

LEANDRO ROTHGIESSER



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O princípio da presunção de inocência e a
constitucionalidade da vedação de liberdade
provisória segundo a jurisprudência do
Supremo Tribunal Federal**

por

LEANDRO ROTHGIESSER

Orientador: DIOGO MALAN

2009.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO - BRASIL

**O princípio da presunção de
inocência e a constitucionalidade
da vedação de liberdade provisória
segundo a jurisprudência do
Supremo Tribunal Federal**

por

LEANDRO ROTHGIESSER

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: DIOGO MALAN.

2009.2

À minha mãe, pelo amor e apoio incondicionais e pelo carinho inestimável .

À minha avó Josephina, cuja temperança e disposição em fazer escolhas difíceis me permitiram trilhar o caminnho até esta monografia.

A todos que, direta ou indiretamente, contrubuíram para a realização desta obra e para o meu engrandecimento como pessoa.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à minha mãe e ao meu irmão Bruno, fonte comum de minha força e de meu apoio para continuar percorrendo com ânimo a longa e espinhosa estrada da vida.

Ao meu professor-orientador, Diogo Malan, que com seus sábios ensinamentos e inigualável disposição em ler prontamente nos mínimos detalhes os escritos apresentados é responsável por todo o mérito do presente trabalho.

Aos meus amigos, Miguel Labouriau, João Fernando do Amaral e Pedro Vasques, cujo humor e descontração fizeram este cinco anos passarem muito mais rápido, e cuja inteligência me serviu de inspiração.

Ao ex-colega de estágio no Ministério Público, Jorge Barbur, interlocutor de profícuas discussões jurídicas e amigo de sinceridade desconcertante e distinto senso de humor.

Aos colegas e tutores do Programa de Educação Tutorial do curso de Direito (PET-Jur), responsáveis pelo amadurecimento de meu pensamento político e por calorosos debates que muito me engrandeceram como cidadão e estudioso do Direito.

A todos aqueles que ainda acreditam no caminho da legitimação do Direito Penal como instrumento de proteção de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito e que contribuíram, direta ou indiretamente, para meu crescimento pessoal e para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade trazer alguma luz ao debate da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória e às consequências das normas de inafiançabilidade estampadas na Constituição. A matéria perpassa alguns pontos cardeais do Direito Processual Penal brasileiro, como o princípio da presunção de inocência e a disciplina da prisão preventiva, e vem sendo alvo de ingentes divergências na Suprema Corte, bem como nos demais tribunais do país.

No decorrer da obra disponibilizar-se-á, através do estudo de melhor doutrina e dos mais emblemáticos julgados do Supremo Tribunal Federal, um arcabouço jurídico idôneo ao enfrentamento das delicadas questões que envolvem o tema da liberdade provisória. Procurar-se-á demonstrar que a legislação processual deve ser analisada sob o prisma da Constituição, não o contrário, e que as normas restritivas de direitos, ainda que constantes da Lei Maior, devem ser interpretadas de forma estrita, e jamais extensivamente. Com isso, quer-se demonstrar que o direito fundamental à liberdade provisória possui maior amplitude do que o instituto da fiança, que se refere a apenas uma das espécies de liberdade provisória, e não ao seu gênero.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal Direito Penal Presunção de Inocência
Prisão Processual Liberdade Provisória Fiança Inafiançabilidade
Hermenêutica Constitucional Divergências no Supremo Tribunal
Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
 CAPÍTULO 1 – O princípio da presunção de inocência.....	11
1.1 Histórico.....	11
1.1.2 A ascensão do pensamento liberal e a presunção de inocência como ponto fulcral da limitação do poder do Estado	13
1.1.3 Evolução história da presunção de inocência no Brasil.....	17
1.2 A presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro.....	18
1.2.1 O conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência.....	21
1.2.1.1 A presunção de inocência como regra probatória.....	21
1.2.1.2 A presunção de inocência como regra de tramento: vedação à exposição vexatóriado acusado.....	23
1.2.1.3 A presunção de inocência como regra de tramento: excepcionalidade e cautelaridade de medidas restritivas de direito anteriores à condenação irrecorrível.....	24
1.2.1.4 A presunção de inocência como regra de garantia.....	26
1.3 A presunção de inocência e princípios correlatos.....	27
1.4 A presunção de inocência em documentos internacionais.....	28
 CAPÍTULO 2 – Prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.....	32
2.1 Prisão preventiva e sua instrumentalidade.....	32
2.2 Principiologia regente da aplicação do instituto da prisão preventiva conforme os ditames constitucionais.....	36
2.3 A inconstitucionalidade da prisão preventiva com base na garantia da “ordem pública”.....	40
2.4 A prisão processual no Direito Processual Penal: mudanças e perspectivas...47	
2.4.1 A abolição do instituto da prisão preventiva obrigatória.....	47
2.4.2 A prisão preventiva na legislação projetada recente e no Código de Processo Penal Modelo para a Íbero-América.....	48
2.4.3 A prisão preventiva no Pacto de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos.....	54

2.5 Prisão em flagrante.....	56
------------------------------	----

CAPÍTULO 3 – Liberdade Provisória.....59

3.1 Introdução.....	59
3.2 Natureza jurídica da liberdade provisória.....	62
3.3 Criação de vínculos entre o acusado e o processo.....	63
3.4 Liberdade provisória obrigatória e permitida: inexistência da classificação e obrigatoriedade da concessão diante do preenchimento dos requisitos legais.....	64
3.5 Liberdade plena: casos em que o acusado se “livra solto”	67
3.6 Liberdade provisória com fiança.....	68
3.7 Liberdade provisória sem fiança por força da pobreza do acusado.....	69
3.8 Liberdade provisória sem fiança por exclusão de ilicitude.....	70
3.9 Liberdade provisória sem fiança em decorrência da inexistência de finalidades cautelares.....	73
3.10 A liberdade provisória nos anteprojetos Carvalhido e Pellegrini.....	76
3.11 A liberdade provisória no Código de Processo Penal Modelo da Ibero-América.....	79

CAPÍTULO 4 - Das consequências da inafiançabilidade e da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória.....82

4.1 Introdução.....	82
4.2 O esvaziamento do instituto da fiança.....	83
4.3 Diferentes visões das consequências da inafiançabilidade no ordenamento jurídico atual.....	84
4.4 A inafiançabilidade segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	91
4.5 Da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória.....	93
4.5.1 Diplomas legais que vedam a concessão de liberdade provisória.....	94
4.5.2 A conformidade constitucional da vedação legal de liberdade provisória para a doutrina.....	97
4.6 Da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória para o Supremo Tribunal Federal.....	103
4.6.1 Jurisprudência do Supremo: vedação à liberdade provisória no Estatuto do Desarmamento.....	103

4.6.2 Jurisprudência do Supremo: vedação à liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos e Lei de Drogas.....	106
4.6.2.1 Jurisprudência do Supremo: pronunciamentos favoráveis à constitucionalidade da vedação à liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos e Lei de Drogas.....	106
4.6.2.2 Jurisprudência do Supremo: pronunciamentos favoráveis à inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos e Lei de Drogas.....	112
CONCLUSÃO.....	120
BIBLIOGRAFIA.....	126

SIGLAS E ABREVIATURAS

art – artigo

ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

CF – Constituição Federal

CNH – Carteira Nacional de Habilitação

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CP – Código Penal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CPP – Código de Processo Penal

CSI – Coordenadoria de Segurança e Inteligência

CSMPF – Conselho Superior do Ministério Público Federal

Dec. – Decreto

DETRAN – Departamento Estadual de Trânsito

DJ – Diário da Justiça

Dje – Diário de Justiça Eletrônico

ed. – Editora

GAP – Grupo de Apoio aos Promotores

GATE – Grupo de Apoio Técnico Especializado

HC – *Habeas Corpus*

IBOPE – Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística

Inq. – Inquérito

Lcp – Lei Complementar

MC – Medida Cautelar

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

MPES – Ministério Público do Estado do Espírito Santo

MPF – Ministério Público Federal

MPRJ – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

p. – página

PGJ – Procurador-Geral de Justiça

PIP – Promotoria de Investigação Penal

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

Resp – Recurso Especial

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

v. – volume

Introdução

Na áspera tarefa de reunir e debater os argumentos favoráveis e desfavoráveis à conformação constitucional da vedação legal de liberdade provisória, bem como as consequências da inafiançabilidade, faz-se mister a detida análise dos temas que, servindo de base à discussão proposta, evidenciam-se imprescindíveis à compreensão do tema em toda a sua complexidade.

No primeiro capítulo, dedicado ao princípio da presunção de inocência, far-se-á um breve apanhado histórico do preceito, não apenas pelo valor de se estudar a sua evolução, mas principalmente para se demonstrar quantas lutas, esforços e transformações político-sociais, levadas a cabo durante séculos, foram necessárias para a sua consagração. Em seguida, confirmando a ideia de que os princípios constitucionais não são meras declarações de intenção, mas sim verdadeiras normas, abordam-se os desdobramentos do princípio sob as suas diferentes formas, quais sejam, de regra probatória, regra de tratamento e regra de garantia. Encerra-se o capítulo com a diferenciação da presunção de inocência de outros princípios que com ela poderiam se confundir e com a indicação dos documentos internacionais, incorporados ou não pelo Direito brasileiro, nos quais o princípio da manifesta.

No segundo capítulo propomo-nos a deslindar o instituto da prisão preventiva, expondo seus princípios regentes e coligindo argumentos das mais diversas ordens no tocante à custódia cautelar fundada na garantia da “ordem pública”. Demonstra-se então como a expressão, semanticamente aberta, dá azo a variadas interpretações, a depender do maior ou menor apreço do intérprete pelas liberdades. Deste tema partimos para o estudo de dois anteprojetos de Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Modelo para a Íbero-América, aferindo como cada um deles abordou os problemas supramencionados. Não se deixa, nesta mesma esteira, de

perquirir a disciplina da prisão preventiva em documentos internacionais incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo tem por objeto o instituto da liberdade provisória. Procurou-se realizar uma ampla abordagem do instituto para estabelecer um arcabouço teórico e doutrinário adequado ao enfrentamento dos diversos problemas que o cercam na prática do Direito hodierno. Neste diapasão, estuda-se desde a natureza do instituto até seus diferentes regimes constitucionais e legais, passando-se pela divergência acerca da amplitude da discricionariedade do juiz. À derradeira, pesquisa-se o regramento conferido ao instituto pelos anteprojetos para o novo Código de Processo Penal e pelo Código de Processo Penal Modelo para Íbero-América.

No quarto capítulo, valemo-nos dos conhecimentos hauridos na redação dos capítulos anteriores para enfrentar temas que suscitam profundas divergências, dando ensejo neste momento a calorosas discussões nos tribunais brasileiros. No que se refere ao mandamento constitucional de inafiançabilidade de certos delitos, reunimos teses doutrinárias favoráveis e contrárias à ideia de que dele deriva também a proibição de liberdade provisória sem fiança. Ato contínuo, compulsamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para constatar que lá vem predominando entendimento diverso ao da doutrina majoritária. Mesma metodologia foi utilizada na pesquisa das variegadas correntes existentes acerca da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória, revelando-se neste caso, porém, uma divisão muito mais nítida entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, o que reflete a complexidade do tema.

O autor do presente trabalho monográfico espera, ao final, ter fornecido ao leitor uma estrutura argumentativa idônea à abordagem dos delicados temas que dizem respeito à presunção de inocência e à liberdade provisória. Busca assim trazer alguma contribuição ao estudo do Direito Processual Penal, área do conhecimento humano extremamente instigante posto que concernente ao valor que mais incita lutas e paixões, a liberdade.

Capítulo 1 - O princípio da presunção de inocência

1.1 Histórico

1.1.1 Do regime de provas para o sistema de inquérito e a presunção de culpabilidade

Desde os primórdios, enfrentaram os agrupamentos humanos o desafio de elucidar e punir os desvios, assim entendidas as condutas que de alguma forma violavam valores cultivados pelo grupo social. Historicamente, os atentados contra os valores reputados mais importantes, cuja preservação se acreditava essencial à existência do agrupamento, deram ensejo às punições mais severas.¹ As sanções aplicadas variaram muito de cultura para cultura, mas, durante a maior parte da história da humanidade, independentemente do grupo social em análise, a regra foi a extrema precariedade dos métodos de investigação.

Michel Foucault, em análise consistente dos métodos de elucidação de desvios ao longo do tempo², relata como a autoria de um delito poderia ser determinada pelo fato de um indivíduo conseguir caminhar sobre brasas sem ferir os pés ou lograr sobreviver após ser jogado em um rio caudaloso com mãos e pés amarrados. Outros sistemas havia em que alguém poderia provar sua inocência reunindo um certo número de testemunhas que jurassem reconhecer seu valor, ainda que nenhuma delas tivesse presenciado o fato ou soubesse de qualquer informação que lhe dissesse respeito.

Foucault explora as diferentes maneiras de produção da verdade, partindo do regime de provações e chegando ao sistema de inquérito. Muitas transformações políticas se sucederam até que se chegasse à conclusão de que a verdade deveria ser descoberta não pela submissão do

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 10^a edição. 2006. Saraiva. p. 35 a 38.

² FOUCAULT, Michel. A verdade de as formas jurídicas. 2^a edição. Nau Editora. 1999, capítulo III.

acusado a um teste físico, a uma provação, e nem por provas genéricas de sua reputação social, mas sim por uma investigação dos fatos. Centralizado o poder de solucionar conflitos nas mãos do soberano e passando este a se envolver no conflito, lógico se mostrava que o regime de provações deveria ser substituído. Afinal, conforme ensina Foucault, o soberano não estava disposto a se submeter a uma prova, como a de caminhar em brasas ou a de ser lançado em um rio, sempre que tomasse partido em um litígio³.

Desta forma, diante da necessidade de racionalização dos métodos de elucidação de desvios e, mais importante, por força dos fatores de conveniência política, a verdade acerca de um crime começou a ser investigada por meio do inquérito:

“(...) o procurador do Rei vai fazer o mesmo que os visitantes eclesiásticos faziam nas paróquias, dioceses e comunidades. Vai procurar estabelecer por inquisitio, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem o cometeu”⁴.

O advento do inquérito não levou, porém, à criação de um sistema protetor dos direitos do acusado. Muito ao revés, as estruturas punitivas do fim da Idade Média e da Idade Moderna seguiam um modelo extremamente autoritário, no qual a principal finalidade era satisfazer aos interesses do Estado, não se considerando o acusado como um sujeito de direitos⁵. Neste momento histórico, conhecido como “período da inquisição”, não havia direito ao contraditório nem à ampla defesa e a tortura era amplamente admitida, correspondendo a confissão a prova de valor absoluto. Uma única pessoa exercia as atividades de investigar, acusar e julgar, o que logicamente comprometida em absoluto sua imparcialidade. A presunção existente era a de culpabilidade, como bem expressa Ricardo Alves Bento:

3: “(...) compreende-se que a liquidação judiciária não pode mais ser obtida pelos mecanismos da prova. O rei ou seu representante, o procurador, não podem arriscar suas próprias vidas ou seus próprios bens cada vez que um crime é cometido” (FOUCAULT, Michel. A verdade de as formas jurídicas. 2ª edição. Nau Editora. 1999. p.67).

⁴ FOUCAULT, Michel. A verdade de as formas jurídicas. 2ª edição. Nau Editora. 1999. p.71

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 10ª edição. 2006. Saraiva. p. 47

*“Ao contrário dos ditames constitucionais existentes no Estado Democrático de Direito atual, existia a presunção da culpabilidade, onde o infrator da norma penal, tipificada enquanto crime era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célere (...) Este procedimento de presumir, mesmo antes da instrução, que o cidadão é considerado culpado, é uma das principais características da Inquisição”.*⁶

Os processos podiam correr inteiramente em sigilo, não sendo sua existência conhecida nem mesmo pelo acusado. Quando colocado sob o poder das autoridades, não era presumido inocente, de modo que no mais das vezes a sua própria inquirição já se confundia com a aplicação da pena, no que ficou conhecido como regime dos suplícios, descrito com excelência por Michel Foucault.⁷ O Estado tinha então o direito de torturar e matar ao seu bel prazer os indivíduos sob a sua jurisdição sem a necessidade de antes comprovar qualquer coisa, seja a autoria do crime ou a própria existência de um desvio.

1.1.2 A ascensão do pensamento liberal e a presunção de inocência como ponto fulcral da limitação do poder do Estado

Mesmo com a sofisticação dos métodos de investigação, não demorou para que se percebesse que a punição nem sempre recaía sobre o verdadeiro autor do desvio, ou, ainda mais grave, que por vezes a sanção era imposta sem sequer ter de fato ocorrido um desvio. Para que esta constatação se traduzisse em ação política idônea a transformar o sistema punitivo, porém, foram necessários muitos séculos de mudanças e derramamento de sangue.

Como se sabe, por volta do fim da Idade Moderna, se encontrava em franca ascensão a classe conhecida como burguesia, que, ciente do poder que então passava a deter, começou a reivindicar mais direitos, revoltando-se contra os arbítrios e desmandos do Estado, dirigido pela nobreza. Não

⁶ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. Edição única. Quartier Latin. 2007, p.31/32.

⁷ Foucault, Michel. Vigiar e Punir. 25ª edição. Ed. Vozes. 2002. Capítulo I.

cabe nesta monografia adentrar nos pormenores deste processo, mas fato é que com a ascensão da burguesia vieram à tona também os ideais liberais e iluministas de limitação do poder do Estado, que até então podia matar e torturar livremente seus súditos e confiscar seus bens a qualquer momento, dentre outras arbitrariedades.

Neste sentido, foi extremamente importante a obra “Dos delitos e das penas”, de Cesare Bonesana. Nesta, propugnava o autor de forma pioneira pela completa transformação do sistema punitivo, cercando de forma objetiva os poderes do Estado na sua atividade de persecução criminal de forma a garantir que inocentes não seriam punidos e que culpados o fossem com a observância de valores humanistas. Ricardo Alves Bento destaca com proficiência o valor da obra:

*“Um dos principais marcos para a migração da presunção de culpabilidade para a humanização dos procedimentos foi feita por Cesare Bonesana – Marquês de Beccaria – em sua obra ‘Dos delitos e das Penas’, tendo sido a primeira reação contra os processos inquisitórios.”*⁸

Os trabalhos de Cesare Bonesana foram de extrema relevância para uma Europa caracterizada pela ascensão da burguesia e pelo Iluminismo, uma vez que, além de propor a limitação da atuação do Estado, correspondia a uma enorme tentativa de racionalização do exercício de seu poder punitivo. Não é de se admirar, portanto, que a obra tenha sido alvo de incontáveis elogios de pensadores como Voltaire, que chegou a chamá-la de “Código da Humanidade”⁹. Dentro deste contexto, a presunção de inocência figurava como marco inafastável de uma persecução penal adequadada aos ideais liberais e iluministas, conforme se depreende das palavras de Bonesana:

“A um homem não se pode chamar de culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe a sua protecção pública, senão a partir do

⁸ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. Edição única. Quartier Latin. 2007, p.33

⁹ FERNANDES, Casas. Voltaire Criminologista, 1931, p. 27, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 10ª edição. 2006. Saraiva. p. 48

*momento em que for decidido que ele violou os pactos por intermédio dos quais ela lhe foi concedida. Qual é, pois, o direito, se não o da força que dá potestas ao juiz para impor uma pena a um cidadão enquanto há dúvidas se é réu ou inocente? (...) não se deve atormentar um inocente, pois ele é, segundo a lei, um homem cujos delitos não estão provados”.*¹⁰

A partir de Cesare Bonesana, ganhou força o entendimento de que as estruturas punitivas não estão isentas da possibilidade de erro, tornando-se necessária, para a própria legitimação do poder de punir perante a sociedade, a criação de uma série de mecanismos que garantiriam que o castigo adviria apenas contra aquele que efetivamente praticou um fato desviante.

Com as Revoluções Burguesas do século XVIII e a consagração dos ideais iluministas, observou-se que a possibilidade de equívoco na administração das punições seria ainda mais reduzida se fosse conferido ao suspeito o direito de contraditar os argumentos da acusação, e mais ainda se, enquanto isto, não pudesse sofrer nenhuma das sanções aplicáveis por direito ao autor do desvio. Em outras palavras, o processo penal moderno, com todos os seus princípios liberais, viria a reduzir a um mínimo aceitável a margem de erro da estrutura punitiva oficial, cercando o cidadão de uma série de garantias que sanariam parcialmente o problema da dissimilitude de forças entre o Estado e o acusado.

Conforme explica Monica Ovinsky de Camargo¹¹, mais do que por um ideal humanista, estabeleceu-se este sistema graças a uma imposição política de legitimação do sistema penal através da disseminação da crença de que não puniria inocentes, mas tão-somente culpados.

Desta forma, emerge o princípio da presunção de inocência como a garantia máxima conferida a todo indivíduo de que sobre ele não recairá a violência estatal antes que a sua culpa tenha sido amplamente comprovada

¹⁰ BONESANA, Cesare. Dos delitos e das penas. Ed. Martins Fontes. 1991. p.34.

¹¹ “A crença propagada era a de que, caso um inocente fosse acusado, jamais seria ele condenado. A justiça punitiva existia contra os culpados e não contra os inocentes. E a tarefa de incutir nos indivíduos a segurança desse novo sistema estava nas mãos dos juristas clássicos, empenhados em tornar essa promessa uma realidade. (...) Os indivíduos colaborariam com a justiça exatamente porque estavam confiando no sistema e no Estado que a produzia. O Estado e a justiça punitiva passaram a ser considerados uma necessidade para a vida em sociedade”. (OVINSKI DE CAMARGO, Mônica. Princípio da presunção de inocência no Brasil, edição única, Lumen Juris, 2005, p. 35).

através do devido processo, no qual terá a chance de conhecer todos os pormenores da acusação e de se defender adequadamente.

Tal ideia apareceu, ainda que de forma bastante incipiente, na Declaração de Virgínia de 1766, inspirada em James Madison e John Locke, entre outros. Por mais que ainda não deixasse expresso o princípio em comento, a declaração já caminhava no sentido de incorporá-lo, como explica Ricardo Alves Bento:

“Ainda se pode concluir que já existia uma priorização, para não se partir de uma presunção absoluta de culpabilidade do cidadão, havendo um abrandamento de norma, pela presunção, de que possivelmente o cidadão possa ser inocente de imputações feitas em face de sua pessoa”.¹²

Mas a verdadeira consagração do princípio da presunção de inocência se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, marco do ideal dos revolucionários franceses de impedir os abusos e atrocidades do poder estatal. A positivação da presunção de inocência em tal documento reflete o pensamento liberal então dominante e que viria a fundar uma ideologia de valorização dos direitos fundamentais do homem frente ao Estado. Assim dizia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 9º:

“Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado a efectuar, deve ser severamente reprimido pela lei”.

Antônio Castanheira Neves¹³ reconhece a importância da sobredita declaração, consequência da Revolução Francesa, para o estabelecimento de diretrizes totalmente diferentes para o processo penal, vedando-se a tortura e consagrando-se o direito à defesa.

¹² ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. Edição única. Quartier Latin. 2007, p.37

¹³ “(...) proclamava no artigo 9º o princípio da ‘presunção de inocência’ até prova em contrário – princípio este que visava abolir a atitude contrária sobretudo na medida em que ela, se concorria para o uso da tortura, também conduzia a cercear a possibilidade de defesa do arguido, pois na base de uma prévia convicção de culpabilidade fácil era ver em quaisquer atividades de defesa apenas manobras impeditivas da ação repressiva”. (NEVES, Castanheira. Sumários de Processo Criminal, p.26, *apud* Fernando da Costa Tourinho, Manual de Processo Penal. 3ª ed.. Saraiva, 2001, p.133).

A partir daí, e principalmente ao longo do turbulento século XX, inúmeros documentos internacionais passaram a consagrar expressamente o princípio da presunção de inocência, destacando-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, sobre a qual ainda falaremos, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000.

1.1.3 Evolução histórica da presunção de inocência no Brasil

Como é notório, o Brasil foi marcado ao longo do século XX por um Direito de cunho extremamente autoritário, o que não surpreende se considerarmos que o país amargou dois longos períodos ditatoriais, o Estado Novo e o regime militar. Foi durante o primeiro que se editou o Código de Processo Penal vigente, de inspiração fascista e baseado na supremacia do interesse público sobre as garantias individuais.

Neste cenário, não se mostrava muito fértil o terreno para o florescimento do princípio da presunção de inocência. Um esboço deste começou a ser desenhado no ordenamento pátrio apenas quando o Brasil se tornou signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assim dispunha em seu artigo 11.1:

‘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’.

A partir de então a jurisprudência começou, de forma paulatina, a incorporar alguns princípios liberais do Direito Processual Penal brasileiro. Sobre o célebre documento internacional em comento, dispõe Monica Ovisnki de Camargo:

“A DUDH, de 1948, foi o primeiro documento adotado pelo Brasil que expressou a presunção de inocência, e nisso reside sua fundamental

*importância assumida neste trabalho, marco introdutório da questão em solo nacional”.*¹⁴

Depois disto, a presunção de inocência só viria a ser consagrada em nosso ordenamento jurídico interno, desta vez de forma expressa e no topo da hierarquia jurídica, no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Nos termos do que nos ensina Ricardo Alves Bento, porém, isto não impediu que a jurisprudência, em maior ou menor grau sensível às tendências liberais do Direito Processual Penal, aplicasse a presunção de inocência com base nos demais princípios atinentes à matéria:

*“O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade só foi introduzido, de forma expressa, no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988. Em nossas anteriores Cartas Políticas, o princípio da presunção de inocência já vinha sendo aplicado, ainda que de maneira acanhada, em decorrência dos princípios do contraditório (onde as partes têm igualdade processual, inexistindo qualquer vantagem para a acusação) e ampla defesa (onde se confere a faculdade de se acompanhar os elementos de convicção apresentados pela acusação e de produzir o que lhe pareça conveniente e útil para demonstrar a improcedência da imputação), contemplados no Direito Processual Penal.”*¹⁵

Posteriormente à consagração constitucional do princípio, tivemos ainda a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, de modo que, conforme se demonstrará ao final do capítulo, temos hoje duas normas vigentes em nosso ordenamento jurídico que consagram expressamente o princípio da presunção de inocência.

1.2 A presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

Assim estatui a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º:

¹⁴ OVINSKI DE CAMARGO, Mônica. Princípio da presunção de inocência no Brasil, edição única, Lumen Juris, 2005, p. 126.

¹⁵ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. Edição única. Quartier Latin. 2007, p.46

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Como se sabe, os princípios constitucionais não correspondem a mera tomada de posição política pelo constituinte, nem a sugestões dirigidas ao legislador, consistindo em verdadeiras normas. Sendo normas, explica Marco Antonio Marques da Silva¹⁶, apresentam um conteúdo de observância obrigatória, restando inquinada do vício da inconstitucionalidade qualquer decisão judicial cujas disposições contrariem os comandos principiológicos.

Se depreende da leitura da norma constitucional em comento que a Lei Maior não consagrou propriamente uma presunção de que o réu é inocente. Pela interpretação literal do texto constitucional temos, em verdade, uma presunção de não culpabilidade. Conforme pontua André Nicolitt¹⁷, um leitor pouco atento ou não muito afeito à preservação dos direitos fundamentais poderia concluir que até o trânsito em julgado o réu não é inocente, mas apenas “não-culpado”, algo totalmente rejeitado pela doutrina atual, para a qual, se não é culpado, é porque é considerado inocente.

