas regras, quase ninguém ficará preso após cometer vários tipos de crimes que afetam diariamente a sociedade. Para que não fique qualquer dúvida sobre o que estou dizendo, vejam a lei.

Disto vemos que, para alguns tais mudanças não refletiram de forma positiva, mas sim, ao revés, mais parece com um retrocesso social, que deveria caminhar rumo ao rigorismo para com os criminosos.

Ademais, não podemos deixar de olvidar a seguinte estatística, veja-se:

Diferentemente do que foi noticiado pelo jornal **Folha de S. Paulo** (em 7 de outubro de 2011), que colocou o Brasil em 26º lugar dentre os países mais homicidas do mundo, levantamentos e análises realizados pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes (IPC-LFG) apontaram que na verdade o Brasil fechou o ano de 2009 como o **20º país mais homicida do mundo**, matando violentamente 26,9 pessoas a cada 100 mil habitantes.

De fato, tais alterações podem trazer certo grau de insegurança para o manto social, que acaba sendo refém da contumaz onda de violência e das inconseqüências advindas de determinadas leis.

Do mesmo modo que Giovani Ferri exteriorizou sua indignação, cremos também que, assim é o grito interiorizado da maioria da população que vive, não só nos grandes centros e periferias urbanas, como também em regiões rurais.

Pois bem, vejamos agora o segundo ponto desfavorável.

É fato que o sentimento de impunidade cresce a cada dia, e isto não poderia ser diferente se nos depararmos com o explosivo avanço criminológico que temos presenciado ao assistirmos nos noticiários. Em outros termos - a audácia com que os criminosos de todos os níveis tem se sofisticado em suas condutas delitivas, tem gerado o aumento do clamor social por justiça - quase que pedindo socorro estão as pessoas de bem!

Além do mais, não raras vezes somos surpreendidos com casos de impunidade em razão do alto poder aquisitivo ou da influência social dos acusados, que, no mais das vezes, acabam livrando-se dos processos sem qualquer

constrangimento pelo Poder Judiciário, como por exemplo: o caso do filho do empresário Eike Batista, suspeito de cometer homicídio culposo ao colidir seu veículo com um transeunte.

Outro fato também, digno de nos causar revolta, são os corriqueiros escândalos envolvendo representantes do povo (políticos) e os demais homens do poderiu (ex: caso Cachoeira e Demóstenes).

Enfim, poderíamos passar o dia todo mencionando casos em nossa atualidade de injustiças semelhantes a estas. Aliás, maior revolta nos dá saber que, a mesma lei que hoje beneficia ricos e poderosos é a que condena pobres e indefesos.

Desta forma, devemos considerar sim o fato de que, nosso país está cansado de tanta impunidade, de tantos privilégios às minorias - cansado de leis que já nascem viciadas por altas doses de ganância – várias leis ineficazes (não atingem a finalidade que deveriam), pois ignoram a realidade do país – “pra inglês ver”, vulgarmente falando, que não funcionam aqui.

Com isso, dia após dia, somos incitados a desacreditar no Poder Judiciário, como se sua atividade punitiva fosse falha, ou que estamos em um país onde o Estado não pune sujeito algum.

Mas, será que essas afirmações servem para demonstrar, deveras, malefício à sociedade? Vejamos no próximo item um segundo ponto de vista.

6.2. Dos Pontos Favoráveis

As mudanças vieram estabelecer o império da inocência, o socorro aos descartáveis e o fim da desordem jurídica. Por pior que isso possa ecoar em nossos ouvidos, demonstraremos que tais mudanças são sim favoráveis à vida nos aspectos individuais e sociais.

São 3 (três) as premissas que indicam o aspecto positivo das alterações na legislação penal adjacente. Veja-se:

1 – a própria *constitucionalização* do processo penal (adequação vertical das normas); 2 – o enaltecimento da tendência garantista do processo penal: garantir efetivamente aos indiciados acusados os direitos previstos no ordenamento

jurídico; 3 – O problema das superlotações carcerárias: diminuição dos gastos públicos; evitar as condições sub-humanas nos cárceres públicos etc.