Luiz Flávio Gomes demonstra como o entendimento de que o réu não é somente “não-culpado” esvazia o conteúdo do princípio da presunção de inocência, revelando a origem fascista do mencionado escólio:

“Cuida-se de uma postura que vê o imputado numa situação ‘neutra’, é dizer, nem é culpado nem é inocente. É um imputado (ou indiciado). Essa linha de argumentação (antiliberal) deriva, como vimos, da Escola Técnico-Jurídica.

¹⁶ “Os princípios que norteiam os direitos e garantias previstos na Carta Magna são as linhas mestras que estabelecem os limites da atuação do Estado na sociedade contemporânea”. (Marco Antonio Marques da Silva in ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. Edição única. Quartier Latin. 2007. Prefácio.)

¹⁷ “Em função deste debate, muitas constituições deixaram de se utilizar da expressão presunção de inocência, adotando a fórmula ‘não será considerado culpado’. (...) Por tal razão, passaram alguns a entender a consagração de um princípio da “presunção de não culpabilidade”, vendo no imputado uma espécie de neutralidade: nem seria culpado, tampouco inocente, o que encontra raízes na escola técnico-jurídica, de inspiração fascista. A doutrina contemporânea, todavia, não faz distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, ao argumento de que, se não é considerado culpado, só resta ser considerado inocente”. (NICOLITT, André. As subversões da presunção de inocência, edição única, Lumen Juris, 2006, p. 61).

*Sua base política deita raízes no fascismo, que jamais podia aceitar ou permanecer indiferente ao símbolo antiautoritário que representa a presunção de inocência”.*¹⁸

Como nos alerta Alexandra Vilela¹⁹, se admitíssemos a interpretação de que somos todos “não culpados” até a condenação irrecorrível ao invés de efetivos “inocentes”, perderia o princípio da presunção de inocência boa parte de sua importância na defesa dos direitos fundamentais. Afinal, a afirmação de que todos os cidadãos têm o mesmo direito à liberdade até que o cerceamento deste seja expressamente determinado por título condenatório irreformável restaria estéril, porque diferenciar-se-ia o “cidadão comum” do “suspeito”. Fato é que muitos defenderiam toda uma sorte de medidas antecipatórias da punição alegando que o acusado é apenas um “não culpado”, e não um verdadeiro inocente.

Em que pese o nome do princípio, a maior parte dos autores vêm afirmando não haver qualquer presunção, mas sim um estado de inocência, determinando a Constituição que este só será desconstituído com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Fato é, portanto, que até a condenação irrecorrível, enquanto goza do *status* de inocente, não pode o réu sofrer nenhum dos efeitos incidentes sobre a pessoa daquele que o Direito já considera culpado. Neste sentido, os escritos de Luiz Flávio Gomes:

“Tampouco pode-se sustentar que o preceito constitucional (art.5º, inc. LVII) configure uma ‘norma de presunção’, visto que essa exige: previsão em lei positiva, caráter processual, com repercussões probatórias e enlace entre si de duas afirmações, antecedente e consequente, as quais devem ser qualitativamente distintas. No nosso texto constitucional aqui analisado não temos o último requisito da norma de presunção, isto é, não existe nenhum

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais. 1998, p.105.

¹⁹ “(...) Partilham este entendimento autores como Illuminati, para quem a formulação do n. 2 do artigo 27º da Constituição italiana representa uma solução de compromisso, não tendo qualquer utilidade distinguir entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, entendendo também que fazer esta distinção é entrar por uma estrada duvidosa, correndo-se o risco de reduzir o princípio a uma inconcludente enunciação retórica, em que o acusado, de presumível inocente, passa a ser considerado não culpado, resultando, daqui, que uma noção extremamente clara e historicamente consolidada acabaria por se desagregar de significado.” (VILELA, Alexandra. Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal. Coimbra Editora, 2000. p.105).

vínculo entre duas afirmações qualitativamente distintas. Existe, isso sim, uma só afirmação, que não é deduzida de nenhuma outra.”²⁰

1.2.1 O conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência

Da simples determinação constitucional acima aludida derivam complexos e variados desdobramentos normativos. A doutrina converge para a conclusão de que, de forma geral, são três as consequências normativas diretas da consagração do princípio da presunção de inocência. André Nicolitt indica quais são elas:

“Daí extraímos certo relevo em proceder nossa análise sob a ótica de tal princípio, uma vez que este possui três faces, ou três dimensões, ou seja, atua como regra probatória, regra de tratamento e regra de garantia.”²¹

1.2.1.1 A presunção de inocência como regra probatória

Como regra probatória, determina o princípio da presunção de inocência que o ônus de comprovar a materialidade e a autoria do delito cabe exclusivamente à acusação e que, ao final, em caso de dúvida, deve prevalecer o *ius libertatis* do réu sobre o *ius puniendi* do Estado. Antônio Magalhães Gomes Filho²² resume da seguinte forma as consequências da presunção de inocência como regra probatória: o ônus da provar recai sobre a acusação; os fatos criminosos devem ser efetivamente comprovados, não bastando a refutação dos argumentos de defesa do acusado; a comprovação deve observar os ditames da Lei; o acusado não pode ser obrigado a cooperar com o processo.

Tais deduções são de fácil inferência: se o réu só pode ser considerado culpado após a condenação definitiva, antes disto ele é, por

²⁰ Gomes, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais. 1998, p.108.

²¹ NICOLITT, André. As subversões da presunção de inocência, edição única, Lumen Juris, 2006, p. 60.

²² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição De 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Revista do Advogado. AASP. N.º 42, abril de 1994, p.31.

força do princípio constitucional em estudo, inocente, não precisando provar um estado em que já se encontra. Quem deve desconstituir o estado de inocência é a acusação, apresentando e provando não apenas os fatos constitutivos do direito de punir, mas também a ausência de eventuais fatos impeditivos ou extintivos apontados pelo réu. Falhando a acusação em provar cabalmente a culpa do réu, conclui-se que não logrou êxito em desconstituir o seu estado de inocência, devendo o Estado-juiz absolvê-lo. Em última análise, deriva o *in dubio pro reo* do princípio da presunção de inocência. Luiz Flávio Gomes assim resume as ideias acima expostas:

*“(...) as partes acusadoras são as obrigadas a alcançar o convencimento do juiz sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado; (...) a prova, no entanto, deve ser suficiente para convencer o juiz, valendo o princípio do in dubio pro reo.”*²³

Ainda acerca da presunção de inocência como regra probatória, frisa Jaime Vergas Torres²⁴ que o acusado absolvido com base no *in dubio pro reo* não deve ser diferenciado, sob nenhum aspecto, daquele que provou em juízo que o fato não era criminoso ou que não o tinha praticado. Em outras palavras, na dúvida deve-se absolver o réu, não sendo este então considerado um “inocente formal”, ou “inocente por falta de provas”, mas simplesmente “inocente”, assim como todos os demais que não têm seu estado de inocência desconstituído por sentença penal condenatória transitada em julgado. Não poderia ser diferente, já que ou o *status* de inocência foi afastado ou não foi, não se admitindo, conforme já colocado, a criação de qualquer estado intermediário entre “inocente” e “culpado”.

²³ GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais. 1998, p.113

²⁴ “A diferença entre uma e outra solução tem consequências práticas. O *in dubio pro reo* permite distinguir duas classes de absolvições: as produzidas com aplicação do ‘benefício da dúvida’, por um lado, e as derivadas da certeza da inocência obtida dentro do processo, por outro. A presunção de inocência não permite tal distinção: todas as absolvições descansam na certeza da inocência do acusado.” (TORRES, Jaime Vegas. Presunción de inocencia y prueba em El proceso penal, edição única, Lumen Juris, 1993, p. 209).

1.2.1.2 A presunção de inocência como regra de tratamento: vedação à exposição vexatória do acusado

André Nicolitt²⁵ nos ensina que o princípio da presunção de inocência, sob a forma de regra de tratamento, exige, antes de mais nada, que o réu, embora suspeito de um crime, receba do Estado o mesmo tratamento físico, moral e social que um inocente receberia. Isto significa que o acusado não pode, pelo simples fato de responder a um processo criminal, ser exposto à execração pública. Vejamos as palavras de André Nicolitt sobre o tema:

Tal regra adquire especial importância face ao estardalhaço feito pela mídia diante de certos delitos e à possibilidade constitucionalmente prevista de decretar segredo de justiça para preservar a intimidade das partes processuais.

Com base nisto não se pode justificar, porém, a supressão da liberdade de imprensa, conquista histórica da sociedade livre, mesmo porque quem não pode considerar alguém culpado antes da sentença final é o Estado, não se vedando que antes disso os particulares emitam juízos acerca do caso de acordo com suas convicções. Pensamento diferente resultaria em estarrecedor cerceamento à liberdade de expressão. Vejamos o que diz Luiz Flávio Gomes sobre o tema:

*“(...) como regra de tratamento, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações, práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar, etc.”*²⁶

²⁵ “(...) Primeiramente, atua como uma regra de tratamento; assim, embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral, nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo.” (NICOLITT, André. As subversões da presunção de inocência, edição única, Lumen Juris, 2006, p. 62/63).

²⁶ Gomes, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais. 1998, p.114

1.2.1.3 A presunção de inocência como regra de tratamento: excepcionalidade e cautelaridade de medidas restritivas de direito anteriores à condenação irrecorrível

A principal consequência da presunção de inocência como regra de tratamento é a exigência de que o réu não seja submetido a quaisquer medidas coercitivas desnecessárias para o bom desenvolvimento do processo, conforme nos leciona Luiz Flávio Gomes:

*“(...) como regra de tratamento, a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva sejam utilizadas como castigos, isto é, que, mais além de sua finalidade de asseguramento do escopo processual, sejam utilizadas para infligir ao acusado, antecipadamente, a pena.”*²⁷

Nos termos do que nos explica Marco Antonio Marques da Silva²⁸, se o acusado é inocente até que tal estado seja desconstituído pela condenação definitiva, não pode ser submetido a punições ou quaisquer restrições aplicáveis àqueles contra os quais já existe sentença condenatória irrecorrível.

Isto implica na rigorosa excepcionalidade do instituto da prisão preventiva, instrumento a que se deve recorrer apenas em último caso e em caráter estritamente cautelar, e no direito de apelar em liberdade da sentença de primeiro grau. Medidas restritivas de direitos como a quebra do sigilo bancário e telefônico e o uso de algemas também devem, pelo princípio vertente, observar os critérios da necessidade e da excepcionalidade. Luiz Flávio Gomes assim coloca:

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais. 1998, p.115

²⁸ “ (...) a proclamação constitucional da presunção de inocência enquanto regra de tratamento ao suspeito, ratifica a dignidade humana, como paradigma basilar de um Estado Democrático de Direito, refletindo como inadmissível qualquer punição antecipada ou outra medida que importe em reconhecimento prévio de sua culpabilidade”.(Marco Antonio Marques da Silva in ALVES BENTO, Ricardo.Presunção de Inocência no Processo Penal. Edição única. Quartier Latin. 2007. Prefácio.)

“Por força da regra de tratamento, ademais, todas as medidas coercitivas antes ou durante o processo só se justificam quando há extrema necessidade fundada em fatos concretos. Viola-se este aspecto da presunção de inocência quando se prevê prisão automática (art.594 do CPP, por exemplo), prisão por força de lei (prisão não fundamentada enquanto pendente recurso especial ou extraordinário), etc.”²⁹

O ministro Celso de Mello tem se destacado no Supremo Tribunal Federal como rigoroso defensor do *status* de inocência do réu quando da análise da legalidade das medidas coercitivas anteriores à condenação definitiva, transcrevendo-se a seguir excerto de ementa em que afirma a presunção de inocência como regra de tratamento e discorre com propriedade sobre o referido princípio:

"HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSTA INSEGURANÇA E INTRANQUILIDADE DAS TESTEMUNHAS E NA AFIRMAÇÃO DE QUE A PRISÃO CAUTELAR SE JUSTIFICA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - (...) A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL.

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 indigitado como grave, 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. 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 consequências, 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.³⁰

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais. 1998, p.115

³⁰ STF, HC 93.352/RJ, rel. min. Celso de Mello, DJ 06/11/2009. Destaques acrescentados.

É notório ainda que existem muitos casos nos quais, em que pese a efetiva existência da necessidade de cercear a liberdade do réu em prol da garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal, a decretação de prisão revelar-se-ia extremamente gravosa tendo em vista o delito cometido. À guisa de exemplificação, imaginemos um acusado de lesão corporal leve contra a esposa que descumpra medidas protetivas decretadas pelo juiz. Levando-se em consideração que a presunção de inocência como regra de garantia determina que se adote, dentre os caminhos possíveis e necessários, aquele menos oneroso ao réu, o ideal seria, como sugere Ricardo Alves Bento³¹, que a lei fornecesse ao juiz uma série de medidas restritivas mais brandas que a prisão, porém idôneas ao alcance de resultado similar.

1.2.1.4 A presunção de inocência como regra de garantia

Já como regra de garantia, impõe o princípio da presunção de inocência um modelo de processo penal em que toda persecução contra o acusado observe acuradamente os ditames do ordenamento jurídico, devendo-se optar sempre, desde o indiciamento até a condenação, pelo caminho menos oneroso à pessoa do réu. Esta regra impõe o respeito ao ordenamento em toda a persecução, abrangendo as atividades investigatória, acusatória e probatória. Afirma Ada Pellegrini Grinover:

*“O processo penal não pode ser entendido apenas como instrumento de persecução do réu, mas também é caracterizado pela garantia do acusado”.*³²

³¹ “Nos casos de decretação de prisão preventiva, como eventual ofensa ao estado de inocência, deveria o legislador possibilitar ao magistrado impor alternativas à decretação de prisões cautelares, respeitando a peculiaridade de cada caso, como já utilizado em países como Portugal, França, por meio da utilização do sistema de vigilância eletrônica, através de pulseiras” (ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. Edição única. Quartier Latin. 2007, p.16).

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e Processo Penal – As interceptações telefônicas. 2ª edição. Saraiva, 1982. p.27.

Luiz Flávio Gomes³³ e André Nicolitt³⁴, nesta mesma linha, caminham no sentido de que a presunção de inocência, manifestando-se sob a roupagem de regra de garantia, figura como uma verdadeira cláusula geral de respeito ao ordenamento jurídico, assegurando que este será rigorosamente observado durante a persecução criminal.

1.3 A presunção de inocência e princípios correlatos

O princípio da presunção de inocência não se confunde com outros princípios regentes do processo penal que, em que pese se aplicarem em situações análogas, apresentam um conteúdo essencial distinto. O princípio do *favor rei*, por exemplo, “*encontra-se sempre presente em qualquer norma ou instituto que, sob qualquer ponto de vista, se venha a revelar favorável ao acusado*”³⁵, consoante as lições de Alexandra Vilela. O *favor rei* é um princípio abstrato de orientação do Direito Processual Penal, manifestando-se através do conteúdo normativo das regras que inspira (eg.: aplicação da lei mais favorável ao réu, absolvição frente à dúvida, vedação da revisão criminal *pro societate*, etc). Diferencia-se do princípio da presunção de inocência, entre outras coisas, por ser mais amplo, protegendo inclusive a pessoa humana que não mais desfruta do *status* de inocente, continuando a afirmá-la como sujeito de direitos.

³³ “A comprovação da culpabilidade, como exigência que emana da regra probatória, de outro lado, precisa revestir-se de legalidade. (...) Viola-se a presunção de inocência como regra de garantia quando na atividade acusatória ou probatória não se observa estritamente o ordenamento jurídico. É o que ocorre hoje com as chamadas denúncias genéricas, interceptação telefônica (autorizada antes da Lei 9.296/96), gravações telefônicas, etc.” (GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais. 1998, p.116).

³⁴ “(...) Por fim, vê-se ainda na presunção de inocência uma regra de garantia. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art.8º), ficou assentado claramente este aspecto quando se diz que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Para Germano Marques da Silva, o referido princípio impõe ao Ministério Público o dever de apresentar, em juízo, todas as provas de que disponha, sejam as desfavoráveis, sejam as favoráveis ao imputado. Preceitua ainda estreita legalidade na atividade policial e na do Ministério Público, projetando-se no próprio funcionamento dos tribunais.” (NICOLITT, André. As subversões da presunção de inocência, edição única, Lumen Juris, 2006, p. 63).

³⁵ VILELA, Alexandra. Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal. Coimbra Editora, 2000. p. 73.

Já o *favor libertatis* diferencia-se da presunção de inocência pelo motivo contrário, qual seja, o de que apresenta aplicação mais restrita. Enquanto o *favor libertatis* restringe-se à proibição de aplicação analógica ou de interpretação extensiva de normas restritivas de direitos, a presunção de inocência atua “*manifestando-se, de igual modo, em outros pontos do estatuto do arguido, que não apenas no âmbito de aplicação das medidas de coacção, bem como no campo probatório*”³⁶. Poder-se-ia dizer o mesmo do *favor defensionis*, que se limita às normas que buscam permitir o pleno exercício do direito de defesa.

No que se refere ao *in dubio pro reo*, Alexandra Vilela rejeita a visão de que a consagração constitucional da presunção de inocência constitui uma verdadeira duplicação da regra de que o juiz, em dúvida, deve absolver o réu. Para Vilela, a distinção repousa na destinação da norma, posto que o *in dubio pro reo* se dirige ao juiz e ao seu poder-dever de valorar a prova:

“(...) salientamos, enfim, que a presunção de inocência cria a favor dos cidadãos o direito a serem considerados inocentes enquanto não se produza prova bastante acerca da sua culpabilidade, e o *in dubio*, por sua vez, dirige-se ao juiz como norma de interpretação para estabelecer que, nos casos de dúvida, o acusado deve ser absolvido. A primeira liga-se à existência ou não de uma prova e o segundo à valoração subjectiva da prova.”³⁷

1.4 A presunção de inocência em documentos internacionais

Dada a evidente importância do princípio na limitação do poder estatal e, desta forma, na contenção da tirania que historicamente o caracterizou, foi a presunção de inocência consagrada em todos os documentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais. Luiz Flávio Gomes discorre sobre o tema com propriedade:

³⁶ VILELA, Alexandra. Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal. Coimbra Editora, 2000, p. 76.

³⁷ VILELA, Alexandra. Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal. Coimbra Editora, 2000. p. 80.

“Inúmeros diplomas jurídicos do direito internacional, ancorados na ideia central de tutela dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, dão-lhe abrigo. Já o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) dizia: ‘Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de as personne doit être sévèrement reprimée par la loi’. A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 11.1, a propósito, dispõe: ‘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’. Com inspiração nessas tradicionais declarações, dispositivos semelhantes foram introduzidos na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art.6.2) bem como no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (ONU), art. 14.2. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (‘Pacto de San José da Costa Rica’), subscrita pelo nosso país, referido princípio ficou assim proclamado: ‘Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa’.”³⁸

Sem prejuízo da afirmação da importância de todos estes documentos para a consagração da presunção de inocência, um marco definitivo da defesa dos direitos do indivíduo frente ao Estado se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Nos termos do que assinala Ricardo Alves Bento³⁹, após os horrores da Segunda Guerra Mundial, e, principalmente, das atrocidades do Holocausto, viu-se a necessidade de reafirmar os valores liberais. Isto adquire especial importância se lembrarmos que o Holocausto foi perpetrado graças à ideologia nacional-socialista, que defendia um poder maior para o Estado, atribuindo-lhe objetivos cuja suposta importância justificaria o desprezo pelos direitos individuais, como ainda hoje infelizmente se defende em alguns lugares e até mesmo por pretensos “intelectuais”. Ricardo Alves Bento assim expõe:

Estabelecia a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas em seu artigo 11:

“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

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais. 1998, p.102.

³⁹ “A Comunidade Mundial, depois de finalizado esse conflito, identificou a necessidade de positivar normas disciplinadoras e observadoras, principalmente da dignidade da pessoa humana.” (ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. Edição única. Quartier Latin. 2007, p.40).

*público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.*⁴⁰

Seguindo o paradigma da declaração supramencionada, tivemos ainda a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem, cujo artigo 6-2 assim dispunha:

“Artigo 6-2 Qualquer pessoa acusada de uma infração penal deverá ser presumida inocente até provada a sua culpabilidade de acordo com a lei”.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 dedicou muitos artigos à matéria penal e processual penal, buscando consagrar o maior número de garantias nestas áreas. Tais garantias já estavam consolidadas na cultura ocidental desde as Revoluções burguesas. O pacto em questão previa, desta forma, a sua aplicação imediata, tendo validade para todas as pessoas sob a jurisdição dos Estados signatários. Pelo princípio do reenvio, prescrevia ainda que os Estados que não possuísem mecanismos de proteção e reparação desses direitos deveriam criá-los prontamente. No que se refere à presunção de inocência, assim estabelecia:

“Art. 14-2. Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa”.

Depois tivemos a célebre Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comumente chamada de Pacto de São José da Costa Rica, cujo artigo que trata da presunção de inocência já transcrevemos. Tal documento se reveste de especial importância por encerrar em seu corpo norma consagradora do princípio da presunção de inocência que tem aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Isto se deve ao seguinte dispositivo de nossa Constituição Federal:

Artigo 5º, §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou

⁴⁰<http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:qzwzL4a6vUYJ:www.fundap.sp.gov.br/ouvidoria/dados/dudh.pdf+declaração+universal+dos+direitos+do+homem&hl=pt-BR&gl=br>, acesso em 09/09/2009

dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim sendo, podemos inferir, com base no artigo supra e nas lições de Antônio Magalhães Gomes Filho⁴¹, que o princípio da presunção de inocência passou a ser assegurado no ordenamento jurídico pátrio por duas normas, quais sejam, o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, e o artigo 8º, inciso I, do Pacto de São José da Costa Rica.

Em 1991 o Decreto-legislativo 226 incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o já há muito existente Pacto de Direitos Civis e Políticos, sendo mais um o diploma vigente no Brasil a prever a presunção de inocência, conforme se depreende do dispositivo transcrito:

*2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.*⁴²

À derradeira, cumpre mencionar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, do simbólico ano 2000, em que, numa tendência de se alcançar um núcleo duro de direitos fundamentais num mundo marcado por tantas diferenças culturais e políticas, não se olvidou, conforme nos relata Ricardo Alves Bento⁴³, do princípio da presunção de inocência.

⁴¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães.. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁴² Pacto de Direitos Civis e Políticos, inteiro teor disponível em http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm. Acesso em 09/11/2009.

⁴³ “Tais previsões garantistas da dignidade humana não poderiam olvidar a preservação da presunção de inocência do cidadão no âmbito do processo penal, que no artigo 48, prevê a ‘presunção de inocência e direitos de defesa’, garantindo a todo arguido que seja presumido inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa, sendo inviolável o respeito aos seus direitos de defesa.” (ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. Edição única. Quartier Latin. 2007, p.52).

Capítulo 2 - Prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Não é objetivo deste trabalho minudenciar os variados aspectos que dizem respeito às modalidades de prisão anteriores à superveniência de condenação irrecorrível. Considerando-se, porém, como veremos adiante, que a liberdade provisória representa um *status* intermediário entre a prisão processual e a plena liberdade, indispensável se faz, antes da análise dos demais temas pertinentes à liberdade provisória, o estudo dos princípios e caracteres gerais da custódia prévia à condenação transitada em julgado, máxime no que se refere ao destaque de sua função estritamente cautelar e à reprovação de sua utilização como pena, principalmente através da exploração do vago conceito de “ordem pública”.

2.1 Prisão preventiva e sua instrumentalidade

A restrição da liberdade do acusado antes da condenação definitiva é, infelizmente, deveras comum na realidade do processo penal brasileiro. A maior parte deles se dá a título de prisão preventiva, medida cautelar que se fundamenta no seguinte dispositivo do Código de Processo Penal:

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

Como atualmente toda prisão processual deve se fundar nos requisitos indicados pelo Digesto Adjetivo para a prisão preventiva, abordaremos a seguir os principais aspectos deste instituto no que concerne ao tema da presunção de inocência e da liberdade provisória. Diz Luiz Flávio Gomes:

“O eixo, a base, o fundamento de todas as prisões cautelares no Brasil residem naqueles requisitos da prisão preventiva. Quando presentes, pode o Juiz fundamentalmente decretar qualquer prisão cautelar; quando ausentes,

ainda que se trate de reincidente ou de quem não tem bons antecedentes, ou de crime hediondo ou de tráfico, não pode ser decretada a prisão antes do trânsito em julgado da decisão.”⁴⁴

Como já se colocou, é corolário da consagração do princípio do estado de inocência a proibição de que seja o réu submetido antes da condenação definitiva a medidas coercitivas aplicáveis àqueles contra os quais já há sentença penal condenatória irrecorrível. Em outras palavras, o réu é inocente até que contra ele exista condenação não passível de recurso. Sob esta ótica é que se deve interpretar o artigo 312 do Diploma Adjetivo Criminal, elaborado antes da promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

Interpretando-se o Código de Processo Penal sob o prisma dos valores constitucionais, tem a prisão preventiva tão-somente o caráter cautelar, ou seja, a função de garantir a efetividade dos provimentos jurisdicionais a serem adotados no curso do processo. Trata-se, como bem indica Roberto Delmanto⁴⁵, de um instrumento processual. Sob pena de desvirtuamento, segundo as lições de Aury Lopes Jr.⁴⁶, as medidas cautelares devem ter fins estritamente processuais.

Afinal, se é certo que o réu é inocente até que tal estado seja desconstituído pela condenação irrecorrível, também é fato que pode ele tentar se furtar ao império do Direito evadindo-se do país ou procurar criar óbices à instrução criminal através, por exemplo, da intimidação de testemunhas ou da destruição de provas. Diante destas circunstâncias excepcionais, na linha dos ensinamentos de Ricardo Alves Bento⁴⁷, autoriza o ordenamento jurídico a prisão do réu a título cautelar.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais, 1998. Destaques acrescidos.

⁴⁵ “(...) acreditamos, igualmente, que a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório”. (DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 1ª edição. Renovar, 1998. p. 83).

⁴⁶ “As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo.” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 55).

⁴⁷ “(...) a prisão-pena não pode ocorrer antes de afirmada definitivamente a sua culpa, o que representaria indevida antecipação de pena. Só se justificaria a prisão durante o processo quando

A custódia cautelar só deve ser decretada, portanto, para garantir que os provimentos processuais venham a acontecer de forma definitiva e eficaz. Explica Antônio Magalhães Gomes Filho:

*“Na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.”*⁴⁸

Tais finalidades, no entanto, não bastam, só podendo o juiz decretar a prisão processual se presente, antes de mais nada, um requisito das medidas cautelares em geral, qual seja, o que Ricardo Alves Bento⁴⁹ chama de fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*), traduzido no processo penal na materialidade do delito e nos indícios de autoria.

Aury Lopes Jr. critica severamente a utilização das expressões *fumus boni iuris* no processo penal, apontando como verdadeiro requisito das medidas cautelares penais o *fumus comissi delicti*:

*“Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do fumus comissi delicti, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indício suficientes de autoria”*⁵⁰

Para o autor supracitado, também não seria adequado falar-se em *periculum in mora*, mas apenas em *periculum libertatis*, pelas razões a seguir expostas:

“Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da

tivesse natureza cautelar, ou seja, quando fosse necessária em face de circunstâncias concretas da causa” (ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de inocência no processo penal. Ed. Única. Quarter Latin. 2007. p. 164)

⁴⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 53.