Como se denota, o cerne da discussão paira sobre o fato da liberdade dos indiciados acusados ser a regra, onde a prisão é medida excepcionalíssima. Sendo assim, devemos nos indagar: qual será o problema disto, visto que o legislador ordinário apenas transportou o que o harmônico conjunto de normas da Constituição Federal já dizia?

Críticas à parte, prossigamos.

Sob a primeira premissa, dispensa-se maiores comentários, pois até aqui o presente trabalho se valeu para demonstrar que as mudanças do Código de Processo Penal se deram no sentido de adequá-lo às exigências do corpo da Constituição Federal brasileira.

Portanto, sob este enfoque, denota-se que tivemos um avanço jurídico através de mais uma compatibilização da legislação ordinária aos padrões constitucionais. Ora, é de lá que emanam as normas inferiores. Além do mais, não é a toa que, atualmente chovem ações diretas de inconstitucionalidade contra leis em tese na busca por um padrão constitucional de direito.

À segunda, já nos manifestamos e repisaremos o fato de que, há uma linha de evolução lógica no processo penal, que se inclina cada vez mais às limitações ao Estado repressivo (garantismo negativo), garantindo os direitos fundamentais da pessoa humana. Isto decorre do fim do período autoritário que enfrentamos, onde aqueles direitos eram nada mais do que uma grande utopia.

O último fator positivo, saliente-se, necessita de uma análise um pouco mais apurada, visto que, demanda um mínimo de observação quanto ao mundo dos fatos, dentro das relações jurídico-sociais, no momento em que vivemos, para se saber se realmente há viabilidade social nas mudanças.

Pois bem, primeiramente, registre-se, é necessário ampliarmos nossa visão e notar a lamentável realidade dos estabelecimentos penais públicos.

Veja-se o que nos revela uma pesquisa (LFG) sobre a situação de nosso sistema carcerário:

BRASIL TEM 269 PRESOS PARA 100 MIL HABITANTES

Por Luiz Flávio Gomes

De acordo com o último levantamento realizado pelo InfoPen (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), em junho de 2011, o Brasil tinha 513.802 presos em todo seu sistema prisional, num total de 1.237

estabelecimentos penais (entre penitenciárias, cadeias públicas, casas de albergado, colônias agrícolas e hospitais de custódia).

Com esse montante de detentos e considerada a população nacional utilizada pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional), de 190.732.694 habitantes, o Brasil apresentou **uma taxa de 269,38 presos a cada 100 mil habitantes**.

Taxa que em 1990 era quatro vezes menor, um total de 61,4 presos a cada 100 mil habitantes, considerados os 90.000 presos registrados pelo Depen e a população de 146.592.579 de habitantes, de acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Mas o problema não se encerra na quantidade de detentos.

Além de contar com um crescimento vertiginoso e desenfreado de presos, o que por si só já demonstra a situação calamitosa do Brasil, o país não tem condições de abrigá-los nos estabelecimentos prisionais existentes, que se mostram em situação precária e abandonada, deixando os detentos em condições de vida primitivas e desumanas.

Exemplo disso é o que ocorre numa delegacia de Anápolis (GO), na qual não há espaço para os detentos serem alojados, razão pela qual o delegado os mantém nos corredores do local algemados uns nos outros ou em argolas de ferro embutidas nas paredes, conforme notícia veiculada pelo jornal Folha de São Paulo.

Assim, em razão da precariedade e desestrutura carcerária, a resposta para a criminalidade tem sido o atentado contra a dignidade e os direitos dos presos, que encontram nos estabelecimentos penais não um campo de reeducação ou ressocialização, mas de concentração e extermínio. (grifo nosso).

É de se notar que, praticamente, estamos arremessando nossos semelhantes (seres humanos) em depósitos, como se mercadorias disponíveis a nós fossem. Trata-se, deveras, de uma situação de calamidade pública que não nos persuade enquanto estamos em nossa confortável área de meditação.

A situação calamitosa se dá ao fato de que o número de prisões vem crescendo a cada ano, por uma série de fatores sociais. Aliás, destaque-se, segundo pesquisa realizada pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), o Estado de São Paulo é o primeiro no ranking dos que mais prende.