⁴⁹ “(...) Ocorrerá a denominada fumaça do bom direito quando existir a existência do crime e indício suficiente de autoria. Já o *periculum libertatis*, tendo a prisão como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, evitando através de aplicação de prisão provisória, uma antecipação de pena” (ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de inocência no processo penal. Ed. Única. Quarter Latin. 2007. p.155).

⁵⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 56.

*função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova). (...) Logo, o fundamento é um periculum libertatis, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.”*⁵¹

Nesta esteira, figura flagrantemente inconstitucional a utilização da prisão preventiva como forma de antecipar a pena. Ora, se juridicamente o réu é inocente, posto que ainda não condenado definitivamente, absurdo seria impor-lhe uma punição. Não há Estado Democrático de Direito que puna inocentes. *Per summa capita*, a prisão preventiva é, como afirma Rodrigo José Mendes Antunes⁵², instituto do Direito Processual Penal, ciência distinta do Direito Penal e com finalidades evidentemente díspares. Por esta razão, Vittorio Grevi afirma que o princípio da presunção de inocência impede que a prisão preventiva seja utilizada para fins de prevenção especial:

*“La proclamazione costituzionale della presunzione di non colpevolezza fornisce, dunque, un argomento decisivo per escludere che la libertà personale dell’imputato possa venire ristretta in vista dell’assolvimento di funzioni di natura sostanziale tipiche, invece, della pena, in quanto giustificabili solo sul presupposto di un accertamento definitivo di colpevolezza.”*⁵³

A mesma linha de raciocínio é adotada por Weber Martins Batista ao explicar que a prisão cautelar é um instrumento do instrumento, evidenciando-se inconstitucional quando descaracterizada como tal:

*“O que as caracteriza é não constituírem um fim em si mesmas, é estarem a serviço de outra providência, uma providência definitiva, com a finalidade de preparar o terreno e aprontar os meios mais aptos para o feliz êxito desta. Esta instrumentalidade, esta subsidiariedade, que liga, inevitavelmente, toda providência cautelar a uma providência definitiva, em previsão da qual se edita, é a nota distintiva das medidas cautelares. Há, pois, uma instrumentalidade qualificada (...).”*⁵⁴

⁵¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 56.

⁵² “Desse modo, importa advertir que as prisões provisórias tem por escopo assegurar o processo e a prova, sendo vedado decretar uma prisão cautelar para a busca de fins penais, quais sejam, a prevenção especial e geral, visando infligir à punição da pessoa que sofre a sua decretação.” Mendes Antunes, Rodrigo José. (A natureza jurídica da ordem pública e o clamor público como fundamento da prisão preventiva. 2006. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9120>. Acesso em 15/10/2009.)

⁵³ GREVI, Vittorio. Libertà personale dell’imputato e costituzione. Giuffrè, 1976. p.44

⁵⁴ MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 6

2.2 Principiologia regente da aplicação do instituto da prisão preventiva conforme os ditames constitucionais

Se é certo que todo cidadão, sem distinção, goza de um *status* de inocente até que lhe sobrevenha título condenatório definitivo em sentido contrário, infere-se que a sua prisão, antes que isto aconteça, só é permitida para fins cautelares, ou seja, de garantia do processo. Sob esta ótica, podemos extrair da inteligência dos dispositivos constitucionais alguns princípios que devem nortear a aplicação das prisões preventivas se se quiser que estas estejam de acordo com o estado de inocência consagrado na Lei Maior. O primeiro deles, bem descrito por Aury Lopes Jr., é o da jurisdicionalidade:

*“Toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial **fundamentada**. (...) No Brasil, a jurisdicionalidade está consagrada no art. 5º, LXI, da CB, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar. Assim, **ninguém poderá ser preso por ordem de delegado de polícia, promotor ou qualquer outra autoridade que não a judiciária (juiz ou tribunal) com competência para tanto**. Eventual ilegalidade deverá ser remediada pela via do habeas corpus nos termos do art. 648, III, do CPP”.*⁵⁵

O regramento oriundo do princípio da jurisdicionalidade é de fácil inferência, mas ainda assim deve ser constantemente lembrado face à tradicional prática autoritária dos agentes de nosso sistema repressor e da natural tendência do ser humano de abusar de seu poder em detrimento das liberdades alheias. Antônio Magalhães Gomes Filho nos lembra ainda que, como decisão judicial, deve o pronunciamento que decreta a medida cautelar pessoal realizar a *"declaração expressa dos motivos que ensejaram a restrição da liberdade individual no caso concreto"*.⁵⁶

⁵⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 59/60. Destaques acrescentados.

⁵⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães.. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 59.

O segundo princípio, referido por Aury Lopes Jr. é, para desgrça dos valores liberais consagrados na Constituição, comumente relegado a segundo plano, nas palavras do mestre:

“As medidas cautelares são, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no fumus commissi delicti e/ou no periculum libertatis, deve cessar a prisão. (...) O princípio da provisionalidade decorre do artigo 316 do CPP, segundo o qual a prisão preventiva (ou qualquer outra cautelar) poderá ser revogada a qualquer tempo no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que a legitimam, bem como pode ser novamente decretada, desde que surja a necessidade (periculum libertatis).”⁵⁷

No mais das vezes o princípio da provisionalidade não é ignorado por falta de conhecimento da lei, da Constituição e da doutrina, mas sim por estar a prisão preventiva sendo utilizada indevidamente com pena. Isto pode ser observado nos casos de prisão preventiva por conveniência da instrução criminal em que se recorre a todo tipo de subterfúgio para conservar o réu sob custódia mesmo depois do fim da instrução, ou seja, da cessação daquela situação de fato que justificava a restrição ao direito. Weber Martins Batista⁵⁸ nos alerta que a provisionalidade não deve ser confundida com a provisoriedade. Aury Lopes Jr. coloca a questão da provisionalidade nos seguintes termos:

*“Manifesta-se na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada”.*⁵⁹

A provisoriedade é outro princípio de suma importância e, da mesma forma, aviltantemente desprezado pelo Judiciário brasileiro. Na prática vemos prisões preventivas que duram anos, não raro chegando a quatro ou cinco anos. É patente que nestas hipóteses a cautelaridade da medida resta

⁵⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 61. Destaques acrescentados.

⁵⁸ “Uma das características das medidas cautelares – expõe Calamandrei - está em sua provisoriedade: os efeitos jurídicos da medida têm duração temporal limitada ao período de tempo que deve transcorrer entre a emanção da providência cautelar e a emanção de outra providência jurisdicional, qualificada como definitiva”. (MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 5).

⁵⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 61.

inteiramente descaracterizada, sofrendo o réu, que, lembremo-nos, pode ser inocente, já que ainda não condenado definitivamente, uma verdadeira pena. Tal aberração se deve à ausência de limites legais à duração da prisão preventiva e ao absoluto desrespeito ao limite de 81 (oitenta e um) dias, criado jurisprudencialmente. Assim expõe Aury Lopes Jr.:

*“Dessarte, concretamente, não existe nada em termos de limite temporal das prisões cautelares, impondo-se uma urgente discussão em torno da matéria, para que normativamente sejam estabelecidos prazos máximos de duração para as prisões cautelares, a partir dos quais a segregação seja absolutamente ilegal.”*⁶⁰

O mais importante destes princípios talvez seja o da excepcionalidade. Aquele que ainda não tem contra si uma condenação criminal transitada em julgado é, por força de expresse dispositivo constitucional, inocente. Logo, ao se decretar uma prisão preventiva, se está, juridicamente, prendendo um inocente. Isto só se justifica, como não poderia deixar de ser, excepcionalmente, ou seja, quando não há absolutamente nenhum outro meio de se atingir os fins colimados. Coloca Antônio Magalhães Gomes Filho de forma categórica:

*“As prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontram justificação apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual.”*⁶¹

Se houver outra forma de garantir que os provimentos jurisdicionais venham a ocorrer de forma definitiva e eficaz, a prisão preventiva, como medida excepcional, não deve ser decretada. Isto se deve ao fato a que Tourinho Filho⁶² nos faz atentar, qual seja, o de que o réu pode vir a ser

⁶⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 62

⁶¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães.. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 65.

⁶² “Trata-se de providência odiosa, pois, todos sabemos o perigo que representa a prisão do cidadão, antes de ter sido reconhecido definitivamente culpado. E se vier a ser absolvido? Se o for, de certo o Estado, titular do direito de punir, não tinha nenhuma pretensão punitiva a fazer valer e,

absolvido ao final, tendo-se então imposto uma medida coercitiva a um inocente. Aury Lopes Jr. assim entende:

*“A excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a ultima ratio do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam”.*⁶³

Outra não é a interpretação de Weber Martins Batista⁶⁴, que apresenta como forte motivo em favor da excepcionalidade das prisões cautelares a possibilidade de o réu vir a ser absolvido.

A excepcionalidade das medidas cautelares, em especial das restritivas de liberdade, como a prisão processual, é destacada também pela doutrina estrangeira, como faz Vittorio Grevi:

*“Si vuol dire, per quel che qui importa più da vicino, che l’art 13 Cost. consacra un certo tipo di equilibrio nei rapporti fra autorità e libertà all’interno del processo, lasciando chiramente intendere – per usare un linguaggio di intonazione tradizionale – che la permanenza dell’imputato in stato di libertà prima della sentenza definitiva deve considerarsi la ‘regola’, mentre solo in via di ‘eccezione’ può ammettersi che in determinati casi, e sotto determinate garanzie legislative e giurisdizionali, l’imputato venga privato della sua libertà durante lo svolgimento processuale.”*⁶⁵

À derradeira, há que se mencionar o princípio da proporcionalidade, que impõe, quando da análise do cabimento da prisão cautelar, a aferição de sua adequação e necessidade. Em conformidade com as considerações de

não havendo pretensão punitiva, a que título ficou ele preso? Quem lhe indenizaria os prejuízos materiais, físicos e morais decorrentes de uma prisão provisória injusta?” (TOURINHO FILHO, Fernando. Da Prisão e da Liberdade Provisória, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº 7, p. 73).

⁶³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 66

⁶⁴ “Enquanto não for condenado, o réu (e, com maior razão, o indiciado) goza de um status de não-culpado. Porque inexistente contra ele uma sentença com trânsito em julgado, onde se tenha afirmado sua culpabilidade, só por exceção se admite seja submetido a restrição tão intensa a sua liberdade. (...) A prisão provisória ocorre quando o juiz não tem, ainda, todos os elementos para a decisão. Assim, pode acontecer que o detido não seja condenado, ou não seja condenado a uma pena de prisão, ou não seja condenado a uma pena de prisão igual ou superior ao tempo em que esteve detido.” (MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 9)

⁶⁵ GREVI, Vittorio. Libertà personale dell’imputato e costituzione. Giuffrè. 1976. p.20

Aury Lopes Jr.⁶⁶ sobre o tema, a principal consequência da filtragem do instituto da prisão preventiva pelo princípio da proporcionalidade é a vedação de sua utilização quando o crime que se imputa ao acusado não o levará à cadeia mesmo se eventualmente condenado.

2.3 A inconstitucionalidade da prisão preventiva com base na garantia da “ordem pública”

A utilização da prisão preventiva para evitar a fuga do réu (aplicação da lei penal) ou para conveniência da instrução criminal, nos casos em que o acusado esteja, por exemplo, intimidando testemunhas ou destruindo provas, é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, por traduzirem, nestas hipóteses, legítimas medidas cautelares. Questão espinhosa se refere à previsão no artigo 312 do Código Processo Penal da expressão “ordem pública”, podendo a suposta ameaça a esta dar ensejo à prisão preventiva. Em se tratando de bem jurídico como a liberdade de ir e vir, séculos de lutas e sacrifícios foram necessários para que se chegasse à conclusão de que apenas regras claras e bem delimitadas autorizariam a sua restrição. Sobre isto, já dizia Miguel Reale:

“O Direito não pode prescindir de elementos claramente determinados, porque sem eles haveria grandes riscos para a liberdade individual”⁶⁷

Ora, se tem uma coisa a que a expressão “ordem pública” definitivamente não corresponde é a um elemento claramente determinado. Trata-se de figura totalmente vaga e abstrata que, na compreensão de juízes

⁶⁶ “A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se houver alguma outra medida (inclusive de natureza cautelar real) que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando-se a prisão para os casos graves, como ultima ratio do sistema. (...) Como justificar a prisão preventiva em crimes de receptação, estelionato, furto, apropriação indébita, e outros, em que o réu, ainda que ao final condenado (sim, pois ele pode ser absolvido...), não será submetido à pena privativa de liberdade? Ou ainda, quando a pena projetada (partindo-se assim de prognose pelo resultado mais grave) é inferior a 2 anos ou autorize o regime inicial aberto e até mesmo semi-aberto, a prisão antecipada é absurdamente desproporcional.” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 68).

⁶⁷ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 16ª edição. Saraiva, 1994. p.57.

menos zelosos das liberdades individuais, não raros em um país que ainda cultua o poder do Estado como verdadeira panaceia, poderia figurar como autorização genérica para prender preventivamente. Aury Lopes Jr. alerta para o problema:

*“Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e desprovido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender”.*⁶⁸

Ao longo das últimas décadas, a jurisprudência adotou diversos entendimentos acerca de quais seriam as hipóteses lícitas de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. Há entendimento, hoje menos comum mas ainda adotado por Guilherme de Souza Nucci⁶⁹, de que o clamor da população pela punição do delito poderia justificar a custódia cautelar porque a demora do Estado em punir levaria a um tal descrédito do Poder Judiciário que ameaçaria a ordem pública.

O próprio Supremo Tribunal Federal já consagrou esta interpretação em alguns de seus julgados:

HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR. ALEGADA NULIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR QUE SE APÓIA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO SUPOSTAMENTE PRATICADO, NA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA “CREDIBILIDADE DE UM DOS PODERES DA REPÚBLICA”, NO CLAMOR POPULAR E NO PODER ECONÔMICO DO ACUSADO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PROCESSO.”

“O plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.717, fixou a tese de que o sério agravo à credibilidade das instituições públicas pode

⁶⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 116

⁶⁹ “Crimes que ganham destaque na mídia podem comover multidões e provocar, de certo modo, abalo à credibilidade da Justiça e do sistema penal. Não se pode, naturalmente, considerar que publicações feitas pela imprensa sirvam de base exclusiva para a decretação da prisão preventiva. Entretanto, não menos verdadeiro é o fato de que o abalo emocional pode dissipar-se pela sociedade, quando o agente ou a vítima é pessoa conhecida, fazendo com que os olhos se voltem ao destino dado ao autor do crime. Nesse aspecto, a decretação da prisão preventiva pode ser uma necessidade para a garantia de ordem pública, pois se aguarda uma providência do Judiciário como resposta a um delito grave...” (NUCCI, Guilherme de Souza. “Código de Processo Penal Comentado”, Ed. RT, 6ª edição, SP, 2007, pág. 591).

servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública.”⁷⁰

O problema desta interpretação é que partiria do pressuposto que o réu é culpado, e que portanto a prisão preventiva estaria apenas antecipando o inevitável e ao mesmo tempo aplacando os ânimos do público através da punição pronta e célere. Logicamente, este escólio não se coaduna com o princípio da presunção de inocência, pelo qual ninguém é culpado até a condenação definitiva. Defende Odone Sanguiné:

*“Os fundamentos apócrifos da prisão preventiva – que também poderiam denominar-se fundamentos não escritos, ocultos ou falsos -, além de suporem uma vulneração do princípio constitucional da legalidade da repressão (nulla coactio sine lege), permitem que a prisão preventiva cumpra funções encobertas, não declaradas, mas que desempenham um papel mais importante na praxis processual do que as funções oficiais propriamente ditas. Destarte, quando se argumenta as razões da exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc., **que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual** que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre ‘funções reais’ (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.”⁷¹*

Apenas na atual década tal entendimento tornou-se majoritário no Supremo Tribunal Federal, conforme bem expressam as palavras do ministro Celso de Mello:

“O clamor público não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade – O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, por si só, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se nessa matéria, por incabível, a aplicação

⁷⁰ STF, HC 85298-SP, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Aires Brito, julg. 04.11.2005.

⁷¹ SANGUINÉ, Odone. “A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva”. In: Revista de Estudos Criminais, nº 10, p.114. Destaques acrescidos.

*análoga do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal*⁷²

A inconstitucionalidade da prisão preventiva com os fins acima mencionados viria a ser arduamente defendida em diversos e valiosos votos pelo desembargador Amilton Bueno de Carvalho, tradicionalmente conhecido por seus valores liberais. A seguir, apresenta-se o excerto de um destes votos:

*“O ‘clamor público’, ‘a intranquillidade social’ e o ‘aumento da criminalidade’ não são suficientes à configuração do periculum in mora: são dados genéricos, sem qualquer conexão com o fato delituoso praticado pelo réu, logo não podem atingir as garantias processuais deste. Outrossim, o aumento da criminalidade se encarrega de multiplicá-los nas suas próprias excrescências. Assim, não é razoável que tais elementos – genéricos o suficiente para levar qualquer cidadão à cadeia - sejam valorados para determinar o encarceramento prematuro”*⁷³

Outro entendimento, consagrado pela doutrina majoritária e amplamente adotado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, é o de que a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública só encontra respaldo constitucional se destinada a impedir que o réu cometa novos delitos antes de definitivamente condenado. Não raro, o réu poderia se valer do interregno entre o indiciamento e a condenação irrecorrível para continuar perpetrando crimes, trazendo dano irreparável à ordem pública. Problema semelhante ao do entendimento anterior emerge: se estamos recolhendo o réu à prisão para impedir que ele cometa novos delitos, isto significa que o consideramos culpado daquele pelo qual ele foi denunciado, razão pela qual temos motivo para crer que irá reiterar a conduta criminoso. Assim entende Roberto Delmanto:

“Sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado. (...) Com a referida presunção de reiteração, restariam

⁷² STF, HC Nº 80379/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 18/12/2000, DJU 25/05/2001.

⁷³ TJ/RS, HC nº 70005916929, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des.: Amilton Bueno de Carvalho, J. 12/03/2003.

*violadas, portanto, as garantias constitucionais da desconsideração prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5º, LVII) e da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, § 2º, c/c os arts. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 8º, 2, 1ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).*⁷⁴

Para Antônio Magalhães Gomes Filho, ao se decretar a prisão preventiva para evitar que o réu pratique novos crimes, se está perseguindo uma finalidade do Direito Penal, e não do Direito Processual Penal, qual seja, a “*prevenção especial*”⁷⁵, o que indubitavelmente não se coaduna com os retrocitados princípios das medidas cautelares. Gomes Filho pontua ainda que as decisões que decretam o encarceramento do réu com base na consideração de que ele provavelmente voltará a delinquir, “*mais revelam uma impressão pessoal do magistrado do que uma realidade assentada em fatos concretos*”.⁷⁶

Não é diferente o entendimento de Aury Lopes Jr.⁷⁷, que ressalta ainda, de forma jocosa, que a manutenção de um inocente preso sob a premissa de que ele cometerá crimes se for solto compreende verdadeiro exercício de futurologia e atenta contra a Constituição.

Ocorre que, se consagrado tal escólio, teríamos na prática acusados que representam gravíssimo perigo social livres até a condenação definitiva. Desde que não se enquadrassem nas demais hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, delinquentes de alta periculosidade como estupradores, homicidas seriais e latrocidias contumazes contariam com anos, senão décadas, entre o indiciamento e o trânsito em julgado, para dar continuidade à perpetração de seus crimes, causando dano irreparável ao

⁷⁴ DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração 1998, p. 152-153. Destaques acrescentados.

⁷⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães.. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67.

⁷⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães.. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 69.

⁷⁷ “No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco à reiteração de delitos, está se atendendo não ao processo, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 122).

tecido social. Desta forma, entendem hoje doutrina e jurisprudência dominantes que a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública é perfeitamente constitucional se tendente a evitar que o acusado cometa novos crimes no curso do processo, chegando-se a tal conclusão com base em um juízo de probabilidade, e não em um juízo de certeza, o qual, pelo princípio da presunção de inocência, só se alcança com a condenação irrecorrível. Já dizia Basileu Garcia:

*“Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso à práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida”*⁷⁸

Na mesma linha encontram-se Guilherme de Souza Nucci, para quem a persistência na prática criminosa *“é motivo suficiente para constituir gravame à ordem pública, justificador da decretação da prisão preventiva”*⁷⁹ e Paulo Rangel, que entende que *“se o indiciado ou acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais”*⁸⁰, entre muitos outros autores. Weber Martins Batista comunga do mesmo posicionamento:

“A providência impõe-se para evitar que o autor continue sua atividade criminosa. Ou porque se trata de pessoa propensa a isso, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio dos parceiros do crime”.⁸¹

A presunção de inocência veda que o réu seja considerado culpado antes do julgamento definitivo (cognição total), mas não impede que, transitoriamente, seja considerado "perigoso" (cognição parcial) e mantido preso sob o título do *periculum libertatis*. Tal prognóstico é realizado a

⁷⁸ GARCIA, Basileu. Comentários ao código de processo penal. v. III. 1ª edição. Forense, 1945. p.169/170.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 593.

⁸⁰ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 613.

⁸¹ MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 77

partir de dados concretos disponíveis em determinados momentos, tais como os antecedentes criminais e as circunstâncias do cometimento do crime de que é acusado. Vejamos o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR DO STJ. SÚMULA 691, STF. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312, CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FATOS CONCRETOS. RISCO DE REITERAÇÃO DA CONDUTA. NÃO CONHECIMENTO.

(...) 5. Houve fundamentação idônea à manutenção da prisão cautelar do paciente, não tendo o magistrado se limitado a afirmar que a prisão seria mantida apenas em razão da necessidade de se assegurar a ordem pública de modo genérico. 6. Como já decidiu esta Corte, **"a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos"** (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar **"pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação"** (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007).

(...) 7. A consideração da existência de alguns inquéritos e ações penais (inclusive com sentença condenatória por peculato em um dos casos) não teve o objetivo de afirmar a presença de maus antecedentes criminais do paciente, mas sim de corroborar **a necessidade de se garantir a ordem pública, devido à conveniência de se evitar a reiteração delitiva.** O mesmo fundamento foi considerado quando se levou em conta o suposto elevado valor obtido pelo paciente na conduta objeto da ação penal, bem como o prestígio social na sociedade local **(o que, aparentemente, permitiria a continuidade de possíveis práticas de tráfico de influência).**⁸²

Adota inteligência similar o ministro Joaquim Barbosa ao proferir seu voto em outro julgado do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA.

A decisão que decretou a prisão preventiva demonstrou a materialidade dos fatos e a presença de indícios da autoria, o que restou confirmado pela sentença condenatória. **Dados concretos evidenciam a necessidade de garantir-se a ordem pública, dada a alta periculosidade do paciente, que integrava sofisticada organização criminosa dedicada ao tráfico internacional de drogas.** Ademais, ao que se apurou, o réu faz do comércio de entorpecentes a sua profissão, **a indicar que ele, caso venha a ser solto, voltará à criminalidade.** Assim, presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, impõe-se a manutenção da prisão preventiva. Ordem denegada.⁸³

⁸² STF, HC 95.324/ES, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 14/11/2008, grifos nossos

⁸³ STF, HC 94442/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19/12/2008, grifos nossos

À derradeira, esclarece o ministro Gilmar Mendes quais são as diretrizes gerais do Supremo Tribunal Federal no que se refere às medidas cautelares de prisão do acusado antes da superveniência da condenação irrecorrível:

Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC nº 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC's 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.⁸⁴

A doutrina estrangeira também se debruçou sobre este tema, não deixando de desferir críticas similares. Estabelece Vittorio Grevi:

“La privazione della libertà personale viene in tal modo intesa come rimedio contro la temuta pericolosità – a prescindere dal caso di precedenti condanne – trova il suo normale fondamento nell’ipotesi che l’imputato sia colpevole del reato che gli è attribuito: si teme cioè che, avendo già delinquito, possa delinquere ancora, e ci si cauterizza dinanzi a tale rischio attraverso una carcerazione tipicamente destinata a finalità di sicurezza.”⁸⁵

2.4. A prisão processual no Direito Processual Penal brasileiro: mudanças e perspectivas

2.4.1 A abolição do instituto da prisão preventiva obrigatória

Quando da promulgação do Código de Processo Penal hoje vigente, em outubro de 1941, previa este, em sua redação original, o instituto da prisão preventiva obrigatória. Assim estatufá seu artigo 312:

⁸⁴ Ministro Gilmar Mendes, informativo nº 500 do STF, grifos nossos.

⁸⁵ GREVI, Vittorio. Libertà personale dell’imputato e costituzione. Giuffrè. 1976. p.47

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Como se demonstrou ao longo deste capítulo, a melhor doutrina sempre se posicionou pela defesa da estrita cautelaridade das prisões processuais, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência. Desta forma, não faltaram severas críticas à prisão preventiva obrigatória, uma vez que esta, ao determinar que para o encarceramento durante o processo bastava que o crime imputado ao agente fosse apenado com reclusão dez anos ou mais, estava a considerar, sem que houvesse pronunciamento condenatório e com base na mera abstração da gravidade do delito, que o acusado era culpado ou presumidamente perigoso. Obviamente, nenhuma destas considerações se coaduna com o *status* de inocência de que todos desfrutam até a sentença penal condenatória irrecorrível. Apenas com a Lei 5.349 de 1967 o instituto foi abolido, alterando-se a redação do artigo 312 para algo muito próximo do que se tem hoje:

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

Ao que se nota, posteriormente viria apenas a ser inclusa a hipótese de prisão preventiva para garantia da “ordem econômica”, expressão inserida pela Lei 8.884 de 1994.

2.4.2 A prisão preventiva na legislação projetada recente e no Código de Processo Penal Modelo para a Íbero-América

Há a expectativa de que o Direito Processual Penal brasileiro ainda venha a sofrer consideráveis modificações, tendo destaque a atual Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do

Código de Processo Penal, criada na forma do requerimento nº 227 de 2008. O anteprojeto, coordenado pelo ministro Hamilton Carvalhido e relatado pelo jurista Eugênio Pacelli, encontra-se atualmente consubstanciado no projeto de Lei 159/2009. Pelo seu conteúdo, a disciplina da prisão preventiva sofreria importantes alterações:

Art. 544. 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.

§1º A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena.

§2º A gravidade do fato não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva.

§3º A prisão preventiva somente será imposta se outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente.⁸⁶

É notória a intenção de estampar no Diploma Adjetivo Criminal as teses que a doutrina há muito vem defendendo, como a natureza cautelar da prisão preventiva e as consequentes vedações de que seja utilizada como forma de punição antecipada ou decretada com base na gravidade do delito. O anteprojeto também não se esquece de consagrar a excepcionalidade da custódia cautelar, devendo esta ser utilizada apenas como último recurso, baldadas as alternativas viáveis.

Vale destacar que o anteprojeto Carvalhido, novamente em atendimento a posições doutrinárias há muito sustentadas, elenca um rol muito mais extenso de medidas cautelares. Assim prevê o artigo 521:

Art. 521. São medidas cautelares pessoais:

I – prisão provisória;

II – fiança;

III – recolhimento domiciliar;

IV – monitoramento eletrônico;

V – suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica;

⁸⁶ Anteprojeto Hamilton Carvalhido, disponível em <http://www.amperj.org.br/emails/anteprojetoCPP.pdf>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescidos.

- VI – suspensão das atividades de pessoa jurídica;*
- VII – proibição de frequentar determinados lugares;*
- VIII – suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave;*
- IX – afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima;*
- X – proibição de ausentar-se da comarca ou do País;*
- XI – comparecimento periódico em juízo;*
- XII – proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada;*
- XIII – suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte;*
- XIV – suspensão do poder familiar;*
- XV – liberdade provisória.⁸⁷*

Como se percebe, procura o anteprojeto disponibilizar ao Estado-juiz medidas outras que não a prisão que atinjam as finalidades que hoje, frequentemente, são buscadas através da custódia cautelar. Muitas destas novas cautelares permitiram, por exemplo, substituir a polêmica prisão preventiva para garantia da ordem pública com base na reiteração delitiva, uma vez que privariam o agente dos meios de se cometer certos crimes ou o manteriam sob alguma vigilância, sem necessidade de encarceramento.

São diversos os projetos de lei tendentes a alterar o Código de Processo Penal que têm por base uma outra comissão de juristas, presidida por Ada Pellegrini Grinnover e composta por importantes membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual e juristas nacionais de monta, como Antônio Magalhães Gomes Filho, Luiz Flávio Gomes e Antônio Scarance Fernandes. A Comissão optou por apresentar sete anteprojetos, consubstanciados em sete diferentes projetos de lei, por acreditar que isto facilitará a sua tramitação e aprovação. O anteprojeto referente às prisões preventivas é o de número 4.208 de 2001. Assim dispõe um dispositivo do anteprojeto:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título serão aplicadas com base nos seguintes critérios:

⁸⁷ Anteprojeto Hamilton Carvalhido, disponível em <http://www.amperj.org.br/emails/anteprojetoCPP.pdf>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescidos.

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

(...)

§ 5o O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.⁸⁸

Por mais que não faça incorporar na legislação processual penal tantas teses doutrinárias liberais como faz o anteprojeto Carvalhido, o anteprojeto Pellegrini avança ao expurgar a malsinada expressão “ordem pública”, admitindo apenas a adoção de medidas cautelares apenas para evitar a reiteração delitiva, e ainda assim apenas nos casos expressamente previstos. Ao tratar da prisão preventiva de forma específica, o anteprojeto assim dispõe:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

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).

Art. 313. Nos termos do artigo anterior será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos; ou II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 641 do Código Penal.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.⁸⁹

⁸⁸ Anteprojeto Ada Pellegrini, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/401942.pdf>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescidos.

⁸⁹ Anteprojeto Ada Pellegrini, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/401942.pdf>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescidos.

Depreende-se da redação dos artigos transcritos que o anteprojeto, abolindo a expressão “ordem pública”, procurou delimitar os casos em que a prisão preventiva será admitida como forma de evitar o cometimento de novos crimes. Com isto, se limitará o arbítrio dos juízes na decretação das prisões preventivas. Em atendimento ao princípio da proporcionalidade, o anteprojeto também veda a custódia cautelar para os crimes punidos com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, já que nestes casos, como se sabe, mesmo com eventual condenação não será o agente punido com prisão.

Em 1988, foi apresentado na IX Jornada Ibero-americana de Direito Processual, no Rio de Janeiro, o Código Modelo de Processo Penal para a Íbero-América. Naquele momento, a maioria dos países latino-americanos contava com legislações processuais penais extremamente arcaicas, com supressão dos direitos de defesa, procedimentos secretos e autorizações excessivamente genéricas e abstratas para a decretação da custódia cautelar, o que acabava gerando um número distorcido de prisões preventivas. O Código Modelo procurou consagrar então um padrão a ser seguido. Na parte que trata das medidas cautelares em geral, já estabelece:

*196. Finalidad y alcance. **La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la ley fundamental y por los tratados celebrados por el Estado, sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.***

*Rige el art. 3 para la aplicación e interpretación de las reglas que autorizan medidas restrictivas de esos derechos. **Esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundada, según lo reglamenta este Código, y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación.***

Neste artigo o Código Modelo consagra, em poucas palavras, que as cautelares devem ser regidas pelos critérios da necessidade e da excepcionalidade, não se esquecendo de indicar que só podem ser determinadas pelo juiz por decisão judicial fundamentada, durando apenas enquanto subsistir a situação fática que as justifiquem. No artigo 202, o Código Modelo de Processo Penal para a Íbero-América disciplinará o instituto da prisão preventiva:

202. *Prisión preventiva. Se podrá ordenar la prisión, después de oído el imputado (arts. 41 y ss), cuando medien los siguientes requisitos:*

1) *la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de um hecho punible o partícipe em él (procesamiento);*

2) *la existencia de uma **presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).***

No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos de acción privada, en aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera una pena privativa de libertad que deba ejecutarse. En estos casos, sólo se aplicará las medidas previstas en los incs. 3 a 7 del art. 209, salvo lo dispuesto en el art. 379.

El auto que autoriza la prisión preventiva deberá fundar expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan.

No que se refere à consagração dos princípios liberais do processo penal, o Código Modelo já apresentava um texto tão avançado quanto os anteprojetos Carvalhido e Pellegrini, destacando-se por ser ainda mais enfático na proteção das liberdades, como se nota pelo fato de que limita a prisão preventiva a rigorosamente duas hipóteses, perigo de fuga e obstrução da instrução, sempre diante do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, não havendo qualquer possibilidade de custódia cautelar análoga às que hoje se dão com base na garantia da “ordem pública”. Não se olvidou o Código Modelo, na mesma esteira do que viriam a fazer os anteprojetos abordados, de consagrar o princípio da proporcionalidade, vedando a prisão preventiva para os casos em que o agente não será levado à cadeia pública ainda se condenado.

Também deixa claro o Código Modelo que, em que pese preso preventivamente, o detento ainda goza do *status* de inocente, e deve ser tratado como tal. Ao declarar isto, determina também que fique encarcerado em estabelecimento distinto dos presos definitivos, ou ao menos em ala separada do mesmo presídio, disposição que no Brasil, para desastre de

quaisquer políticas criminais de mitigação do efeito criminógeno da prisão, é categoricamente ignorada:

217. Tratamiento. El encarcelado preventivamente será alojado en establecimientos especiales, diferentes de los que son utilizados para los condenados a pena privativa de libertad, o, al menos, en lugares absolutamente separados de los dispuestos para estos últimos, y tratado en todo momento como inocente que sufre la prisión con el único fin de asegurar el desarrollo correcto del procedimiento penal.

2.4.3 A prisão preventiva no Pacto de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos

Antes de mais nada, é de se frisar que ambos os documentos internacionais correspondem a normas plenamente vigentes no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, conforme atesta a própria Constituição Federal em seu artigo 5º:

Art. 5º § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Desta forma, não há dúvidas de que os comandos presentes no Pacto de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos são de observância obrigatória, restando afastados os dispositivos infraconstitucionais que com eles colidam. Nesta esteira, analisemos o seguinte dispositivo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto-legislativo 226 de 1991:

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da

*pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.*⁹⁰

O referido documento internacional é bastante claro ao consagrar o princípio da excepcionalidade das prisões preventivas, sendo a liberdade a regra, ainda que condicionada a algumas medidas cautelares alternativas, conforme se debaterá em capítulos posteriores, e ainda assim apenas se tal for necessário para a execução da sentença, o que reflete a escolha por permitir às medidas processuais de coerção finalidades estritamente cautelares. O diploma em comento também expressa em outros dispositivos a conformidade do instituto da prisão preventiva com a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência:

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade, por prisão ou encarceramento, terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene a soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito à reparação.

Art. 10 - 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

*2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoas não condenadas.*⁹¹

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em que pese não dedicar muitos dispositivos ao tema da prisão preventiva, fixa alguns pontos de suma importância, como a separação entre presos provisórios, que ainda gozam do estado de inocência e como inocentes devem ser tratados, de presos condenados:

*4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.*⁹²

⁹⁰ Pacto de Direitos Civis e Políticos, inteiro teor disponível em http://www.aidas.gov.br/legislacao/vol1_2.htm. Acesso em 09/11/2009. Destaques acrescidos.

⁹¹ Pacto de Direitos Civis e Políticos, inteiro teor disponível em http://www.aidas.gov.br/legislacao/vol1_2.htm. Acesso em 09/11/2009. Destaques acrescidos.

Atenta à realidade de abuso na aplicação das prisões preventivas, a Convenção também revela grande preocupação com a possibilidade de o acusado impugnar em juízo a legalidade da prisão a que é submetido, conforme se depreende do dispositivo a seguir:

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.⁹²

2.5. Prisão em flagrante

Atemo-nos com mais dedicação ao estudo da prisão preventiva e seus fundamentos e requisitos porque, em decorrência do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, que será abordado mais adiante, toda prisão anterior à condenação definitiva, incluindo a realizada em flagrante, só poderá ser mantida se preenchidos os requisitos do artigo 312 do Digesto Adjetivo. Cumpre, porém, traçar as linhas gerais do instituto da prisão em flagrante.

A prisão em flagrante ocorre quando o criminoso é, como indica o nome, flagrado em uma das hipóteses do artigo 302 do Código de Processo Penal:

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

⁹² Convenção Americana de Direitos Humanos, inteiro teor disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/curso/processoeconstituicao/documentos/pactodesaojosedacostari.ca.htm>. Acesso em 09/11/2009.

⁹³ Convenção Americana de Direitos Humanos, loc. cit.

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

Não cabe aqui minudenciar cada uma destas hipóteses, mas apenas salientar que, na prisão em flagrante, a autoria do delito já é, para o sistema repressor, certa ou quase certa. Afinal, ou o agente foi preso durante a prática do delito ou momentos depois. De uma forma ou de outra, há um elevado grau de certeza, se é que se pode falar assim, acerca de quem praticou o fato típico. Para Aury Lopes Jr., é por isto que até mesmo ao particular é dado efetuar a prisão nestes casos:

“Esta certeza visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter o autor. E por que é dada esta permissão? Exatamente porque existe a visibilidade do delito, o fumus comissi delicti é patente e inequívoco, e principalmente, porque essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24h.”⁹⁴

A prisão em flagrante é uma medida subcautelar, como define Luiz Antonio Câmara⁹⁵, porque destinada à convalidação, se for o caso, em uma medida cautelar efetiva, qual seja, a prisão.

Isto significa que ninguém pode permanecer preso pelo simples fato de ter sido preso em flagrante. A prisão em flagrante não é título suficiente para a privação da liberdade, nas palavras de Luiz Antonio Câmara:

*“A **manutenção da cautela** – em decorrência, inclusive, do mandamento constitucional que impõe a liberdade provisória nos casos em que a lei o permitir – **só pode dar-se quando presentes os autorizativos da custódia preventiva.** (...) Destarte, com relação à prisão em flagrante, pode-se afirmar que, se por um lado, se expressa como autorizativo ao encarceramento inicial do acusado, por outro, **não autoriza o prolongamento do carcer ad custodiam, o que somente se pode dar a título preventivo, ou melhor dizendo, cautelar.** Ressalta com nitidez das linhas atrás escritas que se nega aqui cautelaridade plena à prisão em flagrante, sendo mais adequado alinhá-la entre as medidas de cautela menor ou subcautela.”⁹⁶*

⁹⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 70.

⁹⁵ “(...) embora num momento inicial se manifestem com características cautelares, dependem, para ter eficácia posterior, de convalidação pela autoridade judicial, ou melhor, de conversão para a condição de prisão preventiva.” (ANTONIO CÂMARA, Luiz. Prisão e Liberdade Provisória. Juruá. 1997. p. 148).

⁹⁶ ANTONIO CÂMARA, Luiz. Prisão e Liberdade Provisória. Juruá. 1997. p. 150. Destaques acrescidos.

Aury Lopes Jr.⁹⁷ chega à mesma conclusão, concluindo que a prisão em flagrante tem por finalidade apenas preparar o cenário para que o juiz, se entender estarem preenchidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, decrete a prisão preventiva.

Depreende-se dos escritos da melhor doutrina que o correto, em termos de observância dos dispositivos legais e constitucionais, seria que em 24 horas o auto de prisão em flagrante chegasse às mãos do juiz, decidindo este pela conversão da prisão para preventiva, em caso de *periculum libertatis*, ou soltando o acusado, em caso contrário. Infelizmente não é o que acontece na prática do Direito Processual Penal. Conclui Aury Lopes Jr.:

*“Logo, ninguém pode permanecer preso sob o fundamento de ‘prisão em flagrante’, pois esse não é um título judicial suficiente. A restrição da liberdade a título de prisão em flagrante não pode superar as 24h (prazo máximo para que o auto de prisão em flagrante seja enviado para o juiz competente, nos termos do art. 306 do CPP).”*⁹⁸

Marcellus Polastri⁹⁹ nos explica que, juridicamente, não existe decisão judicial de manutenção da prisão em flagrante, só admitindo o ordenamento jurídico que ou o juiz solte ou, reconhecendo o *periculum liberatis*, decrete a prisão preventiva.

⁹⁷ “Com este sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. (...) não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 70).

⁹⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 73.

⁹⁹ “Em regra, tal manifestação judicial deve ser prévia, mas temos a exceção da prisão em flagrante imposta pela própria Constituição, mas é evidente que a cautelaridade final da prisão só se dará após a decisão ratificadora do juiz, que deverá ter imediata vista (24 horas) do auto de prisão em flagrante, isto porque, na verdade, a chamada cautelar da prisão em flagrante delito é uma conjugação de um ato administrativo (do delegado de polícia) com um judicial (a ratificação pelo juiz, da presença do *periculum libertatis*.” (POLASTRI, Marcellus. A Constituição Federal, Prisão Cautelar e Liberdade Provisória, in Processo Penal e Democracia, coordenação de Diogo Malan e Geraldo Prado, Lumen Juris, 2009, p. 381)

Capítulo 3 - Liberdade provisória

3.1 Introdução

O Direito Processual Penal tem diante de si um desafio hercúleo, qual seja, o de estabelecer limites bem claros para o exercício do poder punitivo pelo Estado, minimizando o arbítrio e resguardando as liberdades públicas, sem anular totalmente a coerção estatal, necessária para a manutenção da paz social. Esta tentativa de equilibrar o suposto interesse público em punir e o interesse individual pela liberdade fez surgir institutos como o da liberdade provisória, nos termos dos escritos de Weber Martins Batista:

*“Em todos os países civilizados, em uns mais que em outros, os ordenamentos jurídicos facultam aos juízes substituir o regime de prisão preventiva por outra limitação menos intensa da liberdade do acusado, mediante a instituição que se denomina liberdade provisória.”*¹⁰⁰

Como se colocou no capítulo anterior, a prisão cautelar é instrumento extremamente perigoso, não só porque submete um cidadão que goza do *status* de inocente a uma medida degradante, retirando-lhe um de seus bens jurídicos mais valiosos, como ao final do processo pode-se inclusive chegar à conclusão de que não houve crime algum ou que o autor foi outro. Neste sentido, faz-se mister a consagração de medidas cautelares outras que não a prisão, como esclarece Tourinho Filho¹⁰¹.

Só tem pertinência o estudo da liberdade provisória nos casos em que o réu foi preso em flagrante. Quando não houver flagrante e for decretada a prisão preventiva do acusado, não há possibilidade de concessão de liberdade provisória, mas tão-somente de mera revogação da custódia. Assim leciona Eugênio Pacelli:

¹⁰⁰ MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 35.

¹⁰¹ “Aliás, sempre houve, em todo o mundo, grandes preocupações em se procurar sucedâneos para a prisão processual, isto é, medidas que atinjam a mesma finalidade da prisão provisória, sem lesionar, tão intensamente, o status libertatis e o status dignitatis do homem”. (TOURINHO FILHO, Fernando. Da Prisão e da Liberdade Provisória, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº 7, p. 83)

“É bem de ver, contudo, que a autonomia dos regimes a que nos referimos é apenas relativa, não autorizando a imposição de nenhum deles fora das hipóteses de prisão em flagrante. Ao contrário do direito italiano e português, a aplicação de tais regimes (de liberdade) pressupõe a existência de uma anterior custódia cautelar. Aliás, é exatamente esta custódia anterior – que, como veremos, é a prisão em flagrante – que, em nosso direito processual penal, justifica e dá sustentação ao sistema.”¹⁰²

Fala-se que a liberdade é “provisória” porque, uma vez concedida, o réu ou investigado terá restabelecido seu direito de ir e vir, deixando o estabelecimento prisional, penitenciário ou congênere em que se encontrava, mas não se verá livre de certas restrições de observância obrigatória e, ao final do processo, poderá voltar a ser preso por força de decisão condenatória. Aquele que se beneficiar da liberdade provisória não estará portanto, nas palavras de Gustavo Henrique Badaró¹⁰³, nem preso nem em liberdade plena.

Isto se deve ao fato de que o acusado em liberdade provisória guarda certos liames com o processo, ou seja, está vinculado a ele. Explica Weber Martins Batista¹⁰⁴ que estes vínculos impõem a adoção de determinadas condutas por parte do acusado ou da observância de certas regras, podendo a prisão ser restabelecida em caso de descumprimento.

Desta forma, há que se diferenciar três situações distintas: o relaxamento da prisão em flagrante por não ter observado esta os ditames do ordenamento jurídico, restando inquinada de vício e, portanto, ilegal; a revogação da prisão por não estarem mais configurados os requisitos que a justificavam; a concessão de liberdade provisória como contracautela a

¹⁰² PACELLI, Eugênio. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. 2ª edição. Lumen Iuris, 2007. p. 74.

¹⁰³ “Tal liberdade é denominada provisória, posto que é diversa da situação do acusado que responde ao processo preso cautelarmente, mas também não se confunde com o acusado que responde ao processo em liberdade plena, seja porque não foi preso em flagrante delito ou teve tal prisão relaxada, seja porque não teve decretada contra si a prisão preventiva, ou esta foi revogada.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Tomo II. Campus jurídico e Elsevier. 2007. P. 164).

¹⁰⁴ “Desse modo, quando a prisão provisória não é absolutamente necessária como garantia do processo ou da sociedade, e quando, por outro lado, não for suficiente para esse fim colocar ou deixar o réu em liberdade sem qualquer vínculo, recorre-se à liberdade provisória”. (MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 37).

uma prisão processual que se mostre não necessária, na hipótese da prisão em flagrante delito. Assim resume Gustavo Henrique Badaró:

*“A principal finalidade da liberdade provisória é impedir a manutenção de uma prisão cautelar desnecessária, ao mesmo tempo que o acusado permanece vinculado ao processo”.*¹⁰⁵

Conforme se colocou no capítulo anterior, impõe o princípio da presunção de inocência, em sua dimensão de regra de tratamento, que dentre os caminhos legalmente possíveis seja sempre adotado aquele menos oneroso ao réu. Afinal, se todos gozam do *status* de inocente até que este lhes seja retirado por condenação criminal irreversível, o réu ou investigado é, juridicamente, um inocente, e como tal, encontra-se exposto a todas as aflições e constrangimentos que lhe impõem a relação processual, de forma que devemos procurar atenuá-los através da adoção das medidas menos gravosas dentre as disponíveis, sem prejuízo do bom desenvolvimento do processo. Weber Martins Batista resume o *ethos* do instituto da liberdade provisória com uma curiosa ilustração:

*“Não é o inferno da prisão cautelar – imagem que, infelizmente, retrata a terrível realidade das coisas – nem é o céu da liberdade total, sem laços, sem vínculos, sem obrigações. É – se me fosse permitido usar a imagem – como um purgatório, onde o acusado desfruta de muitas das vantagens do paraíso, mas está sujeito a alguns dos sofrimentos – os menos intensos, é verdade – do inferno. A semelhança, no entanto, limita-se aos efeitos imediatos, não alcança as consequências finais. É que, enquanto para os católicos o purgatório fica a meio caminho entre o inferno e o céu, mas só a este conduz, dele não se desce jamais, o doloroso da liberdade provisória é que pode levar ao inferno da condenação e da cadeia.”*¹⁰⁶

Com base no acima exposto, reforça-se a ideia de que o acusado em liberdade provisória se encontra num *status* intermediário, entre a liberdade completa e a prisão processual. Por este meio mantém-se o réu vinculado ao processo sem impor-lhe as agruras do encarceramento. Em se tratando de liberdade provisória com fiança, além das restrições que serão estudadas adiante o acusado ainda terá que entregar um valor que servirá de garantia

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Tomo II. Campus jurídico e Elsevier. 2007. P. 165.

¹⁰⁶ MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 42.

de eventual pagamento de pena de multa e das custas processuais e ainda de reparação que venha a ser exigível pelo dano causado pelo crime.

3.2 Natureza jurídica da liberdade provisória

Antes de mais nada, a liberdade provisória é uma garantia constitucional consagrada em cláusula pétrea, conforme já se colocou:

Artigo 5º, inciso LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Como se nota, portanto, a liberdade provisória é um direito fundamental do réu ou indiciado, não havendo, como se verá diante, espaço discricionário para o juiz decidir se a concede ou não, caso presentes os requisitos necessários para a concessão. Nas palavras de Luiz Antonio Câmara¹⁰⁷, tem-se na liberdade provisória um verdadeiro direito subjetivo público do réu ou indiciado.

Alberto Silva Franco rechaça a concepção da liberdade provisória como benefício, afirmando seu caráter de direito fundamental que faz jus à aplicação imediata:

*“Por outro lado, não é possível considerar a liberdade provisória como um mero benefício, como aquela ‘melhoria do status subjetivo’ decorrente da ‘passagem de uma situação de completa custódia e isolamento para uma outra de liberdade, embora limitada’. Na verdade, se falta título para a manutenção da custódia cautelar e se o agente atende às exigências expressas em lei, a liberdade consequente deve ser encarada antes como um direito à soltura do que como um simples benefício a critério exclusivo do juiz. E, na medida em que a liberdade provisória ganhou corpo e assumiu dimensão constitucional, configurando-se como direito fundamental do réu à obtenção de sua liberdade, o instituto passou por um processo de migração: deixou o campo processual penal para acomodar-se na esfera constitucional, e aí dispensou, para ser de pronto aplicado, a intervenção de lei intermediadora”.*¹⁰⁸

¹⁰⁷ “Tem-se salientado que a liberdade provisória se caracteriza, também, por ser direito público subjetivo do acusado, ou seja, preenchidos por ele os requisitos, tanto de natureza objetiva como subjetiva, necessários à concessão, deve ela lhe ser concedida, não ficando a critério do juiz a sua concessão ou não. Como direito público subjetivo impor-se-ia ao magistrado, que não poderia recusá-la.” (ANTONIO CÂMARA, Luiz. Prisão e Liberdade Provisória. Juruá. 1997. p. 135).

¹⁰⁸ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6ª ed. Revista dos Tribunais. p. 455. Destaques acrescidos.

O instituto da liberdade provisória figura como gênero, constando como suas espécies a liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança. A liberdade provisória nada mais é do que uma medida cautelar. Para Gustavo Henrique Badaró¹⁰⁹, em se tratando de prisão em flagrante, corresponde, de forma mais acurada, a uma medida de contracautela imposta para substituir a própria prisão.

Os escritos de Luiz Antonio Câmara caminham em sentido similar, afirmando que o caráter cautelar da liberdade provisória fica patente pela imposição de certas obrigações ao acusado:

*“No direito positivo nacional, por ser parcialmente privativa de liberdade, a liberdade provisória é medida acautelatória em conformidade com o próprio Código de Processo Penal, ao dispor nos arts. 327 e 238 as obrigações do afiançado. Ora, é por demais óbvio que o legislador, impondo ao acusado uma série de obrigações (...), quis tê-lo à disposição, para que se atendessem aos fins do processo. Diga-se o mesmo por conta das situações previstas no art. 310 do Código de Processo Penal e seu parágrafo, onde ao indiciado ou acusado impõe-se a obrigação de comparecer a todos os atos processuais. Inegável, aí, o caráter acautelatório da medida”.*¹¹⁰

A fiança, por sua vez, é uma garantia real, ou seja, uma coisa dada como forma de assegurar o cumprimento de obrigação jurídica.

3.3 Criação de vínculos entre acusado e o processo

A primeira classificação que a doutrina costuma fazer da liberdade provisória é que a divide em liberdade provisória mediante fiança e liberdade provisória sem fiança. Dentro desta classificação, nos termos do que nos ensina Gustavo Henrique Badaró¹¹¹, podemos analisar ainda se é vinculada ou não, ou seja, se realmente cria vínculos entre o acusado e o processo. A liberdade provisória com fiança sempre estabelece liames entre o réu e a relação processual. Já a liberdade provisória sem fiança não será

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Tomo II. Campus jurídico e Elsevier. 2007. P. 165.

¹¹⁰ ANTONIO CÂMARA, Luiz. Prisão e Liberdade Provisória. Juruá. 1997. p. 134.

¹¹¹ “Não se trata, portanto, de uma medida originária decretada pelo juiz, mas de uma medida que substitui outra medida cautelar, no caso, a prisão em flagrante delito.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Tomo II. Campus jurídico e Elsevier. 2007. P. 167).

vinculada em caso no qual o réu se livre solto, criando restrições para o acusado nas demais hipóteses.

3.4 Liberdade provisória obrigatória e permitida: inexistência da classificação e obrigatoriedade da concessão diante do preenchimento dos requisitos legais

Fala-se ainda na classificação da liberdade provisória em obrigatória, permitida e vedada (cuja constitucionalidade será debatida em capítulo próprio), categorização criticada pela doutrina, destacando-se Gustavo Henrique Badaró:

*“Todavia, não há razão em distinguir a liberdade provisória obrigatória da liberdade provisória permitida, como se esta fosse uma faculdade do juiz. Não há discricionariedade judicial em campo de liberdade. Sempre que presentes os requisitos legais de uma das modalidades de liberdade provisória, o juiz ou a autoridade policial deverão concedê-la. Assim, mesmo no caso da denominada liberdade provisória permitida, haverá obrigação de o juiz em concedê-la, uma vez presentes os requisitos legais”.*¹¹²

Não poderia ser outro o entendimento da doutrina, já que configuraria ingente absurdo conferir ao juiz o poder de devolver ou não ao réu a sua liberdade diante do preenchimento dos requisitos legais. Na forma como Weber Martins Batista¹¹³ compreende a matéria, se o Direito Processual Penal visa, entre outras coisas, resguardar o direito constitucional fundamental à liberdade, lógico se mostra que configuradas as condições previstas em lei há que se ter concedida a liberdade provisória, caindo no vazio a classificação entre liberdade provisória obrigatória e permitida.

¹¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Tomo II. Campus jurídico e Elsevier. 2007. P. 165/166.

¹¹³ “A liberdade provisória prevista no art. 310 e seu parágrafo único, desde que satisfeitos os pressupostos da lei, é um direito do réu ou indiciado, não um simples benefício. Não importa que no texto do artigo se use o verbo poder; desde que a lei estabelece pressupostos para a medida, seu atendimento depende apenas da satisfação desses requisitos”. (MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 118).

Durante muito tempo, porém, manifestou-se a doutrina no sentido de que o juiz teria o poder discricionário de conceder ou não a liberdade provisória. Esta posição se devia a uma equivocada interpretação do verbo “poder”, utilizado pela lei, e da liberdade que o juiz teria na análise da existência dos elementos autorizadores da concessão da liberdade provisória. Conforme evoluíram os trabalhos doutrinários, chegou-se à posição, capitaneada por Frederico Marques¹¹⁴, de que é indevida a interpretação do verbo “poder” na sua literalidade, chegando-se à inferência, com base nas demais normas e princípios que regem o ordenamento jurídico, de que se trata em verdade de um poder-dever.