Outrossim, veja-se este artigo publicado por Pedro Canário no site do consultor jurídico, *in verbis*:

POPULAÇÃO CARCERÁRIA DOBRA EM DEZ ANOS

A população carcerária mais que dobrou nos últimos dez anos. Saiu de 233 mil presos, em 2000, para 496 mil no ano passado – um salto de 113%. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, só entre 2000 e 2005, a quantidade de encarcerados subiu para 361 mil, um aumento de 55%. Enquanto isso, o índice de homicídios país passou de 28,9 em cada grupo de 100 mil habitantes, em 2003, para 25,6, em 2008 (dado mais recente). Nos últimos anos, a taxa tem permanecido em torno de 26 mortes em cada 100 mil habitantes. Os dados são da Ong Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Várias explicações podem ser encontradas para se entender o fenômeno do crescimento da população carcerária. Os números mostram que o endurecimento na punição de certos crimes levou mais gente às prisões. O

exemplo mais claro é o do tráfico de drogas. Enquanto em 2005 havia 31 mil presos por tráfico, nacional e internacional, em 2010, o número era de 100 mil presos. Na comparação com os 91 mil presos de 2009, a alta de 2010 foi de mais de 10%.

Movimento semelhante é visto nos números de presos por homicídio. Em dezembro de 2010 o Depen contabilizou 49 mil, 88% acima das 26 mil pessoas registradas no mesmo mês de 2005. Em 2009, os presos por homicídio eram 50,6 mil. Ou seja, no último ano contabilizado, registrou-se uma pequena queda no número de homicidas presos. O número de homicídios, contudo, manteve-se estável. Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública foram registrados 43 mil homicídios em 2005 e em 2008.

Ou seja, resta-se superada a alegação de que o Estado não pune, mas sim, pelo contrário, a situação é o excesso de segregação. Não há mais espaço para os detentos recém-chegados – muitos deles correm sério risco de serem assassinados para dar lugar a outros.

Porém, tendo em vista os fatos esposados, resta-nos uma pergunta: por qual motivo a violência não tem diminuído, mas, ao revés, aumentado catastróficamente, em nosso país?

A repressão desenfreada, a rigor, não tem devolvido à sociedade a sensação de segurança. E mais, há tempos que a punição (clausura) não tem intimidado os criminosos a se absterem de retornar às práticas delitivas.

Deste modo, vê-se que ter a liberdade como regra (presunção de inocência) em nossa atual sociedade é algo relevante (positivo). Ora, qual o benefício que se pode esperar abarrotando as cadeias públicas? Não sejamos hipócritas, sabemos que isso só contribui para o aumento do ódio e vingança dos internos que, ao saírem, e não demora muito, irão externalizá-los.

Submeter seres humanos a condições inferiores à dos animais só faz aumentar a violência nas ruas!

Isso implica dizer que o ato de transferir a responsabilidade do problema da criminalidade ao *jus puniendi* estatal tem servido apenas para criar sérios problemas que repercutem violentamente contra os cofres públicos (gastos com alimentação, transferência, assistência social etc.), contra a dignidade humana dos detentos (sub-humanização) e, como já mencionado, aumentando a violência dentro e fora das cadeias.

Frise-se, a repressão ao crime é necessária – punir é preciso! Todavia, a prisão processual, objeto de nosso estudo, não guarda qualquer relação com a atividade punitiva do Estado.

O cerne do problema está além da discussão sobre o rigorismo ou garantismo penal, isto é, não se restringe em “prender ou não prender”. Na verdade, as causas do problema estão na própria sociedade. Explico:

Infelizmente, uma série de fatores que norteiam as relações interpessoais, tem servido, deveras, para a formação de verdadeiros sociopatas. Ora, a Medicina Legal nos elenca uma série de circunstâncias que levam indivíduos ao mundo do crime, são os denominados de “motivos determinantes da criminalidade”, são exemplos: a corrupção policial, a corrupção do governo, a depravação moral e sexual, os estímulos ao consumo de álcool e drogas etc.