As mais modernas técnicas de hermenêutica jurídica também corroboram, na hipótese, o entendimento de que “poder” deve ser interpretado como “dever”, conforme nos ensina Carlos Maximiliano:

*“A interpretação do Direito moderno deve ser feita tendo em consideração mais a regra que a palavra. Por isso mesmo, não se deve opor, sem maior exame, pode a deve, não pode a não deve. (...) Se, ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico, atinge, às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, ‘pode’ assume as proporções e o efeito de ‘deve’.”*¹¹⁵

Também carece de sentido a afirmação de que o juiz tem poder discricionário para conceder ou não a liberdade provisória. Antes de procedermos à exposição dos fundamentos de tal afirmação, convém definir poder discricionário, para o que nos valem as lições de Weber Martins Batista:

“O poder discricionário, conforme a lição dos mestres de Direito Administrativo, em cujo campo o instituto ocupa posição de especial relevo, caracteriza-se pela liberdade que tem o agente, em presença de uma

¹¹⁴ “Ao contrário do que ensinam os comentadores do estatuto de processo penal, não nos parece que tão-só porque o texto usa o verbo poder, no artigo 350, fique entregue, discricionariamente, ao juiz, a concessão ou indeferimento da liberdade vinculada. (...) Desde que se encontrem atendidos os pressupostos legais, tem o réu direito à liberdade provisória: trata-se de direito público subjetivo, emanado do status libertatis do acusado (...)” (FREDERICO MARQUES, José. Elementos de Direito Processual Penal. Volume IV. Forense, 1965. p. 167/168).

¹¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 8ª edição. Ed. Freitas Bastos. 1965, p. 282/283.

*determinada situação de fato, de optar por uma das várias soluções postas à sua disposição, ou – se se quiser – à sua discricção”*¹¹⁶

Figurando o Judiciário como garantidor dos direitos que servem de óbice ao exercício arbitrário do direito de punir pelo Estado, tendo em vista a proteção das liberdades, não possui, ao menos no que concerne a este *munus*, qualquer poder discricionário: ou deve, por força da lei e da Constituição, fazer prevalecer as liberdades frente ao poder do Estado, ou deve, também força dos ditames do ordenamento jurídico, deixar prevalecer a coerção estatal. A liberdade que o juiz tem, e daí talvez decorra a confusão de muitos autores mais antigos, se resume tão-somente à análise da existência ou inexistência de certa situação de fato. Configurada uma ou outra situação de fato, conforme aferição do juiz, deverá este, sem qualquer discricionariedade, aplicar as respectivas normas. Conclui Weber Martins Batista:

*“Se a atuação do juiz está sujeita a condições e, satisfeitas estas, deve ser tomada em um só sentido, estamos em face de um poder vinculado. Poder que deve ser usado no sentido previamente indicado não é discricionário.”*¹¹⁷

Não fosse assim, a liberdade de ir e vir, direito assegurado pela Constituição e cujo resguardo só existe graças a séculos de sacrifícios e lutas, ficaria à mercê dos humores do juiz do caso, que poderia, ainda que presentes os requisitos legais, negar a concessão da liberdade provisória. Enorme atentado à isonomia consistiria o fato de, face a dois casos idênticos para todos os efeitos legais, conceder-se em um a liberdade e em outro não. Arremata Tourinho Filho que *“seria uma rematada injustiça permitir-se que a liberdade provisória ficasse na dependência da boa ou má vontade do magistrado”*.¹¹⁸

¹¹⁶ MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 88

¹¹⁷ MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 91.

¹¹⁸ Tourinho Filho, Curso de Direito Penal, v.III, Saraiva, 1961, p.167 *apud* MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 83.

3.5 Liberdade plena: casos em que o acusado se “livra solto”

Algumas vezes, embora preso em flagrante, o acusado terá sua liberdade plenamente devolvida, sem o estabelecimento de vínculos com o processo, por enquadrar-se em umas das hipóteses do artigo 321 do Código de Processo Penal:

Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança:

I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade;

II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.

Conforme nos ensina Luiz Antonio Câmara, é incorreto falar-se em liberdade provisória neste caso, porque *“aqui não se verifica situação de provisoriedade da liberação, dando-se ela sem qualquer imposição de ônus, sendo, destarte, plena.”*¹¹⁹ Diferente é a opinião de Gustavo Henrique Badaró, conforme se infere quando ele diz que *“Na liberdade provisória em que o investigado ou acusado se livra solto, não há prestação de fiança, nem há vínculos com o processo”*¹²⁰. Já Weber Martins Batista¹²¹ se filia ao primeiro entendimento.

O dispositivo atende a um imperativo lógico, qual seja, o de que não faz qualquer sentido manter-se alguém preso, só porque foi flagrado na prática do crime, se mesmo após a sua condenação transitada em julgado não sofrerá o autor do fato restrição de tal monta à sua liberdade, dada a pena cominada ao delito.

¹¹⁹ ANTONIO CÂMARA, Luiz. Prisão e Liberdade Provisória. Juruá. 1997. p. 138.

¹²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Tomo II. Campus jurídico e Elsevier. 2007. P. 168. Destaques acrescentados.

¹²¹ “Assim, é possível concluir, sem qualquer dúvida, que embora o Código tenha colocado o art. 321 no capítulo que cuida da liberdade provisória, com ou sem fiança, a verdade é que as hipóteses de que trata não são de liberdade provisória. Como substitutiva da prisão cautelar, a liberdade provisória só cabe nas hipóteses em que esta é possível” (MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 39).

Se durante lapso considerável de tempo o artigo 321 se mostrou essencial para evitar a manutenção de prisões desnecessárias, após a vigência da Lei 9.099/95 isto não mais é verdade, nos termos do que nos ensina Gustavo Henrique Badaró:

*“Todavia, a Lei nº 9.099/1995, ao prever, no parágrafo único do art. 66 que, nas infrações de menor potencial ofensivo, se o autor do fato, ‘após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança’, acabou por esvaziar o instituto da liberdade provisória em que o investigado se livra solto.”*¹²²

3.6 Liberdade provisória com fiança

Os temas relativos à fiança, máxime no que se refere às consequências da inafiançabilidade, serão estudados em capítulo próprio, cabendo aqui adiantar que o instituto foi quase que totalmente esvaziado pelo advento do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, que, conforme se exporá logo em seguida, impõe a concessão de liberdade provisória sem fiança sempre que ausentes os requisitos da prisão preventiva. Deste modo, pode-se dizer que a fiança, no ordenamento pátrio hodierno, não encontra mais qualquer aplicabilidade. Discorre Luiz Antonio Câmara:

*“Assim, incorporada dita norma ao processo penal cautelar pátrio, em razão de seu vastíssimo alcance, a liberdade provisória com fiança perdeu muito de sua razão de ser: todos os casos que comportam liberdade provisória com fiança, também o comportam na modalidade que dela prescinde, pelo simples fato de que, para a concessão da liberdade desonerada, basta, apenas, que não estejam presentes na espécie os elementos circunstanciais que autorizam a custódia cautelar, podendo, por exemplo, ser o réu reincidente, ter quebrado fiança anteriormente, estar em cumprimento de sursis ou regime aberto, etc.”*¹²³

Apesar disso, cumpre apontar as características essenciais da liberdade provisória com fiança. Trata-se, indubitavelmente, do regime mais rígido de liberdade provisória entre os existentes. O acusado deverá não só

¹²² BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Tomo II. Campus jurídico e Elsevier. 2007. P. 168

¹²³ ANTONIO CÂMARA, Luiz. Prisão e Liberdade Provisória. Juruá. 1997. p. 137.

recolher certo valor aos cofres públicos, como restará vinculado ao processo, não podendo mudar de residência nem ausentar-se da comarca por certo tempo sem autorização e tendo que comparecer a todos os atos do processo, nos termos dos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal.

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

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

Intenciona-se, com isto, assegurar o pagamento das custas processuais e de eventual indenização civil e garantir que o réu estará presente no processo.

No Direito brasileiro, a ideia de afiançabilidade é negativa: descobrimos quais crimes são afiançáveis pela análise daqueles que não são, conforme as lições de Luiz Antonio Câmara¹²⁴.

3.7 Liberdade provisória sem fiança por força da pobreza do acusado

Atento às condições de miserabilidade em que infelizmente se encontra enorme parcela da população brasileira, o Código de Processo Penal permite que, preenchidos os requisitos para concessão da fiança, não podendo o réu pagar por ela, tenha, ainda assim, concedida em seu favor a liberdade provisória. Tal é o regramento estatuído no artigo 350 do Código de Processo Penal:

“Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade

¹²⁴ “Assim, as hipóteses de fiança no nosso ordenamento processual devem ser buscadas por via de exclusão, isto é, assinalando o diploma processual quais os casos em que não se mostra possível a concessão da fiança (arts. 323 e 324), em todos aqueles outros não especificados poderá ser ela concedida.” (ANTONIO CÂMARA, Luiz. *Prisão e Liberdade Provisória*. Juruá. 1997. p. 141).

provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício.”

Este dispositivo foi esvaziado pela Lei 6.416/77, que adicionou parágrafo único ao artigo 310 do Estatuto Processual Penal. Afinal, se preencher as condições da fiança mas for pobre, o réu terá concedida a liberdade provisória em seu benefício mas não poderá se ausentar da região de sua residência por mais de oito dias, sob pena de voltar a ser preso, enquanto que sob o regime do artigo 310, parágrafo único, não há esta exigência. Desta forma, diz Luiz Antonio Câmara:

“A norma contida no artigo 350 do Código de Processo Penal, mais do que qualquer outra, caiu em desuso após a edição da Lei 6.416/77, com o acréscimo do parágrafo único ao art. 310 do mesmo diploma. De fato, esta última disposição substitui com vantagem aquela outra (...)”

3.8 Liberdade provisória sem fiança por exclusão de ilicitude

Assim dispõe o Código de Processo Penal:

“Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.”

Apesar de o Diploma Adjetivo utilizar o termo “réu”, é lógico que também terá direito à liberdade provisória com base no artigo 310 o indiciado. O que o aludido dispositivo confere, na verdade, é um poder-dever ao juiz de, após o exame do auto de prisão em flagrante, conceder a liberdade provisória se presentes indícios de que o crime foi cometido sob o abrigo de uma das causas excludentes de ilicitude do artigo 23 do Código Penal, restando o acusado obrigado a comparecer a todos os atos do processo. Afinal, caso a conduta típica tenha sido adotada de forma a configurar legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, fato é que simplesmente não há

crime. Acredita-se que o dispositivo também compreende os casos em que há a incidência de causa supralegal de exclusão da ilicitude, conforme leciona Luiz Antonio Câmara:

*“Ainda que não haja referência expressa à causa excludente de ilicitude vislumbrável a nível supra legal (a referência é feita ao consentimento do ofendido), o melhor raciocínio parece ser no sentido de que, incidindo a excludente na espécie, deva ser concedida liberdade provisória ao imputado com espeque no caput do artigo 310 do estatuto processual penal.”*¹²⁵

Alguma divergência suscita a discussão acerca da “intensidade da prova capaz de caracterizar a ocorrência das causas excludentes de criminalidade”¹²⁶. Quão fortes devem ser os indícios de que o fato típico foi praticado sob excludente de ilicitude para que possa ser concedida a liberdade provisória? Frederico Marques¹²⁷ defende que a descriminante não precisa estar cabalmente comprovada neste momento, até porque se assim fosse já poderia concluir o juiz não existir qualquer crime, e, em vez de conceder liberdade provisória, soltaria o réu e ser recusaria a receber eventual denúncia

Weber Martins Batista¹²⁸ entende que a liberdade provisória deverá ser concedida com base no artigo 310 do Código de Processo Penal sempre que houver “fundamento razoável”, e não prova concludente, de que o fato típico encontra-se acobertado por excludente de antijuridicidade.

¹²⁵ ANTONIO CÂMARA, Luiz. Prisão e Liberdade Provisória. Juruá. 1997. p. 144.

¹²⁶ MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 66

¹²⁷ “ (...) provas mais contundentes encontrar o juiz da licitude do fato típico, o que lhe cumpre é relaxar, pura e simplesmente, a prisão em flagrante determinado a soltura do réu. (...) Se o juiz, em condições semelhantes, não pode prender preventivamente, em sentido estrito, o autor do fato (art. 314 do Cód. de Proc. Penal), por que submeter o réu a liberdade provisória, tão-só por ter havido prisão em flagrante? Se a lei, para caso idêntico, prevê a soltura sem os ônus da liberdade provisória, seria desarrazoado e iníquo que outra orientação seguisse na prisão em flagrante.” (FREDERICO MARQUES, José. Elementos de Direito Processual Penal. Volume IV. 2ª edição. Forense, 1965. p. 170 e 179).

¹²⁸ “Em face da ‘probabilidade razoável’ de ser o réu absolvido, em razão de ter praticado um não-crime, é justo permitir que se defenda solto. Mas, por outro lado, porque relativa a prova da excludente, não é menos justo que fique vinculado ao juízo pelo ônus de comparecer a todos os atos do processo. Tal restrição, imposta em favor da Justiça, no interesse da descoberta da verdade, aproveita também à defesa do acusado. A segunda hipótese ocorre quando, durante o processo, prova segura convencer o juiz da existência de uma das excludentes do art. 19 do Cód. Penal. Nesse caso, como o processo não pode parar a meio do caminho, para o juiz absolver o acusado, deverá este relaxar a prisão do réu, ou, se este já estiver solto, transformar em liberdade sem vínculo sua liberdade provisória”. (MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 68).

É evidente também que se desde o início ficar patente que o crime só foi praticado por estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, para legítima defesa ou sob situação de estado de necessidade, a denúncia sequer deve ser oferecida.

A doutrina é praticamente uníssona ao estender a interpretação do caput. do artigo 310 de modo a permitir a concessão de liberdade provisória também para os que praticaram o fato típico sob a incidência de uma causa de exclusão da culpabilidade. Isto se deve ao fato de que para a maior parte dos autores não há diferença ontológica entre as causas de exclusão da ilicitude e de culpabilidade, conforme explica Weber Martins Batista:

*“(...) muitos autores reconhecem que há um certo artificialismo na colocação das causas mencionadas em uma ou em outra categoria, pois a coação irresistível e a ordem de superior hierárquico bem podiam figurar entre as justificativas, ou excludentes de injuricidade.”*¹²⁹

A extensão hermenêutica do artigo 310, caput., para abarcar também as causas de exclusão da culpabilidade atende não só aos princípios regentes do Direito Penal e Processual Penal, mas também a um imperativo lógico: se a ausência tanto da ilicitude como da culpabilidade desconfigura o fato típico como crime, a existência de fundamento razoável para se acreditar que a conduta foi adotada sob causa excludente de uma das duas deverá dar ensejo à mesma solução, qual seja, a concessão de liberdade provisória. José Frederico Marques é categórico ao se referir aos flagrantes em que se constata a incidência de causa de exclusão da culpabilidade:

*“O juiz não imporá a medida coercitiva, por falta de justa causa. Se de outra maneira agisse, estaria violando, de modo incompreensível, o direito de liberdade do acusado.”*¹³⁰

Weber Martins Batista¹³¹ conclui que, assim como ocorre com as excludentes de ilicitude, no caso de afastamento da culpabilidade, se certo,

¹²⁹ MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 71

¹³⁰ FREDERICO MARQUES, José. Elementos de Direito Processual Penal. Volume IV. Forense, 1965. p. 47

¹³¹ “Primeiro, porque no caso de ser indubitosa a prova da dirimente, o autor do fato não pode ser processado; se houver denúncia contra ele, o juiz deverá rejeitá-la. Depois, porque se a prova da dirimente, não sendo absoluta, for razoável, poderá ele ser colocado em liberdade em qualquer

a denúncia não deverá ser recebida e a prisão relaxada, e, se fundado em razoavelmente provável, a liberdade provisória deverá ser concedida.

Luiz Antonio Câmara ressalta que, perquirindo-se a *ratio* do dispositivo, chega-se à conclusão de que se baseia ele na improbabilidade da condenação. Sob esta ótica, aquele que praticou fato típico mas que muito provavelmente o fez por ser inimputável, sob erro de proibição, sob estado de necessidade exculpante, sob coação irresistível ou em obediência a ordem hierárquica não manifestamente ilegal, também tem direito à concessão de liberdade provisória com base no artigo 310, caput, do Código de Processo Penal:

“Merece ainda crítica o fato de o legislador conferir amparo apenas à pretensão daquele que se conduzir escudado em excludente de ilicitude, não o fazendo relativamente aqueles outros que porventura venham a agir fulcrados em excludente de culpabilidade. Não parece ter sentido um eventual raciocínio que se levasse a termo tomada uma gradação do atuar do agente: o agir, fulcrado em excludente da culpabilidade, por representar um majus em relação ao atuar fundado em excludente de ilicitude, não estaria amparado pela benevolência legislativa. O fato, embora não culpável, não deixou de ser ilícito. A incorreção deste raciocínio hipotético é por demais evidente em razão de que, através dele, nega-se veementemente a aplicação do princípio da proporcionalidade: tanto numa quanto noutra das situações o que interessa é o apenamento projetado. Como a projeção revela que este se manifesta improvável, deve ser concedida a liberdade provisória.”¹³²

3.9 Liberdade provisória sem fiança em decorrência da inexistência de finalidades cautelares

O atual parágrafo único do artigo 310 do Digesto Adjetivo Criminal assim prevê:

Art. 310 Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Trata-se de modificação do texto legal realizada pela Lei 6.416 de 1977, que promoveu uma verdadeira revolução no Direito Processual

caso, ainda que existente alguma das condições que importam sua prisão preventiva.” (MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 73).

¹³² ANTONIO CÂMARA, Luiz. Prisão e Liberdade Provisória. Juruá. 1997. p. 145.

Brasileiro, tornando-o provavelmente um dos mais liberais do mundo. Isto se deve ao fato de que, depois do advento do parágrafo único do artigo 310, como se nota de sua leitura, toda prisão anterior ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória só se justifica se observados os fundamentos e requisitos cautelares da prisão preventiva. Explica Weber Martins Batista:

*“A modificação trazida pela Lei 6.416, de 1877, foi, pode-se dizer, radical, pois com ela atingimos a plenitude do liberalismo em matéria de liberdade individual, exatamente quando vivemos um regime dito de exceção. Como o afirmou Tourinho Filho, nunca, nem mesmo nos governos mais liberais, compreendeu o legislador que a prisão provisória, profundamente comprometedora do direito da liberdade, deveria ser reservada, como o é agora, às hipóteses estritamente necessárias.”*¹³³

Outro não é o posicionamento de Luiz Antonio Câmara, que arrola das consequências impactantes que tal modificação teve no ordenamento jurídico brasileiro:

*“Tal disposição operou transformação de monta no processo cautelar pátrio: tirou importância da liberdade provisória com fiança, deixou às claras a natureza não cautelar da prisão em flagrante e, de quebra, impôs ao Juiz a obrigação de verificar a necessidade da cautela em todos os casos colocados sob sua apreciação, obrigando-o a transportar o custodiado a situação mais benéfica, quando não presentes os autorizativos da cautela”.*¹³⁴

Como veremos no capítulo que se segue, o dispositivo em estudo também acabou quase que completamente com qualquer relevância prática do instituto da fiança, já que, para doutrina majoritária, a inafiançabilidade não impede a concessão da liberdade provisória fundada no parágrafo único do artigo 310. O que importa, por ora, é que não existe mais prisão provisória pelo simples fato de que o agente foi preso em flagrante. A custódia cautelar só não atentará contra a lei e contra Constituição, se, em qualquer hipótese, estiverem presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Assim sendo, conforme diz Weber Martins Batista¹³⁵, não basta a certeza da autoria, fornecida pelo flagrante, sendo

¹³³ MARTINS BATISTA, Weber. *Liberdade Provisória*. Forense. 1981. p. 59.

¹³⁴ ANTONIO CÂMARA, Luiz. *Prisão e Liberdade Provisória*. Juruá. 1997. p. 146.

¹³⁵ “Para manter a prisão cautelar do agente detido em flagrante, precisa o juiz verificar se a mesma é necessária. Esta, a grande novidade, ou a grande abertura – para se usar um termo da moda – da Lei 6.416, de 1977, em relação aos institutos da prisão e da liberdade provisória. Para

necessário também que se constate que a prisão é necessária para garantia da ordem pública ou econômica, para conveniência da instrução criminal ou para a aplicação da lei penal, conforme diz Weber Martins Batista:

Não procede a interpretação de que a prisão em flagrante confere ao juiz a faculdade de conceder a liberdade provisória ou não. Como já explicado, não existem faculdades em matéria de liberdade, mas apenas poderes-deveres. A liberdade do juiz esgota-se na análise da situação de fato. Poderá o juiz, de acordo com seu discernimento, chegar à conclusão que estão presentes os requisitos da prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, ou, em sentido inverso, que não estão presentes. De uma ou de outra, estará vinculado a uma ação: manter a prisão do acusado, se presentes os fundamentos da cautelaridade, ou conceder a liberdade provisória sem fiança, se ausentes estes elementos. É o que pensa Weber Martins Batista, *in verbis*:

*“Se a manutenção em prisão do detido em flagrante não for necessária, como se analisou, deverá ser colocado em liberdade provisória pelo juiz. Ao dizer que ‘igual procedimento será adotado quando o juiz verificar a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva’, o parágrafo único do art. 310 confere ao juiz uma certa liberdade, mas, tão-somente para verificar a inexistência, no caso, de qualquer das hipóteses a que a lei faz referência. Se isso acontecer, e a liberdade do julgador se esgota nesse exame – estará caracterizada a situação de fato definida na lei, o que deve ocorrer a partir daí está expressamente previsto, não lhe resta outra coisa a fazer, senão tomar a medida – a única prevista – estabelecida na norma citada: pôr o detido em liberdade provisória.”*¹³⁶

Luiz Antonio Câmara¹³⁷ diz o mesmo com outras palavras, ao afirmar que juiz tem sim uma discricionariedade, mas apenas recognitiva, ou seja,

ser mais exato, o juiz não precisa verificar se a prisão é necessária, pois essa necessidade se presume iuris tantum: o que deve fazer é examinar se ela não é desnecessária, ou seja, se há prova em contrário, mostrando que, no caso, inexistente o periculum in mora”. (MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 74)

¹³⁶ MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 80

¹³⁷ “Aqui (como de resto em todas as espécies de liberdade provisória), embora a autoridade judicial use do seu poder discricionário na apreciação da manutenção ou não da prisão em flagrante, inexistentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, não pode ela, de forma alguma, manter a medida constritiva menos favorável. Mais uma vez aqui encontram-se reflexos da nominada discricionariedade recognitiva, através da qual o juiz exerce função cognitiva e não potestativa: verifica o caso concreto e concede ou não a liberdade provisória nos exatos moldes que a lei indica. Refuta-se a existência de poder mais amplo pelo aplicador da lei. Em terreno de liberdade pessoal a maior fatia do poder é conferida ao legislador. Ao juiz nega-se o exercício de

de verificar o caso concreto e amoldá-lo a um enquadramento jurídico, a partir do qual deve adotar necessariamente a solução legal apontada.

A liberdade provisória, como vem se frisando, ocupa um *status* intermediário entre a liberdade plena e a prisão cautelar. No caso da liberdade provisória fundada no parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal não é diferente. O acusado terá devolvida sua liberdade de ir e vir, mas comprometer-se-á a estar presente no desenvolver do processo, sob pena de retornar à prisão. Luiz Antonio Câmara explica:

“(...) deve ele comprometer-se, mediante termo, a comparecer a todos os atos do processo. Caso deixe de fazê-lo, pode ser revogado o beneplácito legal. Aqui, ainda uma vez, evidencia-se o caráter cautelar da medida: mesmo que inexistência de pressupostos da prisão preventiva dite uma situação mais amena ao acusado, deve ele estar à disposição do juízo.”¹³⁸

3.10. A liberdade provisória nos anteprojetos Carvalhido e Pellegrini

Os anteprojetos Carvalhido e Pellegrini, já abordados no capítulo anterior quando da análise das potenciais alterações que virá a sofrer a legislação processual penal brasileira na disciplina da prisão preventiva, também incorporam as teses há décadas propaladas pela doutrina na área da liberdade provisória. No anteprojeto Hamilton Carvalhido assim se coloca:

Art. 597. O juiz poderá conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, especialmente nas seguintes hipóteses:

I – não havendo fundamento para a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou aplicação de outra medida cautelar pessoal, nos termos do inciso IV do art. 543;

II – cessando os motivos que justificaram a prisão provisória ou outra medida cautelar pessoal;

III – findo o prazo de duração da medida cautelar pessoal anteriormente aplicada.

juízo de oportunidade e conveniência na aplicação de uma ou outra cautela: tomada a situação evidenciada pelo caso posto cabe-lhe, apenas, aplicar a lei.” (ANTONIO CÂMARA, Luiz. *Prisão e Liberdade Provisória*. Juruá. 1997. p. 147).

¹³⁸ ANTONIO CÂMARA, Luiz. *Prisão e Liberdade Provisória*. Juruá. 1997. p. 148

*Art. 598. Em caso de não-comparecimento injustificado a ato do processo para o qual o réu tenha sido regularmente intimado, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 596.*¹³⁹

A redação dos artigos supra transcritos do anteprojeto Carvalhido deixam patente algo que já se depreende da legislação atual, mas que ainda é alvo de distorções hermenêuticas por parte de muitos. Com a redação proposta, porém, fica bastante claro, de forma a não ser possível outra interpretação, salvo manifesta má-fé, que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória só subsistirá se presentes os fundamentos e requisitos da prisão preventiva.

A liberdade provisória impõe-se, desta forma, como a medida cautelar pessoal cabível sempre que o agente, preso em flagrante, não der motivo à aplicação de alguma medida cautelar pessoal que não a prisão, ameaçar o bom andamento da instrução penal, apresentar risco de fuga e tampouco, já na sistemática do anteprojeto Carvalhido, fornecer motivos concretos para se acreditar que voltará a delinquir. Ao disciplinar a prisão em flagrante, o anteprojeto Carvalhido é coerente com as disposições atinentes à liberdade provisória:

Art. 543. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá:

I – relaxar a prisão ilegal;

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, fundamentadamente, quando presentes os seus pressupostos legais; ou

III – arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; ou

*IV – conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.*¹⁴⁰

A mera situação de flagrância, nunca é demais frisar, não transmuda um inocente em culpado para o Direito. Não poderia ser diferente, já que a

¹³⁹ Anteprojeto Hamilton Carvalhido, disponível em <http://www.amperj.org.br/emails/anteprojetoCPP.pdf>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescidos.

¹⁴⁰ Anteprojeto Hamilton Carvalhido, disponível em <http://www.amperj.org.br/emails/anteprojetoCPP.pdf>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescidos.

suposta “certeza visual” do flagrante não leva à imediata conclusão de que o agente de fato cometeu um crime. Caminha na mesma linha o anteprojeto Pellegrini, que assim prevê:

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

I - relaxar a prisão ilegal;

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, nas hipóteses previstas em lei.

*Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III, do Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.*¹⁴¹

Outro dispositivo que expressa com clareza a escolha do anteprojeto Pellegrini por admitir a restrição da liberdade de ir e vir do réu apenas quando presentes os fundamentos e requisitos cautelares da prisão processual é o que abaixo se transcreve:

*Art.321 Inexistindo os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz poderá conceder liberdade provisória, impondo as medidas cautelares previstas no artigo 319 e observados os critérios do art. 282.*¹⁴²

Como se nota, ambos os anteprojetos buscam superar a dicotomia do atual sistema, que basicamente disponibiliza ao juiz apenas as alternativas de manter a prisão ou conceder a liberdade provisória, sendo poucas as vinculações que destas podem advir. Através do oferecimento de um extenso rol de variadas medidas cautelares, são conciliados os interesses de proteção das liberdades do acusado com a efetividade da tutela penal.

¹⁴¹ Anteprojeto Ada Pellegrini, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/401942.pdf>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescidos.

¹⁴² Anteprojeto Ada Pellegrini, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/401942.pdf>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescidos.

3.11. A liberdade provisória no Código Modelo de Processo Penal para Íbero-América

Em que pese não prever o Código Modelo nenhuma expressão que corresponda, numa tradução literal, à “liberdade provisória” como por nós é entendida, consagra um sistema no qual, à semelhança dos anteprojetos abordados no item anterior, só persiste a prisão em flagrante se presentes os requisitos da prisão preventiva, possuindo o juiz todo um arsenal de medidas cautelares alternativas ao encarceramento. Assim prevê o Diploma Modelo:

200. Aprehensión. La policía debe aprehender a quien sorprenda en flagrante o persiga inmediatamente después de la comisión de un hecho punible, a los fines del art. 232. En el mismo caso, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores; debe entregar inmediatamente al aprehendido y las cosas tomadas al ministerio público, a la policía o la autoridad judicial más próxima.

Cuando el ministerio público, o la policía en los casos del art. 248, estimare que una persona debe ser sometida a prisión preventiva, procederá según el art. 47, párr. II.

El ministerio público podrá también ordenar la aprehensión del imputado, cuando estimare que concurren los presupuestos del art. 202 y que resulta necesario su encarcelamiento. Podrá, asimismo, ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad, o prescindir de ella (art. 209), caso en el cual liberará al imputado aprehendido y procederá según el art. 47, en lo pertinente.

No artigo referente às providências substitutivas da prisão preventiva, o Código Modelo arrola uma série de medidas que conformam um sistema similar ao que buscam os anteprojetos Pellegrini e Carvalhido. Trata-se de um sistema de diversos regimes de liberdade provisória possíveis, adotados a partir da potencial imposição ao réu de variadas medidas cautelares, distintas do encarceramento, mantendo-o, ainda que solto, vinculado ao processo. O caput do artigo indica ainda que mesmo estas medidas alternativas só poderão ser impostas se imbuídas de finalidades cautelares:

209. *Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:*

1) *arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga;*

2) *la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal;*

3) *la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe;*

4) *la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización;*

5) *la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;*

6) *la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;*

7) *la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.*

*El tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible; en especial, **no se impondrá una caución económica, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado, tornen imposible la prestación de la caución.***

Podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la siempre promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

Note-se que os incisos destacados revelam vinculações processuais já previstas nos regimes de liberdade provisória existentes hoje no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Modelo estabelece estas e muitas outras, revelando um sistema muito mais rico e eficaz, do ponto de vista da defesa das liberdades e da tutela penal, do que o que vige hoje no Brasil. Não se olvida, igualmente, de escusar o réu pobre da fiança (*caución económica*) e de dispensar qualquer destas medidas mediante o

comprometimento do acusado de submeter-se ao processo penal, comparecendo a todos os seus atos, quando não existam elementos concretos a indicar que não se deve acreditar em seu compromisso de fazê-lo.

Capítulo 4 - Das consequências da inafiançabilidade e da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória

4.1 Introdução

Consagrados em sede constitucional o princípio de que todos são inocentes até que tal *status* seja desconstituído por decisão condenatória transitada em julgado e o direito fundamental à liberdade provisória, quando preenchidos os requisitos legais, indica Odone Sanguiné¹⁴³ o surgimento de duas discussões de enorme relevância: a da inafiançabilidade e a da vedação genérica à liberdade provisória realizada por determinados diplomas infralegais.

Se é certo que o instituto da fiança foi totalmente esvaziado por inovações legislativas como a que adicionou o parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, que interpretação deve ser adotada em relação aos diversos dispositivos constitucionais que estabelecem a inafiançabilidade de certos crimes? Por outro lado, se o próprio dispositivo constitucional afirma que *‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória’*, poderia o legislador ordinário estampar em diploma infraconstitucional proibição genérica à concessão de liberdade provisória? Como se verá, a resposta a estes dois problemas será perquirida com base na perspectiva da liberdade provisória como direito fundamental e no princípio da presunção de inocência.

¹⁴³ “A interpretação desta norma fundamental necessita desdobrar-se em duas etapas. A primeira, se a liberdade provisória sem fiança é aplicável aos crimes inafiançáveis. A outra, se a vedação de liberdade provisória poderia estar permitida pela Constituição por força de interpretação da expressão ‘quando a lei admitir’, empregada nesta norma constitucional.” (SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória, *in* Fascículos de Ciências Penais, ano 3, v.3, n.4, 1990, p.16).

4.2 O esvaziamento do instituto da fiança

O já abordado parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal confere ao juiz o poder-dever de conceder liberdade provisória ao acusado quando sua prisão não se enquadrar em nenhuma das hipóteses permitidas pelo artigo 312 de prisão preventiva. Em outras palavras, a partir desta alteração legislativa toda e qualquer prisão anterior à condenação transitada em julgado só estará de acordo com ordenamento jurídico se presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, conforme se esmiuçou em capítulo próprio. Diante de cláusula geral de tamanha amplitude como esta, restou a fiança como instituto vazio e estéril, conforme assevera Weber Martins Batista:

“Depois da Lei 6.146 de 1977, como se viu, a fiança perdeu toda a importância que tinha, pois, ou o juiz verifica que a prisão provisória do autor do fato criminoso é necessária, e, nesse caso, o detido não pode prestar fiança (se já a prestou, fica ela sem efeito), ou verifica que incorre qualquer das hipóteses que autorizariam sua prisão preventiva, caso em que o agente deverá ser colocado em liberdade provisória, sem fiança (se já a prestou, esta, igualmente, lhe será devolvida). Em qualquer dos casos, portanto, não se presta fiança, ou esta fica sem efeito.”¹⁴⁴

Luiz Antonio Câmara¹⁴⁵ nos faz atentar para outro aspecto revelador do esvaziamento do instituto da fiança, qual seja, o que se refere ao maior rigor da liberdade provisória mediante fiança, se comparado àquela decorrente da cláusula geral do parágrafo único do artigo 310. Ora, se é possível que o acusado usufrua de um regime de liberdade provisória de aplicação muito mais ampla e com número bem menor de requisitos, que uso ainda terá o regime mais restritivo? Câmara assim coloca:

Aury Lopes Jr. chega à mesma conclusão que os demais, demonstrando ainda que nem mesmo nos casos de prisão simples ou

¹⁴⁴ MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. Forense. 1981. p. 80. Destaque acrescido.

¹⁴⁵ “O esvaziamento da liberdade provisória com fiança mostra-se nítido: os requisitos impostos para sua concessão são previstos em muito maior número nos arts. 323 e 324 do estatuto processual penal. Para que o acusado consiga a liberdade provisória sem fiança basta, apenas, que se não encontrem presentes no caso os autorizativos da custódia preventiva”. (ANTONIO CÂMARA, Luiz. Prisão e Liberdade Provisória. Juruá. 1997. p. 146).

detenção a fiança tem espaço, uma vez que as soluções trazidas para estes casos pela Lei 9.099 de 1995 prescindem do referido instituto:

*“A fiança, assim, foi reduzida à inutilidade processual, pois, como bem sintetiza SCHIETTI, o autor de qualquer crime pode ser beneficiado com a liberdade provisória sem fiança, do art. 310, parágrafo único, do CPP, restando a fiança apenas para os crimes punidos com prisão simples ou detenção, onde ela poderia ser concedida pelo próprio delegado (art. 322). Contudo, se cotejarmos esse já limitado campo de incidência da fiança com o art. 69 da Lei 9.099/95, onde o termo de comparecimento do agente impede a prisão em flagrante nos delitos de menor potencial ofensivo (logo, todos os punidos com prisão simples e a quase totalidade dos punidos com detenção), a fiança ficou reduzida a nada”.*¹⁴⁶

O autor diz ainda que as duas únicas hipóteses em que nos dias de hoje ainda seria remotamente possível aplicar o instituto da fiança seriam nos casos de prisão em flagrante por crime punido com detenção que escape dos limites da Lei 9.099/95 e por crime contra a ordem tributária ou economia popular, em que, por disposição legal expressa, se afasta a aplicação do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, o que é de constitucionalidade questionável¹⁴⁷.

4.3 Diferentes visões das consequências da inafiançabilidade no ordenamento jurídico atual

Antes de mais nada, há que se reconhecer que, ao contrário do que afirmavam aqueles que pretendiam imprimir ares estritamente científicos ao Direito, o ordenamento jurídico não é perfeitamente harmônico e coerente. O fato de a Constituição e diversas normas infraconstitucionais proclamarem a inafiançabilidade de certos crimes num sistema em que a fiança não tem mais qualquer relevância apenas confirma a incoerência e

¹⁴⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 164.

¹⁴⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 164/165.

incompletude do ordenamento jurídico, apontados por Luiz Flávio Gomes.¹⁴⁸

Desta forma, em que pese o esvaziamento do instituto da fiança, fato impossível de ignorar é que a Constituição de 1988 consagra em vários de seus dispositivos a inafiançabilidade de certos crimes por julgá-los merecedores de um tratamento penal mais rigoroso:

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;

A legislação infraconstitucional também é rica em normas que consagram a inafiançabilidade de delitos considerados graves. O próprio Código de Processo Penal arrola delitos inafiançáveis:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;

II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;

V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

¹⁴⁸ “(...) Que o Direito não é harmônico, coerente, pleno, completo etc. Ao contrário, as incoerências (antinomias) e incompletudes (lacunas) são dois vícios absolutamente inseparáveis de qualquer modelo de Estado e de Direito.” (GOMES, Luiz Flávio. STF garante liberdade provisória no caso de posse ou porte de arma de fogo, *in* Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, ano VIII, nº 46, out-nov 2007, p. 209).

Eugênio Pacelli discorre sobre as demais vedações legais à concessão de fiança:

*“Em relação à legislação atualmente em vigor, podem ser registradas as seguintes hipóteses legais de inafiançabilidade: Lei 9.455/97 (crimes de tortura), com previsão autorizativa na Constituição, e lei 10.826/03 (art. 14 e art. 15, do Estatuto do Desarmamento), ambas prevendo situações de inafiançabilidade.”*¹⁴⁹

Vicente Greco Filho reconhece que, *ab initio*, tende-se à interpretação de que a Constituição, ao vedar a fiança, teria proibido também a concessão de liberdade provisória sem fiança. Adiciona, porém, que esta interpretação não resiste a uma análise mais apurada do próprio texto constitucional:

*“A liberdade provisória sem fiança, conforme prevista no Código de Processo Penal (art. 310, parágrafo único) aplica-se a qualquer infração penal, inclusive aos inafiançáveis. Se o constituinte proibiu a fiança é porque deseja, em relação a essas infrações, maior rigor na repressão e, em princípio, estaria proibindo qualquer liberdade provisória. Todavia, o próprio constituinte, em outro inciso, faz a distinção entre liberdade provisória com ou sem fiança (inciso LXVI), de modo que, se desejasse abranger as duas hipóteses com a proibição, teria a elas se referido expressamente. (...) Cremos que seria um retrocesso, incompatível com o sistema geral de garantias da pessoa, manter na prisão alguma pessoa em virtude de situação meramente formal, que seria a de flagrância. A despeito de inafiançáveis, portanto, esses crimes admitirão a liberdade provisória do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e seria excessiva a norma legal que, para eles, viesse impedir sua aplicação.”*¹⁵⁰

Com efeito, a Constituição também é clara ao distinguir a liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança como dois institutos distintos, ainda que pertencentes ao mesmo gênero:

Artigo 5º, inciso LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Diante disso, Odone Sanguiné é categórico:

¹⁴⁹ PACELLI, Eugênio. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. Lumen Iuris. 2ª edição. 2007. p. 134

¹⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. Saraiva, 1989, p.135/136. Destaques acrescidos.

*“Ao referir-se expressamente às duas hipóteses – com ou sem fiança -, quis a norma constitucional permitir a liberdade provisória mesmo para as infrações inafiançáveis.”*¹⁵¹

Não é diferente o magistério de Alberto Silva Franco¹⁵², para quem a Constituição consagrou dois institutos, liberdade provisória com fiança e liberdade provisória sem fiança, que, em que pese pertencentes ao mesmo gênero, correspondem a duas espécies efetivamente distintas.

Outro a defender que o preso em flagrante por crime inafiançável possa ser solto pelo regime da liberdade provisória sem fiança é Evandro Lins e Silva¹⁵³, que, independentemente do anacronismo de certos elementos de seus escritos, apela para um argumento lógico: restaria absolutamente incoerente o ordenamento que, permitindo ao acusado recorrer em liberdade de sentença penal condenatória, independentemente da afiançabilidade do crime, o obrigasse a permanecer preso durante o processo pelo simples fato de ser o delito inafiançável.

Eugênio Pacelli alega que se interpretássemos as normas constitucionais de modo a vedar qualquer liberdade provisória para os acusados de crimes que ela rotula de “inafiançáveis” estaríamos promovendo-lhe esvaziamento muito maior do que se admitíssemos a coexistência dos dois regimes, ainda que um temporariamente em desuso, podendo a solução ser sanada pela adição de restrições ao regime sem fiança:

¹⁵¹ SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória, *in* Fascículos de Ciências Penais, ano 3, v.3, n.4, 1990, p.16.

¹⁵² “O texto constitucional deixa à mostra, para quem quiser ler, que o instituto da liberdade provisória tem uma área de significado bem mais extensa do que a fiança, na medida em que guarda aplicabilidade em relação a infração penal que não comporta fiança. (...) Não obstante ocorra a ‘relação de gênero e espécie’ entre a liberdade provisória e a fiança, não há possibilidade de fundir ou de confundir os dois conceitos.” (FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6ª ed. Revista dos Tribunais. p. 456/457).

¹⁵³ “Como vimos, o réu pronunciado ou mesmo condenado poderá recorrer ou apelar sem ser recolhido à prisão. Nessas duas hipóteses, de pronúncia ou condenação, há reconhecimento judicial de culpabilidade, e o réu fica solto. Não nos parece lógico que o acusado primário e de bons antecedentes, permaneça preso, em virtude de autuação em flagrante, quando o condenado, por sentença judicial, só é recolhido à prisão depois do trânsito em julgado da condenação. (...) A lei seria contraditória se permitisse a liberdade já havendo sentença condenatória e não a permitisse havendo apenas a prisão, sem reconhecimento judicial de culpabilidade.” (LINS E SILVA, Evandro. A liberdade provisória no processo penal, *in* Revista de Direito Penal, nº 15/16, 1974, p. 49. As eventuais incongruências entre o ordenamento jurídico atual e passagem transcrita justificam-se pela antiguidade do texto)

*“Na realidade, a solução assim aventada é que implicaria, ela sim, o esvaziamento da norma constitucional que estabelece o regime de liberdade sem fiança, inclusive para crimes mais graves, na medida em que provocaria o retorno do instituto da fiança à condição de regime preferencial de liberdade – o que, por si só, já seria também um retrocesso à legislação imperial – e, o que é mais perigoso, abriria espaço para a redução, na proporção da gravidade do delito, das hipóteses de concessão de liberdade. **Impende lembrar, ainda, que não há qualquer impedimento a que se estabeleçam, por lei, maiores restrições de direitos para o regime cautelar de liberdade sem fiança, desde que observados os princípios fundamentais relativos ao sistema prisional, notadamente os da necessidade, instrumentalidade e proporcionalidade.**”¹⁵⁴*

Na mesma linha, Aury Lopes Jr. é ferrenho opositor da ideia de que a Constituição vedou toda e qualquer liberdade provisória para certos crimes quando os rotulou de inafiançáveis. O autor ressalta que a prisão cautelar obrigatória não mais existe, até porque se existisse nada teria de cautelar, correspondendo a verdadeira antecipação de pena, vedada pelo princípio do estado de inocência. Desta forma, não há como se interpretar a mesma Constituição que proibiu a antecipação de pena como consagradora da absoluta vedação de liberdade provisória para certos crimes:

*“Novo paradoxo, agora com nuance constitucional: e se alguém for preso em flagrante por crime tido como inafiançável, caberá liberdade provisória? Sim, elementar. **Do contrário, haveria um duplo erro: dar ao flagrante um poder e alcance que ele não tem (pois não é uma medida cautelar, senão pré-cautelar, e, portanto, precário); e, de outro lado, estabelecer um regime de prisão obrigatória não-cautelar que o sistema não comporta.** (...) Ademais, ainda que a Constituição efetivamente defina crimes inafiançáveis (art. 5º, XLIII), o próprio texto constitucional consagra a liberdade provisória sem fiança, no art. 5º, LXVI. (...) **Isso sem falar na presunção de inocência, incompatível com qualquer espécie de prisão obrigatória, até porque sequer cautelar seria, mas sim uma verdadeira pena antecipada.**”¹⁵⁵*

Paulo Édson Marques busca solução alternativa que concilie os regimes de liberdade provisória, com e sem fiança, de modo que não se tornem inócuos os dispositivos legais que prevêm a inafiançabilidade. Para Marques, a liberdade provisória com fiança poderá ser concedida sempre que não existirem nos autos elementos a justificar a custódia cautelar,

¹⁵⁴ PACELLI, Eugênio. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. Lumen Iuris. 2ª edição. 2007. p. 138. Grifos nossos.

¹⁵⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Iuris, 2009, p. 167. Destaques acrescidos.

enquanto que a concessão da liberdade provisória sem fiança exigiria a efetiva demonstração da inexistência das razões da prisão preventiva. Em outras palavras, ambos os regimes continuariam existindo coerentemente, assim como as normas que ditam a inafiançabilidade, porque a liberdade provisória independente de fiança seria mais rigorosa, já que nela o acusado teria que provar a não configuração dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal:

*“(...) para a fiança, o juiz deverá, à vista do que estiver nos autos, analisar sobre a necessidade manutenção da prisão provisória. (...) Somente se estiverem presentes informes que afirmem a necessidade deverá ele negar o ‘favor legis’. Já na liberação provisória (sem fiança), o que se apurará é a desnecessidade da prisão provisória. Os elementos de informação dos autos deverão afirmar a desnecessidade daquela. Decorrentemente, se houver dúvida, não restará comprovada a desnecessidade, e, pois, não se concederá a liberdade provisória.”*¹⁵⁶

A interpretação de Paulo Édson Marques é uma das que melhor se coadunam com a própria redação do texto legal, que no artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal, da qual se infere que é a “inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva” que tem que restar provada, e não a “ocorrência”. Eugênio Pacelli¹⁵⁷ não se satisfaz, porém, com o entendimento de Édson Marques, alegando que a atual Constituição, ao consagrar expressamente o princípio do estado de inocência, teria vedado a imposição de qualquer ônus probatório ao réu, conforme já se abordou em capítulo próprio.

Adotando entendimento oposto aos dos autores até então abordados Antônio Scarance Fernandes defende que da inafiançabilidade deve-se deduzir também a proibição da concessão de liberdade provisória sem fiança, sob pena de esvaziamento dos diversos dispositivos constitucionais que vedam a fiança. As regras de hermenêutica constitucional nos induzem

¹⁵⁶ MARQUES, Paulo Édson. Da liberdade provisória com e sem fiança. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 69, dez., 1980.

¹⁵⁷ “Parece-nos, contudo, e aqui já o afirmamos, que, ao menos a partir de 1988, o novo modelo processual penal brasileiro revela-se definitivamente infenso a qualquer regra de atribuição exclusiva de ônus probatório ao réu, sobretudo no que respeita à demonstração da necessidade da prisão cautelar, cuja responsabilidade pertence unicamente ao Estado, como exigência do princípio da não-culpabilidade.” (PACELLI, Eugênio. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. Lumen Iuris. 2ª edição. 2007. p. 128)

a compreender a Carta Magna de modo a conferir a máxima eficácia possível às suas normas, o que nos impede de adotar interpretações que tornem dispositivos da Constituição totalmente ineficazes. Para Scarance Fernandes, isto é o que aconteceria se concluíssemos que, em que pese vedada a fiança, poder-se-ia ainda assim conceder liberdade provisória sem fiança, que é mais benéfica e tem menos requisitos:

*“A liberdade provisória sem fiança pode acontecer com maiores ou menores vínculos do que a liberdade provisória com fiança, como mostram os sistemas estrangeiros já mencionados. **Em obediência ao princípio da gradualidade ou proporcionalidade não é possível, então, imaginar que se a constituição declarou certos crimes inafiançáveis possa o legislador ordinário, esvaziando a vedação constitucional, permitir hipóteses de liberdade provisória em que os vínculos sejam menos gravosos do que a fiança.** Não é, assim possível aceitar que possa a lei ordinária admitir, por exemplo, para os crimes inafiançáveis da Constituição Federal a liberdade provisória sem fiança os termos do artigo 310, parágrafo único, do CPP, que traz como único vínculo para o réu o comparecimento aos atos do processo.”*¹⁵⁸

Eugênio Pacelli se insurge contra o escólio difundido por Antônio Scarance Fernandes, alegando que comete os erros de interpretar a Constituição com base no Código de Processo Penal e de, diante da contradição do sistema, optar pela supressão de regimes de liberdade:

*“Parece-nos, contudo, que o caminho trilhado na apontada doutrina, sem embargo da qualidade intelectual de seu autor, **é no sentido da interpretação da Constituição em conformidade com a legislação ordinária.** Com efeito, o que ali se afirma é que o substrato constitucional da regra da inafiançabilidade encontraria seu reconhecimento – sob pena de esvaziamento, conforme assinalado – tão-somente na releitura do atual Código de Processo Penal, tarefa que, embora indispensável, conforme já se demonstrou, não se revela a melhor solução para o problema, **sobretudo porque termina por eleger o regime de fiança como o limite último do sistema de liberdade.** (...) O que parece longe de contestação é a previsão constitucional de regimes distintos de obtenção da liberdade, a serem estabelecidos a partir da consideração dos demais princípios orientadores do devido processo penal. A eventual contradição entre os atuais regimes, reafirmamos, não pode constituir fundamento para a supressão de um (sem fiança), unicamente como decorrência da existência de regras de exclusão – para determinados delitos – dirigidas ao outro (com fiança).”*¹⁵⁹

¹⁵⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. Fiança criminal e a Constituição Federal. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT - 670, 1991, p. 37. Destaques acrescidos.

¹⁵⁹ PACELLI, Eugênio. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. Lumen Iuris. 2ª edição. 2007. p. 75. Destaques acrescidos.

4.4 A inafiançabilidade segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Se alinhando ao entendimento construído por Antônio Scarance Fernandes, a maior parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo que a própria Constituição vedou a concessão de liberdade provisória para certos crimes ao classificá-los como inafiançáveis. A transcrição de acórdão recentíssimo relatado pela ministra Cármen Lúcia confirma tal afirmação:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. 1. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DE JUIZ DE DIREITO E DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR HABEAS CORPUS. 2. É VEDADA A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA EM CASOS DE CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS. PRECEDENTES.

(...) 2. 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. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.¹⁶⁰

Como se nota, a ministra vai além de entender que a Constituição veda também a liberdade sem fiança para os crimes inafiançáveis, concluindo que restará inquinada do vício da inconstitucionalidade qualquer norma que porventura venha a permitir a concessão de liberdade provisória para estes delitos. Os ministros Carlos Ayres de Britto, Ellen Gracie,

¹⁶⁰ STF, HC 98655/MG Agr, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 21/08/2009, grifos acrescentados

Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski já proferiram votos no mesmo sentido, destacando-se pronunciamento de Lewandowski:

EMENTA: PENAL. PROCESUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ARTS. 33, CAPUT, 40, III, E 59, TODOS DA LEI 11.343/2006. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO. INAFIANÇABILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. (...) AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - A proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados decorre da própria inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal à legislação ordinária.¹⁶¹

A origem deste entendimento remonta a voto do ministro Sepúlveda Pertence, que explica, em voto de acórdão por ele relatado, a lógica por trás da interpretação consagrada:

EMENTA: I. HABEAS CORPUS: CABIMENTO: DECISÃO DO STJ EM RECURSO ESPECIAL. II. CRIME HEDIONDO: PRISÃO EM FLAGRANTE PROIBIÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA: INTELIGÊNCIA.

(...) A proibição legal de concessão da liberdade provisória seria inócua, se a afastasse o juízo de não ocorrência, no caso concreto, dos motivos autorizadores da prisão preventiva: precisamente porque a inoccorrência deles é uma das hipóteses de liberdade provisória do preso em flagrante (CPrPen, art. 310, parág. único cf. L. 6416/77), o que a L. 8072 a vedou, se se cuida de prisão em flagrante de crime hediondo.

De outro lado, a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: como acentuou, com respaldo na doutrina, o voto vencido, no Tribunal do Espírito Santo, do il. Desemb. Sérgio Teixeira Gama, 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."¹⁶²

Contudo, fato é que há vozes dissonantes dentro do Supremo Tribunal Federal. O ministro Cezar Peluso reconhece ofensa ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) neste entendimento de que a Constituição vedaria todo tipo de liberdade provisória ao proibir a fiança, já que isto significaria consagrar uma espécie de prisão automática em que, uma vez reconhecido o flagrante pela

¹⁶¹ STF, HC 94521/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 01/08/2008

¹⁶² STF, HC 83468/ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27/02/2004, destaques acrescentados.

autoridade policial, não haveria nada, em termos de liberdade durante o processo, que o Judiciário pudesse fazer:

DECISÃO: 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de ILSON JOSÉ DE OLIVEIRA, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o HC nº 123.309, lhe denegou a ordem. O paciente foi preso em flagrante e condenado como incurso nas penas do art. 157, § 3º, c/c art. 29, ambos do Código Penal.

(...)

A prevalecer a interpretação de que a vedação à liberdade provisória aos crimes considerados hediondos decorre da inafiançabilidade constitucional (art. 5º, XLIII, CR), o encarceramento preventivo de um universo de acusados durante todo o processo será predeterminado ipso facto pela autoridade policial, à só luz da qualificação legal que empreste ao fato no momento da lavratura do flagrante. É que, com isso, se subtrairá ao Poder Judiciário a cognição da matéria de fato, uma vez que, nesses casos, a prisão cautelar já não dependerá da estima de sua concreta necessidade perante as causas previstas na lei.¹⁶³

Para refutar a tese de que a Constituição afastaria o gênero liberdade provisória ao vedar a sua espécie sem fiança baseia-se o ministro Marco Aurélio Mello em argumento semelhante:

EMENTA: HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA E, DEPOIS, CASSADA PELO TRIBUNAL COATOR.

*[A] entendermos que é suficiente, em si, o Ministério Público, parte na ação penal, articular a qualificação do homicídio para afastar-se a liberdade provisória, **retirar-se-á do crivo do Judiciário o exame dessa matéria**; é proceder à substituição do juiz pelo membro do Ministério Público, porque, aí, jamais se terá situação concreta para deixar-se de manter o acusado, simples acusado, e enquanto simples acusado, sob a custódia do Estado.¹⁶⁴*

4.5 Da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória

Questão que se põe e que é diferente da que concerne à inafiançabilidade, ainda que guarde muitos pontos em comum com ela, é a da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória. Nos

¹⁶³ STF, HC 99043/PE, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 04/06/2009, destaques acrescidos.