Nesse diapasão, Pedro Canário, no mesmo artigo acima, ao verificar estas questões, aduz, *verbis*:

Só que o maior rigor das leis não pode ser considerado uma vitória na luta contra o crime. Para o advogado **Augusto de Arruda Botelho**, vice-presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, os dados do Depen mostram os “equivocos da política de combate à criminalidade”. Em vez de tentar resolver os crimes e apurar suas causas, procura-se a repressão, “que invariavelmente passa pelo aumento da pena”, diz.

Esse aumento, para Botelho, é sempre em resposta ao clamor popular, ou a alguma observação feita pelo Legislativo: “Aumentou o tráfico de drogas no país? Aumenta-se a pena para traficantes; se a sociedade ficou mais violenta, aumentam a pena para homicídios, sem que se pense nas causas da criminalidade”. Historicamente, para ele, o Estado brasileiro exerce a função de repressor, sem se preocupar com o verdadeiro problema — o que leva as pessoas ao crime.

A questão da segurança não deve ser resolvida pela atuação parcial do Estado-juíz, mas sim, antes disso, pela mudança de comportamento da polícia nas ruas, por programas do governo, através de investimento na segurança melhor administração dos recursos da sociedade e não através de punições infundadas e inconstitucionais, sem julgamento, sem garantias. Não!

Isso seria vilipendiar o direito que foi construído com tão alto custo. O judiciário tem seus limites de atuação, de modo que a violação à liberdade do acusado/indiciado para resguardar a segurança social (art. 312 – garantia da ordem pública), não pode ser utilizada de forma arbitrária, incondicionada, mas sim, nos exatos moldes constitucionais e infraconstitucionais. Portanto, não há que se confundir o anseio, o clamor público com a racionalidade da questão amplamente analisada.

Ademais, registre-se, não é do nosso intuito sustentar algo ilusório (surreal), pois, sabemos que a corrupção não vai se findar, que o dinheiro não vai

ser melhor empreendido, que o estímulo ao álcool e à violência só tendem a crescer mesmo, todavia, dizer que o direito penal é o único instrumento que pode ser manuseado para “pelo menos” minimizar estas ondas de violência seria algo como retornar aos primórdios.

Com efeito, corroborando todo o exposto neste tópico, reparem nas felizes conclusões de Luis Flávio Gomes em artigo escrito para o site “Conjur”, *ipsis literis*:

PROBLEMA CARCERÁRIO É POLÍTICO E NÃO JURÍDICO

O retrato do sistema prisional brasileiro, divulgado pelo CNJ, que é fruto do trabalho realizado pelo Mutirão Carcerário de janeiro de 2010 a janeiro de 2011, é desolador e preocupante. Em alguns estados (Alagoas, por exemplo), a prisão cautelar passa dos 60%, o processo é extremamente moroso, os cárceres são degradantes etc.

Quem pode resolver esse grave problema nacional? Diante de tudo que (historicamente) já vimos no nosso país, não será o Poder Jurídico, que não só não está apto a resolvê-lo, como faz parte do problema, na medida em que, cada vez mais, aumenta a sua convivência com o desastrado, vexatório e desumano estágio em que chegamos. Na verdade, não há como depositar confiança em qualquer tipo de equacionamento endógeno. Eventual melhora substancial só pode ocorrer quando se colocar com precisão o dedo na ferida: o problema penitenciário não passa da ponta de um “iceberg”, embora bastante expressiva, do Estado de Exceção implantado (e nutrido diariamente) pelo próprio Poder Jurídico (juízes, membros do Ministério Público, policiais, agentes penitenciários etc.), assim como pelo sistema socioeconômico que nos governa, hoje (desde os anos 80) com conotação nitidamente ultraliberal, que significa neoliberalismo na economia e conservadorismo (hiperpunitivismo) no âmbito penal, com amplo apoio popular (populismo). Menos Estado na economia e mais Estado no campo penal. O Estado Social se ausenta para entronizar o absolutismo do Estado penal e penitenciário.

O mais grave em relação aos agentes públicos do sistema penal diz respeito à falta de *legitimidaded*as suas atividades (assim como a falta de ética). A legitimidade dos órgãos públicos está atrelada à tutela dos direitos fundamentais contemplados no ordenamento jurídico. Sem “exercício comprometido” (com os direitos humanos dos condenados e das vítimas) não há que se falar em legitimidade. Esse comprometimento é que não se vê, em geral, no que diz respeito à questão penitenciária, nos agentes do Poder Jurídico, especialmente nos juízes, que se escusam de mil maneiras, atribuindo a responsabilidade (pelo todo) a outras pessoas.

O sistema penitenciário faz parte do sistema penal e, por este último, como um todo, ninguém se diz responsável. A desarticulação entre os integrantes do sistema penal é mais do que evidente, o que nos permite colocar em questão até mesmo a existência de um “sistema”.

A polícia prende e entrega o suspeito ao juiz; o juiz, depois da tramitação do processo, o condena (quando há provas suficientes). Ocorre que esse juiz que condena não é o mesmo que executa a pena. O juiz que cuida da execução joga toda responsabilidade sobre os ombros do Poder Executivo, das leis mal feitas etc. Ou seja: ninguém se entende e ninguém assume responsabilidade pelo todo. Daí o questionamento: será que podemos realmente falar em “sistema” penal? Quem passa por todos os órgãos, evidentemente, é o preso, que é considerado e tratado como uma coisa, um objeto. Esse chamado “sistema penal” funciona como uma máquina que massacra os seus direitos assim como os das vítimas, que são totalmente

esquecidas, não conseguindo, em regra, nenhum centavo de indenização pelo delito praticado contra elas.

Os juízes, sobretudo, sabem perfeitamente o que estão fazendo, que estão mandando gente para lugares tidos como depósitos de coisas, de mercadorias. E tudo se passa como se o Estado de Direito não existisse. O Brasil já firmou praticamente todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas tudo parece que não passa de cartas de intenções (ou declarações da esperança). É como se não tivessem valor jurídico no interior do nosso país. Várias vezes os órgãos do sistema interamericano (Comissão e Corte) já condenaram o Brasil em razão dos maus-tratos aos presos. Mas nada muda significativamente (ou sistematicamente). Como se vê, é difícil imaginar que possa, nesse contexto, nascer alguma solução para o grave problema penitenciário, sempre focado (equivocadamente) como uma questão puramente jurídica. Cuida-se de uma séria questão política (de Estado, de civilização dos costumes, de evolução da espécie humana). A solução, como se nota, é exógena (tem que vir de fora do sistema jurídico).

Ex positis, não obstante ser contrário ao pensamento da maioria, espera-se pelo menos que, doravante, possa ser levado em consideração, por alguns, uma realidade tão menosprezada.

7 CONCLUSÃO

De fato, a questão está longe de ser pacífica, pois enquanto a máquina judiciária estiver sendo conduzida pela raça humana será relativa qualquer verdade que se queira demonstrar, pelo fato de haver multiplicidade de interesses contrapostos.

Demonstrou-se neste trabalho que, embora os interesses envolvidos se contraditassem (sociedade vs. delinquentes), cabe a nós analisar a verdadeira medida de justiça de forma imparcial, não entregando-nos aos extremos, ou seja, nem uma visão puramente repressiva e nem integralmente liberalista.

Para isto, expostos foram os devidos axiomas que permeiam a discussão, para alcançar uma conclusão não contaminada pela ignorância, nem tampouco viciada pelo anseio de vingança que reacendemos todas as vezes que nos deparamos com o descumprimento das regras de convivência humana.

Portanto, podemos concluir que, a melhor alternativa para a questão da liberdade provisória no atual cenário brasileiro, seria o amadurecimento jurídico sob uma visão constitucional mais ampla, inevitavelmente garantista, por sua vez.

Portanto, denota-se, com as razões apresentadas que as inafiançabilidades previstas da Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Penal, reluzem meramente a inadmissibilidade de fixação da fiança, nada mais e nada menos que isso!