¹⁶⁴ STF, HC 79386/AP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04/08/2000, destaque acrescido.

tópicos anteriores foram debatidas as diferentes conclusões a que se pode chegar frente à determinação constitucional de vedar a fiança para certos delitos. Ponto digno de discussão e que se distingue do anterior é o que se refere à constitucionalidade de uma lei que, com ou sem amparo em norma constitucional consagradora da inafiançabilidade, veda a liberdade provisória.

4.5.1 Diplomas legais que vedam a concessão de liberdade provisória

A vedação à liberdade provisória em lei ordinária que mais tinha aplicação era a da Lei dos Crimes Hediondos, de número 8.072/90, que assim previa:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

II - fiança e liberdade provisória.

Posteriormente, a expressão “liberdade provisória” foi suprimida pela Lei 11.464/2007, restando apenas a vedação da fiança, o que, para alguns, como se verá no tópico posterior, apenas suprimiu uma redundância, enquanto que para outros tornou possível a concessão de liberdade provisória sem fiança para os delitos hediondos. De qualquer forma, nos valeremos aqui de diversos escritos acerca da vedação legal promovida pela Lei dos Crimes Hediondos antes de sua alteração como forma de analisar a constitucionalidade da medida de forma geral.

A liberdade provisória também é vedada pela Lei de Drogas, o diploma 11.343 de 2006. Interessante notar, desta forma, que, antes da supressão da expressão “liberdade provisória” do artigo 2º da Lei 8.072/90, a vedação de liberdade provisória era prevista por dois diplomas distintos no que se refere ao tráfico de entorpecentes, já que o delito é equiparado a hediondo. Assim prevê a atual Lei de Drogas:

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

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico

Resta vedada por lei a liberdade provisória, portanto, para os crimes de tráfico de drogas, tráfico de instrumentos utilizados para sua produção, associação para o tráfico, financiamento do tráfico e colaboração com grupo, organização ou associação de tráfico de drogas. Outra lei a vedar em abstrato a liberdade provisória é a 10.826 de 2003, conhecida pelo nome de Estatuto do Desarmamento, que assim prevê:

Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.

A lei se refere aos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo. Conforme se discorrerá quando da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal dispositivo não tem mais eficácia posto que a Corte o considerou eivado do vício da inconstitucionalidade. Encontraremos outro dispositivo emanador de vedação genérica à concessão de liberdade provisória na Lei 9.613/98, que cuida dos crimes de “lavagem de dinheiro”:

Art. 3º Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

Por fim, temos ainda vedação legal em abstrato à liberdade provisória na Lei 9.034/95, conhecida como Lei do Crime Organizado:

Art. 7º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

Alguns tratados internacionais incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro contêm previsões semelhantes. A Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também chamada de Convenção de Palermo, (aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 231, de 29.05.2003, e promulgada pelo Decreto n.º 5015, de 12.03.2004), veda a liberdade provisória aos agentes que tenham tido alto grau de participação, conforme o caso, em organização criminosa de monta:

*Art. 7º “Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”.*¹⁶⁵

Como se verá mais adiante, muitos doutrinadores argumentam que não pode a lei vedar a liberdade provisória em abstrato, restringindo-a por completo para acusados por certos crimes, se a Constituição a prevê como direito fundamental. Tal argumento também poderá ser utilizado para alegar a inconstitucionalidade de tal dispositivo da Convenção de Palermo, já que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que os tratados se situam em posição subordinada à Constituição:

*SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.- No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.*¹⁶⁶

Não há sequer como se argumentar a incidência dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição, que poderiam dar status constitucional à Convenção de Palermo, já que o referido documento não corresponde a um diploma enunciador de direitos humanos, mas sim em conjunto de normas

¹⁶⁵ <http://www.scribd.com/doc/10150554/-crime-organizado-no-brasil-livro-ebook-ptbr> . Acesso em 08/11/2009.

¹⁶⁶ ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. Celso De Mello

cujos países signatários entendem razoáveis no sentido de implementar políticas públicas de persecução penal dos agentes do crime organizado. Há famosa decisão do ministro Gilmar Mendes¹⁶⁷ fixando entendimento, a partir de então acolhido pela Suprema Corte¹⁶⁸, que atribui caráter supralegal aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Desta forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Civis e Políticos foram incorporados ao ordenamento jurídico em regime diferenciado, estando abaixo da Constituição mas acima da lei, ao revés da Convenção de Palermo, que, por não se destinar a proteção de direitos humanos, se encontra na mesma hierarquia que a legislação ordinária. Tudo a indicar, portanto, que se os documentos incorporados a nível supralegal e a Constituição não proibiram a liberdade provisória, chegando esta última a consagrá-la expressamente como direito fundamental, não é a Convenção de Palermo, hierarquicamente inferior, que poderá proibi-la.

4.5.2 A conformidade constitucional da vedação legal de liberdade provisória para a doutrina

A princípio, o texto constitucional parece permitir que a lei ordinária vede a liberdade provisória, na medida em que diz:

¹⁶⁷ “Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.” (RE 466.343/SP, rel. min. Cezar Peluso, DJ 05/06/2009. Inteiro Teor, p. 49 e 56).

¹⁶⁸ “DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. RELATIVIZAÇÃO DA SÚMULA 691, STF. CONCESSÃO DA ORDEM. (...) **A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.** O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. (...) (STF, 2ª Turma, HC 94702-GO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 24.10.2008, p. 583. Grifamos.)

Artigo 5º, inciso LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Em que pese a Constituição falar em “quando a lei admitir”, a doutrina majoritária entende que esta autorização constitucional para que a lei fixe os requisitos e condições do regime de liberdade provisória não pode ser interpretada tão amplamente a ponto de se permitir que a norma infraconstitucional afaste, em abstrato, a liberdade provisória. Discorre Luiz Flávio Gomes:

*“Já não basta admitir que os direitos e garantias fundamentais ostentam natureza positiva (já não basta a mera positivação deles), mais do que isso, é preciso sempre investigar se o conteúdo do texto legal produzido não afetou desarrazadamente o núcleo essencial de tais direitos e garantias.”*¹⁶⁹

Sob o ponto de vista da atual compreensão dos direitos humanos, conforme expresso por Luiz Flávio Gomes no trecho transcrito, é evidente que a lei infraconstitucional, sob o pretexto de regulamentar um direito fundamental, não pode terminar por afastá-lo genericamente para um tipo de crime, sem análise do caso concreto. Aury Lopes Jr. caminha neste sentido para reconhecer a inconstitucionalidade das normas legais que vedam a concessão de liberdade provisória:

*“O juízo de necessidade da prisão cautelar é concreto, pois implica análise de determinada situação fática, pois é da essência das prisões cautelares serem situacionais. O juízo de necessidade não admite uma valoração a priori, no sentido kantiano, antes da experiência, senão que demanda verificação em concreto”.*¹⁷⁰

Aury Lopes Jr.¹⁷¹ reconhece ainda que tal vedação abstrata genérica à liberdade provisória viola o princípio da presunção de inocência. Afinal,

¹⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. STF garante liberdade provisória no caso de posse ou porte de arma de fogo, in Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, ano VIII, nº 46, out-nov 2007, p. 208.

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 169.

¹⁷¹ “Trata-se de restrição legislativa substancialmente inconstitucional, pois limita a presunção de inocência através de um critério abstrato, genérico e antecipado, incompatível com a epistemologia do sistema de prisões cautelares. Em outras palavras, a presunção de inocência pode ser limitada, mas não de forma a priori (no sentido kantiano, ou seja, antes da experiência). Há que se operar dentro da epistemologia das prisões cautelares, fulcradas que estão na excepcionalidade e na concreta demonstração de seus pressupostos. (...) Vedar a liberdade provisória é o mesmo absurdo de falar-se em prisão cautelar obrigatória.” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 169/170).

por que a lei proíbe que o preso em flagrante por determinado crime seja solto sob um regime de liberdade provisória? Ou está presumindo que ele é culpado e que, desta forma, deve ser desde já afastado da sociedade e punido, dada a importância do bem jurídico atingido pelo crime, ou está presumindo o *periculum libertatis*, necessário à prisão cautelar, pela simples gravidade em abstrato do delito, sem arrimo necessário em nenhum elemento concreto. Em ambos casos temos presunções inadmissíveis pelo ordenamento jurídico brasileiro, que estabelece que todos são inocentes até que tal status seja desconstituído por sentença penal condenatória transitada em julgado.

Ao discorrer sobre o tema tendo por objeto específico a Lei dos Crimes Hediondos com sua antiga redação, sem estar ainda suprimida a expressão “liberdade provisória” do artigo 2º, inciso II, Alberto Zacharias Toron reconhece que a vedação ali se dá com base numa presunção de *periculum libertatis*, o que ofende o princípio do estado de inocência já que presume, de maneira abstrata, que aquele acusado por delito hediondo é mais perigoso que o acusado por um crime qualquer, devendo responder preso ao processo:

*“Com efeito, rompendo com o sistema estabelecido pelo art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal – subsistência da prisão-custódia do capturado em flagrante só quando presente o periculum in mora que autorizaria a prisão preventiva -, a Lei dos Crimes Hediondos presumiu a necessidade da custódia provisória, pelo menos até a sentença, para os crimes que arrola na cabeça do seu art. 2º. Essa presumida ‘necessidade da custódia cautelar’ representa uma ofensa ao princípio da não-culpabilidade, pois, de fato, não assenta suas bases num periculum in mora que deve ser demonstrado caso a caso. Na verdade, a obrigatoriedade dessa prisão antecipada não tem caráter cautelar, mais se assemelhando a uma execução provisória contra o mero indiciado ou, posteriormente, o acusado.”*¹⁷²

Novamente, recai a vedação legal genérica de concessão de liberdade provisória no equívoco de prender tão-somente com base na presunção abstrata de que o acusado é efetivamente culpado ou que existe um grande risco de que o seja. Emana da Constituição o comando de que ninguém será

¹⁷² TORON, Alberto Zacharias. Órgão especial do TJSP admite liberdade provisória em crime hediondo in Boletim IBCCRIM, ano 11, nº 127, junho de 2003, p. 02. Destaques acrescidos.

considerado culpado até que pronunciamento jurisdicional definitivo declare contrariamente. Assim sendo, assenta Alberto Zacharias Toron¹⁷³ que ofende a presunção de inocência como regra de tratamento considerar alguém culpado ou presumir em abstrato sua periculosidade tão-somente com base na gravidade do crime pelo qual é acusado.

Muitos autores recorrem ao instituto da prisão provisória obrigatória, há muito abolido de nosso ordenamento, para criticar a vedação legal genérica à liberdade provisória, equiparando-os. Até a alteração promovida pela Lei nº 5.349 de 1967 no Código de Processo Penal, o referido diploma assim dispunha:

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Para a doutrina, a vedação legal à liberdade provisória equivaleria à restituição de tal modalidade de prisão obrigatória, uma vez que, dependendo do crime pelo qual o agente é acusado, não poderá ele se defender das acusações em liberdade. Em vez de estabelecer uma pena a partir da qual a prisão cautelar se impõe, como ocorria no passado, tal vedação legal genérica imporia a mesma prisão cautelar obrigatória só que com base no tipo penal cuja prática é imputada ao acusado. Assim sendo, Sylvia Steiner Malheiros esclarece:

“Hoje, a prisão em flagrante, prevista constitucionalmente, não é mais um instituto fechado. Não se pode mais falar em presunção de culpa. Ao contrário, mesmo diante da prisão em flagrante permanece íntegra a presunção de inocência. Assim, a manutenção em cárcere daquele que foi detido em flagrante só se justifica quando presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva. Em outros termos, pode-se dizer que os mesmos critérios informadores da prisão preventiva devem estar presentes para negar-se ao acusado a liberdade provisória, ou para a manutenção da prisão em flagrante. Na Constituição Federal, firma-se como princípio a liberdade como regra.

¹⁷³ “Ora, tomada a garantia da presunção de inocência como regra de tratamento processual em todos os processos penais, a lei ordinária jamais, a priori, poderia fazer um juízo que contrariasse a presunção que a regra constitucional materializa. (...) Sem embargo, quando o legislador, abstratamente, realiza um juízo deste tipo não pode contrariar a regra constitucional que impede um tratamento ao indiciado, ou acusado que seja, que presuma a sua culpabilidade e, em todos os casos, lhe imponha a prisão antecipada. Aqui esta constrição tem indisfarçável feição de castigo antecipado.” (TORON, Alberto Zacharias. Órgão especial do TJSP admite liberdade provisória em crime hediondo in Boletim IBCCRIM, ano 11, nº 127, junho de 2003, p. 02).

Com arrimo nos preceitos constitucionais podemos sem dúvida afirmar que não mais existe qualquer forma de prisão obrigatória. Logo, todas as chamadas prisões processuais ou cautelares devem ter como pressupostos justificadores o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora'.”¹⁷⁴

Evandro Lins e Silva nos lembra que, consolidado o entendimento de que a lei pode vedar a liberdade provisória *in abstracto*, teríamos na prática todo o preso em flagrante pelos delitos inclusos na vedação encarcerado até a sentença penal, que eventualmente seria absolutória. Se uma das finalidades do processo penal é evitar que os inocentes sofram as aflições reservadas aos culpados, impor a segregação do acusado durante todo o processo apenas porque foi preso em flagrante, situação que pode levar a muitos equívocos, é uma excelente fonte de produção de erros judiciários. Como ressalta Lins e Silva, o flagrante por si só não é garantia de culpa, e muitos equívocos terminariam por ocorrer:

*“A segunda razão, e não menor, é a de que ninguém deve ser preso antes de convencido plenamente de sua culpa. E esse convencimento só se dá quando a condenação é definitiva. As frequentes absolvições de acusados presos em flagrante delito e as constantes reformas de decisões condenatórias de primeira instância aconselhavam maior cautela na privação da liberdade (...). Quem compensaria o acusado, nessas condições, dos padecimentos e dos prejuízos causados por uma prisão que, a final, se considerou ilegal, injusta e, algumas vezes, iníqua?”*¹⁷⁵

Eugênio Pacelli¹⁷⁶ também é categórico ao atacar a constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória, afirmando que corresponde à presunção abstrata, e, portanto, inconstitucional, da periculosidade do acusado, e que retira do Judiciário o poder-dever de julgar conforme as especificidades do caso.

¹⁷⁴ MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. Ainda a prisão cautelar e a liberdade provisória in Boletim IBCCRIM, fascículo 19, agosto de 1994, p.02. Destaque acrescido.

¹⁷⁵ LINS E SILVA, Evandro. A liberdade provisória no processo penal, in Revista de Direito Penal, nº 15/16, 1974, p. 46.

¹⁷⁶ “(...) a referida legislação sobre os crimes hediondos – e também aquela, relativa aos crimes de lavagem e cometidos em organização criminosa (essas, sem suporte constitucional expreso) – embora aparentemente constitucional, no ponto em que é a própria Constituição que assegura que ninguém será preso ou mantido preso quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI), atinge indubitavelmente todo o sistema de garantias individuais, e, sobretudo, o devido processo penal, na medida em que institui juízo prévio e abstrato de perigosidade, retirando do Judiciário o poder de tutela cautelar do processo e da jurisdição penal, somente realizável à luz da concretidade de cada situação fática.” (PACELLI, Eugênio. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. Lumen Iuris. 2ª edição. 2007. p. 136. Destaques acrescidos).

Com base nos argumentos acima expendidos, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela inconstitucionalidade de vedação de liberdade provisória estampada na Lei 10.826/2003, o Estatuto do Desarmamento. Os acórdãos pertinentes serão examinados no tópico seguinte, mas desde já cumpre relacionar o *decisum* proferido pelo Excelso Sodalício com as teses engendradas pela doutrina, o que faz Luiz Flávio Gomes:

“Foi fundado em todas essas premissas que o STF, analisando várias ADINs ajuizadas contra o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), reconheceu três inconstitucionalidades (anomalias): (a) do parágrafo único do art. 14, que proibia a concessão de fiança no caso de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido; (b) do parágrafo único do art. 15, que fazia idêntica proibição em relação ao disparo de arma de fogo; e (c) do art. 21, que proibia liberdade provisória nos crimes de ‘posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito’, ‘comércio ilegal de arma de fogo’ e ‘tráfico internacional de arma de fogo’. As duas primeiras acham-se fundamentadas no princípio da razoabilidade (não é razoável a proibição de fiança em crime de perigo com pena mínima não superior a dois anos); a terceira nos princípios da presunção de inocência, devido processo criminal, princípio da liberdade (a Constituição brasileira não autoriza a prisão ex lege, automática ou sem motivação) assim como no da obrigatoriedade de fundamentação de todas as prisões (CF, art. 5º, LXI), que se coliga com os princípios da ampla defesa e do contraditório.”¹⁷⁷

Alberto Silva Franco rejeita enfaticamente a constitucionalidade de afastamento legal da possibilidade de concessão de liberdade provisória. Refutando o argumento de que isto seria possível porque a Constituição fala em “quando a lei admitir” ao referir-se ao instituto, Silva Franco¹⁷⁸ pontua que tal disposição não conferiu ao legislador, evidentemente, o poder de afastar por completo o direito fundamental previsto, mas apenas de regulá-lo, impondo vínculos e requisitos. Careceria absolutamente de sentido interpretar a referida norma como uma previsão de direito fundamental, e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, uma autorização ao legislador para afastar o próprio direito previsto.

¹⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio. STF garante liberdade provisória no caso de posse ou porte de arma de fogo, in Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, ano VIII, nº 46, out-nov 2007, p. 210.

¹⁷⁸ “O poder que o legislador ordinário tem ao seu alcance, quer lhe seja atribuído expressamente ou implicitamente, não pode englobar, em si, um poder de disposição. O reconhecimento desta função ao legislador não pode interpretar-se como colocando-o numa situação de preponderância em face da Constituição.” (FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6ª ed. Revista dos Tribunais. p. 455).

Marcellus Polastri chega a reconhecer a legitimidade dos argumentos coligidos pela doutrina majoritária, mas acredita que a vedação legal à liberdade provisória será constitucional se não for taxativa:

*“A nosso ver, uma norma legal que vede a liberdade provisória deve ter hoje uma leitura conforme a Constituição, ou seja, **pode até ocorrer uma vedação a priori, mas não de forma taxativa, pois, sempre será necessária a demonstração da inexistência do periculum libertatis**, já que, caso contrário, deixaria a medida de ter a natureza cautelar.”*¹⁷⁹

4.6 Da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória para o Supremo Tribunal Federal

4.6.1 Jurisprudência do Supremo: vedação à liberdade provisória no Estatuto do Desarmamento

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes acerca da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória. Os votos, no entanto, foram os mais diversos, revelando que a questão não é de fácil solução. Apenas no que se refere à constitucionalidade de vedação à liberdade provisória estampada no Estatuto do Desarmamento é que o Excelso Sodalício chegou a uma conclusão, entendendo pela inconstitucionalidade. Os motivos são revelados pelos trechos selecionados do acórdão referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE

¹⁷⁹ POLASTRI, Marcellus. A Constituição Federal, Prisão Cautelar e Liberdade Provisória, in Processo Penal e Democracia, coordenação de Diogo Malan e Geraldo Prado, Lumen Juris, 2009, p. 392.

VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA.

(...)

IV – A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo”, mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.

V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.

(...)

IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003.¹⁸⁰

Desta maneira, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a vedação legal de liberdade provisória para os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo. Os argumentos utilizados confirmam as teses doutrinárias abordadas no tópico anterior, segundo as quais a prisão obrigatória já foi há muito abolida do ordenamento jurídico, de forma que, pelo princípio da presunção de inocência, só se pode prender alguém antes da sua condenação penal irrecorrível se presentes concretamente os fundamentos de cautelaridade que o justifiquem. O voto do ministro Cezar Peluso foi bastante emblemático neste sentido:

“Para resolver esses três dispositivos legais, temos que, correspondente e coincidentemente, examinar três normas constitucionais importantes. A

¹⁸⁰ ADI 3112/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 26/10/2007. Destaques acrescentados.

primeira é o inciso LVII do art. 5º, que é uma garantia, mal denominada "presunção de inocência", pois não se trata de presunção no sentido técnico, nem no sentido atécnico, senão de garantia daquele que se encontra na condição de réu, no curso de processo que ainda não chegou ao termo definitivo, de não sofrer, por parte do Estado, nenhuma sanção ou nenhuma medida que tenha o caráter sancionatório e que, portanto, implique restrição de qualquer direito de qualquer espécie. Essa é a primeira garantia.

Depois, parece-me que a Constituição estabeleceu os casos que considerou insusceptíveis de fiança, de graça e anistia, mediante juízo de valor a respeito da gravidade dos delitos que prevê. E, quando, a meu ver, com o devido respeito, se remete à lei para definição dos crimes hediondos, apenas abre uma exceção. Noutras palavras, a interpretação do inciso XLIII implica dizer que, além dos casos que a própria Constituição estabelece, como os do inciso anterior e dos subsequentes, por exemplo, a lei só pode prever inafiançabilidade e insusceptibilidade de graça e anistia àqueles crimes considerados por ela, lei, como hediondos. A alternativa estava posta para o legislador. Bastaria que ele tivesse considerado esses crimes como hediondos - ambos, aliás, já foram considerados mera contravenções penais. Se o legislador tivesse optado por qualificar tais delitos como hediondos, eu até questionaria sua razoabilidade. Mas prescindindo de fazê-lo, porque a lei não os considerou hediondos.

E, mais do que isso, temos de conjugar esses dois dispositivos com o inciso LXVI, porque nele a Constituição sublimou à condição de direito fundamental o direito à liberdade provisória. Estabeleceu o direito à liberdade provisória como direito fundamental, com ou sem fiança. Daí resulta que a prisão só pode ser imposta no curso do processo a título cautelar, de modo que, se se reúnem as condições de prisão cautelar, o flagrante se mantém; se não se reúnem as condições de prisão cautelar, o flagrante não se mantém, independentemente de a lei considerar afiançável ou inafiançável o delito. (...) Por isso, desde logo, acompanho o voto do Ministro Relator, para considerar inconstitucionais tanto os parágrafos dos artigos 14 e 15, como do artigo 21."¹⁸¹

Conforme se depreende do voto do eminente ministro, a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória no Estatuto do Desarmamento tem por fundamentos a presunção de inocência, a liberdade provisória, com ou sem fiança, como direito fundamental, e a ausência de qualquer previsão constitucional autorizadora. Como se nota, o ministro Peluso chega a dar entender que, fosse o crime hediondo, a constitucionalidade dos dispositivos teria que ser discutida em outros termos.

¹⁸¹ ADI 3112/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 26/10/2007, inteiro teor, voto do min. Cezar Peluso, p.105/107. Destaques acrescidos.

4.6.2 Jurisprudência do Supremo: vedação à liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos e Lei de Drogas

No tocante à Lei dos Crimes Hediondos e à Lei de Drogas, a divergência impera dentro do Supremo Tribunal Federal. Isto se deve ao fato de que, ao revés do que ocorre com os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, os delitos hediondos e de tráfico de drogas são, conforme já visto, classificados como inafiançáveis pela Constituição. Desde a sua edição a Lei dos Crimes Hediondos tem tido sua constitucionalidade constantemente questionada. A Lei de Drogas, ainda que apenas em tempos recentes, também tem tido o seu dispositivo que veda a liberdade provisória criticado por alguns ministros. A seguir, analisaremos acórdãos favoráveis e contrários à constitucionalidade da vedação legal em comento.

4.6.2.1 Jurisprudência do Supremo: pronunciamentos favoráveis à constitucionalidade da vedação à liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos e Lei de Drogas

Trataremos aqui o problema da liberdade provisória tanto na Lei de Crimes Hediondos como na Lei de Drogas porque o tráfico de drogas é delito equiparado à hediondo, de modo que pouco sistemática se evidenciaria uma abordagem em separado da questão. No que atine à expressa vedação legal de liberdade provisória que constava da Lei de Crimes Hediondos até recentemente, o Supremo se consolidou jurisprudência pela sua constitucionalidade:

- *PROCESSUAL PENAL. LIBERDADE PROVISORIA. TRAFICO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS. LEI 8.072, DE 25.07.90. I.*

*A Lei 8.072, de 25.07.90, proíbe, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na linha da disposição constitucional inscrita no inc. XLIII, do art. 5., da C.F., a liberdade provisória. II. - H.C. indeferido.*¹⁸²

¹⁸² STF, HC 68514/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/06/1992. Destaque acrescentado.

Como se nota neste acórdão de 1992, a Lei dos Crimes Hediondos já era invocada não apenas para negar liberdade provisória para delito equiparado a hediondo, mas também como consectário necessário da Constituição, na medida em que esta rotula tais infrações de inafiançáveis.

Em que pesem as honoráveis exceções, ao longo das duas últimas décadas de vigência da Lei dos Crimes Hediondos a regra foi o reconhecimento da constitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória, conforme provam os acórdãos a seguir, entre outros¹⁸³:

*EMENTA: Habeas corpus. Recurso em sentido estrito. Alegação de que a prisão cautelar foi decretada sem fundamentação. - Não cometeu qualquer ilegalidade o acórdão ora atacado, quando, por ter pronunciado o ora paciente, "submetendo-o a julgamento pelo Tribunal do Júri pela prática dos crimes de homicídio e de tráfico de entorpecentes", lhe impôs que aguardasse este seu julgamento nos termos do que estabelece a Lei 8.072/90 para os crimes entre os quais se encontra um dos que lhe são imputados, e, por isso, determinou a expedição contra ele do competente mandado de prisão. **De feito, ao assim proceder, cumpriu o disposto na citada lei que, com base no inciso LXVI do artigo 5º da Constituição, não admite a liberdade provisória.** Habeas corpus indeferido.*¹⁸⁴

*EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA (L. 6.368/76, ART. 18, III). INDULTO. IMPOSSIBILIDADE. A Constituição Federal determinou que a Lei Ordinária considerasse o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins como insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII). A L. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, atendeu ao comando constitucional. Considerou o tráfico ilícito de entorpecentes como insuscetível dos benefícios da anistia, graça e indulto (art. 2º, I). **E, ainda, não possibilitou a concessão de fiança ou liberdade provisória (art. 2º, II).** A jurisprudência do Tribunal reconhece a constitucionalidade desse artigo. Por seu turno, o Decreto Presidencial, que concede o indulto, veda a concessão do benefício aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (D. 3.226/86, art. 7º, I). Falta respaldo legal à pretensão do paciente. HABEAS indeferido.*¹⁸⁵

¹⁸³ EMENTA: HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA E, DEPOIS, CASSADA PELO TRIBUNAL COATOR. 1. Prisão em flagrante e posterior recebimento da denúncia que imputa ao paciente a prática de homicídio duplamente qualificado, considerado pela lei como crime hediondo. 2. Impossibilidade de concessão de liberdade provisória em face de expressa vedação contida no artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, cuja constitucionalidade já foi reconhecida por esta Corte. Precedentes. 3. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido. (STF, HC 79386/AP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04/08/2000)

¹⁸⁴ STF, HC 73657/SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/05/1997

¹⁸⁵ STF, HC 80886/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 14/06/2002. Destaques acrescentados.

No ano de 1999 houve julgamento emblemático em que o Supremo Tribunal Federal voltou a afirmar enfaticamente a constitucionalidade da vedação legal em tela, conforme se depreende dos trechos destacados do voto do ministro Néri da Silveira:

“(...) Fê-lo ao fundamento maior de tratar-se de crime hediondo, em face dos termos da denúncia assim recebida pelo Magistrado de primeiro grau e de acordo com art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072, de 1990. Pela lei dos denominados crimes hediondos, não cabe 'liberdade provisória', no curso do processo, em benefício de quem denunciado por crime que se capitula como hediondo, nos termos da lei.