Sendo certo que, conforme posicionamento do professor Renato Marcão, caso o legislador quisesse dizer algo além do que veio a prever, assim teria procedido de forma expressa, fato que não ocorreu. Bem como, com muita propriedade aduz o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal ao aduzir sobre a forma de interpretação do vocábulo, “sendo o Direito uma ciência, há de emprestar-se sentido técnico a institutos, expressões e vocábulos”.

Ora, deste modo, cabe a nós, futuros ou já operadores do direito, idealizar a melhor interpretação às normas jurídicas, de modo a dar efetivamente o que é de direito a cada cidadão brasileiro, na medida de sua proporção, o que nos faz perceber que, estas alterações não criaram uma nova ordem jurídica, mas sim, geraram um renascimento de letras normativas aparentemente mortas, o que é

muito mais especial e magnífico do que sua própria criação originária, ou seja, o renovo daquilo que se fez ultrapassado pelos desgastes do tempo em sua incansável necessidade de evolução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 13. Ed. rev. Atual. 2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do Código de Processo Penal, comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Saraiva. 1ª Edição, 3ª Tiragem. 2011.

CANÁRIO, Pedro. <http://www.conjur.com.br/2011-jul-23/numero-presos-cresce-indice-criminalidade-brasil>

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Editora Russel. 2008.

CINTRA, A. C de Araújo; GRINOVER, A. P; DINAMARCO, C. R, **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Malheiros. 20. Edição. 2004.

DELMANTO, Fabio Machado de A. **Medidas Substitutiva e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

DINIZ, Maria Helena, **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva. 1. Edição. 2. Tiragem. 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva. vol. 1, 18. Ed. 2002.

FERRI, Giovani. <http://www.direitolegal.org/artigos/desabafo-de-um-promotor-sobre-a-lei-12-4032011/>

FLACH, Norberto. **Prisão Processual Penal. Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2000.

GOMES, Luis Flávio; MARQUES, Ivan Luís, **Prisão e Medidas Cautelares, comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2. edição revista. 2011.

_____. <http://www.conjur.com.br/2012-fev-02/coluna-lfg-brasil-269-presos-100-mil-habitantes>

_____. <http://www.conjur.com.br/2012-mai-10/coluna-lfg-problema-carcerario-politico-nao-juridico>

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. Edit. Revista dos Tribunais; 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**: Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1991.

Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes (IPC-LFG).
<http://www.conjur.com.br/2012-jan-12/coluna-lfg-brasil-20-pais-violento-mundo>

JAKOBS, Gunther; **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

MARCÃO, Renato.
http://www.revistaclausulaspetreas.com.br/artigo_juridico/1786_Lei-n-1240311-o-art-310-do-CPP-e-a-inafianabilidade-na-visao-do-STF--Renato-Marcão?pagina=2

MESSA, Ana Flávia; **Prisão e Liberdade**. São Paulo: Editora Verbo Jurídico. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza; **Prisão e Liberdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3. Edição. 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 5. Edição, Editora Impetus, 2010.

PONTES, João Paulo Fernandes:
http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=7bd7edf5-f901-4abc-bddb-24f3b4268bc1&groupId=10136),

SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda, **Liberdade Provisória e Outras Medidas Cautelares**. São Paulo: Editora J.H Mizuno, 2011.

SUÁREZ ABREU, Rodrigo Augusto; **Psicologia Judiciária**. São Paulo: Edit. Book JV RIS. 2010.

TÁVORA, Nestor, **Código de Processo Penal para concursos**. Salvador: Editora Podivm. 2011.

_____; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Editora Podivm. 4. Edição. 2010.

JR, Aury Lopes; **Direito Processual penal e sua conformidade com a Constituição**; Edit. Lumen Juris; Pág. 63.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; **Curso de Processo Penal**; Edit. Lumen Juris, 10ª Edição; 2008; p.561.

ESTEFAM, André A. L.; MORAES, Alexandre R. A. de; CAPEZ, Fernando; SMANIO, Gianpaollo Poggio; GONÇALVES, Victor E. R.; **Inovações à Prisão Preventiva e às Medidas Cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011**; Edição APMP, 2011, p. 20, 34 e 38/40 e 60.