Essa lei, não obstante o amplo debate que sobre ela se vem travando nos meios jurídicos e judiciários, tem recebido, por parte do Supremo Tribunal Federal, a acolhida de constitucionalidade, por maioria de votos, é certo, tendo em conta que o ilustre Ministro Marco Aurélio firmou sua posição contrária, desde o primeiro julgamento.”¹⁸⁶

Em 2001, demonstrando com nitidez o seu posicionamento, o Supremo Tribunal Federal chegou a reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Maranhão que havia concedido liberdade provisória ao réu reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos. Foi conhecido e provido o recurso extraordinário em que se aduzia pedido de reforma do pronunciamento, afastando o Supremo a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que vedava a concessão de liberdade provisória nos delitos hediondos:

EMENTA:- Recurso extraordinário. Processual Penal. Liberdade provisória. Tráfico de entorpecentes. 2. Acórdão que declarou inconstitucional o art. 2º, inciso II, da Lei Federal n.º 8.072/90. 3. Parecer da P.G.R. pelo conhecimento e provimento. 4. Crime de tráfico de entorpecentes, considerado hediondo, aplicara-se-lhe o art. 2º, II, da Lei n.º 8.072, não cabendo, posteriormente, revogar a prisão cautelar do recorrido. 5. Precedente. HC 79.386- 0/AP. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹⁸⁷

Até o ano de 2007 continuaram quase uníssonos os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a vedação legal de liberdade provisória aos crimes hediondos não apenas como

¹⁸⁶ STF, HC 79386/AP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04/08/2000. Inteiro teor. p. 24/25. Destaques acrescidos.

¹⁸⁷ RE 240782/MA, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/10/2001. Destaques acrescidos.

constitucional, mas também como imperativo da própria Constituição, que os considera inafiançáveis:

*EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: decisão do STJ em recurso especial. Em tese, admite-se a impetração de habeas corpus ao Supremo Tribunal contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, pelo menos para rever as questões jurídicas, mesmo infraconstitucionais, decididas contra o réu no julgamento de recurso especial: vertentes do entendimento da Primeira Turma no HC 71097 (RTJ 162/612). II. Crime hediondo: prisão em flagrante proibição da liberdade provisória: inteligência. Da proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos - contida no art. 2º, II, da L 8072 e decorrente, aliás, da inafiançabilidade imposta pela Constituição -, não se subtrai a hipótese de não ocorrência no caso dos motivos autorizadores da prisão preventiva.*¹⁸⁸

Com o advento da Lei 11.464 de 2007, porém, alguns posicionamentos foram alterados. O referido diploma suprimiu a expressão “liberdade provisória” do artigo 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos, restando apenas a vedação à fiança. Foi então que, entre alguns ministros, ganhou força a tese que até então vinha sendo sustentada esporadicamente em alguns votos, segundo a qual a vedação de liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados, como o tráfico de drogas, deriva da própria Constituição, na medida em que esta estabelece a sua inafiançabilidade. Desta forma, a Lei 11.464 teria apenas suprimido uma redundância, uma vez que, para os adeptos desta tese, conforme se demonstrou em tópico anterior, ao se proibir a fiança já se está, por um imperativo lógico, vedando também a liberdade provisória sem fiança. Tal é o conteúdo de acórdão relatado pela ministra Cármen Lúcia:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA: QUESTÃO PREJUDICADA. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA QUE O JUÍZO DAS EXECUÇÕES ANALISE EVENTUAL CABIMENTO DA PROGRESSÃO DE REGIME: INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

(...) 2. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição

¹⁸⁸ STF, HC 83468/ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27/02/2004. Destaques acrescentados.

*da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 3. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 4. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 5. Lícitude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei n. 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória. Ordem denegada. (...)*¹⁸⁹

A ministra não apenas afirmou o caráter constitucional da vedação de toda e qualquer liberdade provisória aos acusados por crimes hediondos como destacou que, no caso do tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo, continua havendo disposição infraconstitucional no sentido da referida proibição. Como a Constituição, em seu artigo 5º, inciso XLIII, também veda a fiança para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, conclui-se que, ainda que ausente qualquer disposição em lei ordinária, posicionar-se-ia a ministra Carmen Lúcia pelo afastamento da possibilidade de concessão de liberdade ao preso em flagrante delito pela mencionada infração. Outro ministro a perfilhar a tese de que a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados deriva de comando constitucional é Carlos Ayres de Britto, que assim coloca:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO E PRONUNCIADO PELO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. TEMA NÃO DISCUTIDO NO TJ/SP NEM CONHECIDO PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO OU A ELE EQUIPARADO. CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA. OBSTÁCULO

¹⁸⁹ STF, HC 93302/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 09/05/2008. Destaques acrescentados.

DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL: INCISO XLIII DO ART. 5º (INAFIANÇABILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS). JURISPRUDÊNCIA DO STF.

*1. O Supremo Tribunal Federal não é competente para examinar, per saltum, a tese do excesso de prazo. 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. A redundância foi reparada pelo legislador ordinário (Lei nº 11.464/2007), ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança. 3. Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que "a proibição da 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..." (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). Precedente: HC 93.302, da relatoria da ministra Cármen Lúcia. 4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada."*¹⁹⁰

Entusiasta deste posicionamento também tem se revelado o ministro Ricardo Lewandowski, conforme demonstrado por acórdão por ele relatado:

"EMENTA: HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII E LXVI, DA CF. SENTENÇA DE PRONÚNCIA ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. EVENTUAL NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE SUPERADA. PRECEDENTES DO STF.

I - A vedação à liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados que provém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII e XLIV). II - Inconstitucional seria a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a delitos com relação aos quais a Carta Magna veda a concessão de fiança. III - Decisão monocrática que não apenas menciona a fuga do réu após a prática do homicídio, como também denega a liberdade provisória por tratar-se de crime hediondo. IV - Pronúncia que constitui novo título para a segregação processual, superando eventual nulidade da prisão em flagrante. V - Ordem denegada."

¹⁹⁰ STF, HC 93886/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJ 20/03/2009. Destaques acrescentados.

4.6.2.2 Jurisprudência do Supremo: pronunciamentos favoráveis à inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos e Lei de Drogas

No início, as manifestações do Supremo Tribunal Federal eram quase todas, à exceção do ministro Marco Aurélio, pela constitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória. Logo foram proferidos votos, porém, no sentido de limitar a amplitude da proibição à concessão de liberdade provisória. Estes pronunciamentos, se não reconheciam a inconstitucionalidade da proibição genérica à concessão de liberdade provisória, ao menos restringiam-lhe o alcance, como nos demonstra acórdão relatado pelo ministro Ilmar Galvão:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRAFICO DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE (ART. 14 DA LEI N. 6368/76). PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. RELAXAMENTO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECONSTITUIÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA. VEDAÇÃO A LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 2., II, DA LEI N. 8072/90. INTERPRETAÇÃO.

*Caracterizado o excesso de prazo na custódia cautelar do paciente, mesmo em face da duplicação, instituída pelo art. 10 da Lei n. 8072/90, dos prazos processuais previstos no art. 35 da Lei n. 6368/76, é de deferir-se o habeas corpus para que seja relaxada a prisão, já que a vedação de liberdade provisória para os crimes hediondos não pode restringir o alcance do art. 5º, LXV, da Carta da República, que garante o relaxamento da prisão eivada de ilegalidade. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa, deferido.*¹⁹¹

O ministro Marco Aurélio Mello, conhecido por sua intransigente defesa das liberdades, sempre votou de forma crítica à Lei dos Crimes Hediondos, apontando suas incoerências e incompatibilidades com o sistema de garantias constitucionais. Em julgamento de 1991, já atentava para o fato de que a liberdade provisória não pode ser afastada em abstrato, mas apenas em cada caso diante de suas especificidades e elementos concretos:

¹⁹¹ STF, HC 70856/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29/09/1995. Destaques acrescentados.

“(...) Partiu, assim, para o assentamento, imediato, da culpa do Acusado, deixando de avaliar, como salientado pelo Ministério Público, a respectiva personalidade, o envolvimento de prática de pequena monta, talvez mesmo decorrente de uma leviandade que, muito embora reprovável, não pode ser equiparada ao tráfico costumeiro, extenso e profissional. A ótica do Colegiado de origem revela, data venia, verdadeiro preconceito. Inegavelmente, não se tem no Ácórdão proferido elementos de convicção idôneos sobre a conveniência do afastamento da liberdade provisória deferida pelo Juízo, faltando-lhe, assim requisito básico e que é imposto pelo artigo 315 do Código de Processo Penal.

Destarte, o Tribunal de Justiça acabou por afastar do mundo jurídico a liberdade provisória (...). A generalização ocorrida não se coaduna com o sentido pertinente ao direito de defesa, que engloba a possibilidade de o Acusado defender-se sem estar recolhido à prisão pública. Assim, endossando o parecer do Ministério Público Federal, concedo a ordem (...).”¹⁹²

O ministro Marco Aurélio Mello viria a se consolidar como o mais ferrenho opositor da Lei de Crimes Hediondos na Suprema Corte, destacando recorrentemente a inconstitucionalidade de vários de seus dispositivos, entre eles o que ora se debate. As incoerências e contradições da lei não lhe passaram despercebidas:

“A Lei nº 8.072/90 é contraditória, pois conduz a certos paradoxos, a certas incoerências, a certos conflitos, e aí verificamos, realmente, no inciso II do artigo 2º, que aquele que haja cometido crime hediondo não pode se beneficiar da fiança nem da liberdade provisória.

Não obstante, revelando a incongruência a que me referi, essa mesma lei, no §2º do artigo 2º, consigna:

§2º - Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

O que assenta a Lei nº 8.072/90? A impossibilidade de alguém, simples acusado, responder ao processo em liberdade? Não, porque o própria Diploma prevê, no §2º do artigo 2º, que mesmo diante de uma sentença condenatória - e até aqui não se tem sequer sentença de pronúncia contra o Paciente - o juiz pode assegurar ao acusado - até então, repito, ante a garantia constitucional relativa à presunção de não-culpabilidade, um simples acusado - o direito de recorrer em liberdade; (...).”¹⁹³

O ministro também viria a lançar mão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional para afirmar a inconstitucionalidade

¹⁹² STF, HC 68514/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/06/92. Inteiro teor. p.06/07. Destaques acrescidos.

¹⁹³ STF, HC 79386/AP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04/08/2000. Inteiro teor. p.11/12. Destaques acrescidos.

da vedação genérica e abstrata de liberdade provisória. Afinal, se basta que o Ministério Público ou a autoridade policial classifiquem o crime como hediondo para que o réu tenha que aguardar o processo preso, que espaço tem o Estado-juiz para julgar o caso de acordo com suas especificidades?

EMENTA: HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA E, DEPOIS, CASSADA PELO TRIBUNAL COATOR.

*[A] entendermos que é suficiente, em si, o Ministério Público, parte na ação penal, articular a qualificação do homicídio para afastar-se a liberdade provisória, **retirar-se-á do crivo do Judiciário o exame dessa matéria; é proceder à substituição do juiz pelo membro do Ministério Público, porque, aí, jamais se terá situação concreta para deixar-se de manter o acusado, simples acusado, e enquanto simples acusado, sob a custódia do Estado.***¹⁹⁴

Com o advento da Lei 11.464 de 2007, o ministro Marco Aurélio, até então praticamente isolado no seu ataque à vedação em comento, passou a ser acompanhado por diversos ministros. Alguns ministros da Suprema Corte começaram a enxergar que a supressão da expressão “liberdade provisória” do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.072/90, os autorizaria a soltar acusados por crimes hediondos e equiparados. Isto demonstra que, para estes integrantes do Excelso Sodalício, a vedação à liberdade provisória não advém diretamente da previsão constitucional de inafiançabilidade, como querem alguns. A seguir, transcreve-se ementa de acórdão relatado pelo ministro Joaquim Barbosa nesta esteira:

*EMENTA: CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. **PRISÃO EM FLAGRANTE HOMOLOGADA. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DOS FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA.*

*A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo penal. Precedentes desta Corte. **Em razão da supressão, pela Lei 11.646/2007, da***

¹⁹⁴ STF, HC 79386/AP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04/08/2000. Destaques acrescentados.

vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão. A análise do pleito de afastamento da qualificadora surpresa do delito de homicídio consubstanciaria indevida incursão em matéria probatória, o que não é admitido na estreita via do habeas corpus. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida.

Outro não foi a inferência do ministro Eros Grau¹⁹⁵, para quem a Lei 11.646/2007 suprimiu o único potencial óbice à concessão de liberdade provisória aos acusados de crimes hediondos.

Muito além de reconhecer que a Constituição não impõe a vedação de liberdade provisória ao consagrar a inafiançabilidade de certos crimes, o ministro Celso de Mello elaborou voto no sentido de que eventual vedação atentaria frontalmente contra os princípios estampados na Lei Maior. Tal voto se revela de extraordinária importância uma vez que nele Celso de Mello concede a liberdade provisória para acusado preso em flagrante por tráfico de drogas, delito que, além de ser considerado inafiançável pela Constituição, conta com legislação própria que veda a concessão da liberdade, qual seja, a Lei 11.343/2006.

“EMENTA: 'HABEAS CORPUS'. VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DE DROGAS (ART. 44). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO 'DUE PROCESS OF LAW', DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA 'PROIBIÇÃO DO EXCESSO': FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO 'STATUS LIBERTATIS' DAQUELE QUE A SOFRE. (...) PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

¹⁹⁵ “DECISÃO: Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do STJ, que indeferiu pleito cautelar em habeas corpus. 2. Colhe-se da inicial que o paciente e outro foram presos em flagrante, em 11/5/2007, sob a acusação de terem praticado o crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. (...) 13. **Observe, ainda, que a Lei n. 11.464, de 29/3/2007, alterou a redação do art. 2º da Lei n. 8.072, revogando a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados. Defiro a liminar** a fim de que o paciente seja imediatamente posto em liberdade, até o julgamento final deste writ. (...)” (STF, HC 92656/PR, rel. Min. Eros Grau, DJ 09/10/2007. Destaque acrescido)

DECISÃO: Trata-se de 'habeas corpus', com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão, que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça (...).

O E. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o pedido de 'habeas corpus', justificou a medida excepcional da prisão cautelar ora questionada, dentre outros argumentos, sob o de que '(...) a Lei 11.343/06, expressamente, fez constar que o delito de tráfico de drogas é insuscetível de liberdade provisória (...)

Mostra-se importante ter presente, no caso, quanto à Lei nº 11.343/2006, que o seu art. 44 proíbe, de modo abstrato e 'a priori', a concessão da liberdade provisória nos crimes previstos nos arts. 33, 'caput' e § 1º e 34 a 37 desta Lei'. Cabe assinalar que eminentes penalistas, examinando o art. 44 da Lei nº 11.343/2006, sustentam a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória prevista em mencionado dispositivo legal (...) Cumpre observar, ainda, por necessário, que regra legal, de conteúdo material virtualmente idêntico ao do preceito em exame, consubstanciada no art. 21 da Lei nº 10.826/2003, foi declarada inconstitucional por esta Suprema Corte. A regra legal ora mencionada, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, inscrita no Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), tinha a seguinte redação: 'Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.' **Essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), tem sido repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do 'due process', dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República.** Foi por tal razão, como precedentemente referido, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.112/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/2003, (Estatuto do Desarmamento) (...).

Essa mesma situação registra-se em relação ao art. 7º da Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), cujo teor normativo também reproduz a mesma proibição que o art. 44 da Lei de Drogas estabeleceu, 'a priori', em caráter abstrato, a impedir, desse modo, que o magistrado atue, com autonomia, no exame da pretensão de deferimento da liberdade provisória. Essa repulsa a preceitos legais, como esses que venho de referir, encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (...) Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. (...)

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. (...) A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (...)

Daí a advertência de que a interdição legal 'in abstracto', vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal. Igual objeção pode ser oposta ao E. Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento, fundado em juízo meramente conjectural (sem qualquer referência a situações concretas) 'no sentido de que (...) a vedação imposta pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/90 é (...) fundamento idôneo para a não concessão da liberdade provisória nos casos de crimes hediondos ou a ele equiparados, dispensando, dessa forma, o exame dos pressupostos de que trata o art. 312 do CPP' (fls. 257 - grifei) -, constitui, por ser destituído de base empírica, presunção arbitrária que não pode legitimar a privação cautelar da liberdade individual.

O Supremo Tribunal Federal, de outro lado, tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a justificar, só por si, a privação cautelar do 'status libertatis' daquele que sofre a perseguição criminal instaurada pelo Estado.' (...) A gravidade do crime imputado, um dos malsinados 'crimes hediondos' (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, art. 5º, LVII).' (...) **ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU.** - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada.' (RTJ 187/933, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

*Tenho por inadequada, desse modo, para efeito de se justificar a decretação da prisão cautelar da ora paciente, a invocação 'feita pelas instâncias judiciais inferiores - do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 ou do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, especialmente depois de editada a Lei nº 11.464/2007, que excluiu, da vedação legal de concessão de liberdade provisória, todos os crimes hediondos e os delitos a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. (...)'*¹⁹⁶

Em suas extensas considerações, cuja transcrição em boa parte se considera imprescindível frente à riqueza de argumentos do voto, Celso de Mello se vale de vários dos elementos fornecidos pela doutrina para afirmar

¹⁹⁶ STF, HC 96715/SP MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/02/2009. Destaques acrescentados.

a inconstitucionalidade da vedação abstrata da concessão de liberdade provisória. Confere especial ênfase ao princípio da presunção de inocência, pelo qual todos, independentemente da gravidade do delito, são inocentes até que o contrário seja consignado em condenação penal transitada em julgado, não podendo sofrer o acusado, até este momento, qualquer restrição à sua liberdade decorrente de presunções de culpa ou de periculosidade, muito menos se realizadas em bases totalmente abstratas, sem atenção às especificidades concretas do caso.

O ministro lança mão também do princípio da proporcionalidade para argumentar que cabe ao Judiciário vetar os manifestos excessos do Legislativo, como o que se caracteriza no caso, posto que a lei, sem qualquer razoabilidade, veda que uma pessoa, inocente sob o ponto de vista jurídico, responda ao processo em liberdade. Por fim, não olvida da mácula à Constituição que produz esta vedação abstrata de liberdade provisória ao impedir o Estado-juiz de julgar o caso que lhe é posto em toda a sua amplitude. Ao impedir que a questão da liberdade provisória seja analisada em seus pormenores, caso a caso, pelo Judiciário, a lei está afastando do Estado-juiz o poder-dever de exercer a jurisdição, violando o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Um argumento que ainda pode ser acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, mas que vem sendo rejeitado *prima facie* em alguns votos, é o de que a Lei 11.646/2007, ao acabar com a vedação expressa à liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos, revogou o artigo 44 da Lei de Drogas, que é de do ano de 2006. Marcellus Polastri é um dos que defendem tal interpretação:

“Ora, sendo o delito de tráfico de drogas equiparado a hediondo e agora a Lei de Crimes Hediondos não mais impedindo a liberdade provisória, resulta evidente que passa a ser permitida a liberdade provisória sem fiança, ficando vedada só aquela com fiança. Não se pode afirmar que a Lei nº 11.343/2006 é especial, já que seria aplicável somente aos crimes de Tóxicos, uma vez que a permissão para a liberdade provisória está também inserida em lei especial que abrange crimes hediondos e equiparados e que se refere expressamente ao “tráfico ilícito de entorpecentes” e, sendo a Lei nº 11.464/2007 uma lei

posterior, deve derrogar o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 no que se refere à vedação da liberdade provisória sem fiança.”¹⁹⁷

¹⁹⁷ POLASTRI, Marcellus. A Constituição Federal, Prisão Cautelar e Liberdade Provisória, in *Processo Penal e Democracia*, coordenação de Diogo Malan e Geraldo Prado, Lumen Juris, 2009, p. 394. Destaques acrescentados.

Conclusão

O princípio da presunção de inocência corresponde a uma conquista histórica inestimável, possível apenas graças ao sacrifício de muitos e aos incansáveis esforços daqueles que colocam a liberdade humana acima de eventuais propósitos coletivistas ditados por adoradores do Estado que enxergam o homem como mero instrumento. Tal é sua importância que Aury Lopes Jr. chega a afirmar que o nível de autoritarismo de um ordenamento jurídico pode ser medido pela posição que nele ocupa o princípio da presunção de inocência:

*“A presunção de inocência é um princípio reitor do processo constitucional e democrático, podendo-se perfeitamente avaliar o grau de civilidade do processo a partir do seu nível de eficácia. Parafraseando Goldschmidt, se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles.”*¹⁹⁸

Ao estabelecer que todos desfrutam de um estado de inocência que só pode ser afastado pela condenação definitiva, procura a Constituição, entre outras coisas, minimizar as chances de erro judiciário. Trata-se de garantir que aqueles que não cometeram um crime, estando sendo acusados injustamente, não sejam punidos, e que os que efetivamente transgrediram só o sejam quando tivermos certeza que de fato praticaram o delito. Algumas vezes, no caso concreto, este verdadeiro mecanismo de tutela do cidadão acabará sendo distorcido para beneficiar alguém que verdadeiramente cometeu um crime, sendo este o preço a se pagar pela garantia de que, em contrapartida, inocentes não serão castigados. Explica Aury Lopes Jr.:

“É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de

¹⁹⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 53. Destaques acrescidos.

algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.”¹⁹⁹

Este pensamento reflete a ideologia liberal construída a partir do Iluminismo, quando se começou a formular a base teórica do liberalismo e a engendrar a luta política no sentido de restringir o poder do Estado e cercar seus meios de atuação de forma a limitar os abusos e garantir o valor, que, segundo Kant²⁰⁰, é o único inato ao ser humano: a liberdade. E aqui se fala da liberdade individual, e não daquela dita “liberdade coletiva” de que muitos se valeram para cometer atrocidades em nome do nacionalismo ou do socialismo, origem comum dos genocídios e crimes contra a humanidade que marcaram o século XX. Vittorio Grevi reconhece a liberdade pessoal como pressuposto de todas as liberdades:

“Al di là del significato che a tale principio deve attribuirsi sul piano istituzionale, è comunque intuitivo – e la collocazione dell’art. 13 comma 1 Cost. sta a confermarlo – che il diritto alla dell’interesse che vi è garantito, si configura nel sistema come presupposto di tutti gli altri diritti di libertà, in quanto logicamente li precede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione.”²⁰¹

A vedação à liberdade provisória, seja por força de lei, seja por força de interpretação das disposições constitucionais de inafiançabilidade, acaba por estabelecer que o réu preso em flagrante permanecerá preso ao longo de todo o curso do processo. A mera situação de flagrância, porém, não transmuta um inocente em culpado para o Direito. Não poderia ser diferente, já que a suposta “certeza visual” do flagrante não leva à imediata conclusão de que o agente de fato cometeu um crime. E se o flagrante tiver sido forjado? E se o agente estava em legítima defesa, estado de necessidade ou sob outra causa da exclusão da ilicitude? E se o agente é inimputável, ou estava sob coação moral irresistível (eg.: pessoa prometia

¹⁹⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 53. Destaques acrescentados.

²⁰⁰ “Kant havia racionalmente reduzido os direitos irresistíveis (que ele chamava de “inatos”) a apenas um: a liberdade.” (BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Campus. 8ª ed. p.17.

²⁰¹ GREVI, Vittorio. Libertà personale dell’imputato e costituzione. Giuffrè. 1976. p.02

praticar mal grave à sua família se não praticasse o fato típico), ou se encontra sob outra causa de exclusão da culpabilidade?

Evidente, para todos os efeitos, que determinar a prisão obrigatória do réu preso em flagrante viola o princípio da presunção de inocência, uma vez que este, conforme se demonstrou amplamente, só permite a restrição da liberdade antes da condenação irreversível para atender, concretamente, a finalidades cautelares, e ainda assim apenas excepcionalmente.

O argumento de que a Constituição proibiu a concessão de liberdade provisória para acusados de certos crimes ao estabelecer a inafiançabilidade também não procede. A própria Lei Maior reconhece que existe a liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança. Em outras palavras, ao estabelecer a inafiançabilidade, não vedou expressamente a liberdade provisória sem fiança. Não o tendo feito, não é o intérprete que poderá fazê-lo. Afinal, para proteção das liberdades contra os contorcionismos hermenêuticos, é ululante que as normas que restringem direitos devem ser interpretadas estritamente, como nos ensina Carlos Maximiliano:

*“Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana, ou afetam a propriedade; conseqüentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade.”*²⁰²

Só se pode depreender da inafiançabilidade a vedação da liberdade provisória **sem fiança** por uma interpretação extensiva de norma restritiva de direitos, o que, se admitido, terminaria por frustrar todo o sistema constitucional de proteção das liberdades, já que ficaríamos sempre sob o risco de agigantamento do poder punitivo do Estado por força de interpretação.

Da mesma forma, não se pode recorrer a interpretação extensiva de norma limitadora de direitos para evitar o esvaziamento de normas constitucionais. A Constituição, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, estabelece

²⁰² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8ª edição. Ed. Freitas Bastos. 1965, p. 322.

que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Ora, a inafiançabilidade não é um direito fundamental, muito menos uma garantia. Desta forma, nada impede que **não** tenham aplicação imediata as normas que a prevêm, ficando sua eficácia condicionada à formulação de legislação infraconstitucional coerente. Já a liberdade provisória, como nos ensina Alberto Silva Franco²⁰³, é direito fundamental, devendo ser aplicada de imediato.

Muitos afirmam que o processo é demasiadamente lento, e que os recursos disponibilizados ao réu são muitos, de modo que a interpretação que aqui se defende fomentaria a nefasta impunidade que assola nosso país. Ora, não é prendendo pessoas que sequer temos certeza de que são culpadas que resolveremos o problema da impunidade. De qualquer forma, o problema da impunidade é muito propalado, de modo que a retrocitada crítica merece alguma atenção adicional nesta conclusão.

Se é certo que a bandeira da repressão ao crime não pode justificar o aniquilamento de garantias processuais a muito custo consagradas, não menos verdade é que o Estado tem um dever de proteção que, se relegado a segundo plano, deixará os direitos fundamentais à mercê de todo tipo de violação horizontal. Afinal, o Estado não é o único a ferir direitos fundamentais, fazendo-se necessária a intervenção do Direito Penal justamente porque os próprios particulares estão a todo momento a violar os direitos fundamentais uns dos outros.

A ameaça aos direitos do indivíduo vêm tanto do Estado como dos demais indivíduos, ou seja, há uma ameaça vertical e outra horizontal, mostrando-se imprescindível o alcance de um equilíbrio entre a limitação do poder de punir e a observância efetiva do dever de proteção. Recorrendo ao Direito Alemão para melhor explicitar tais idéias, discorre o ministro Gilmar Mendes:

²⁰³ “Destarte, o direito fundamental à liberdade provisória, nos termos do inc. LXVI do art. 5º da Constituição Federal, tornou-se imediata e plenamente aplicável a partir da Constituição, independentemente de qualquer lei intermediadora.” (FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6ª ed. Revista dos Tribunais. p. 455).

*“Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (...), expressando também um postulado de proteção (...). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: (...) (b) Dever de segurança (Sicherheitspflicht), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; (...) Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.”*²⁰⁴

O doutrinador colombiano Bernal Pulido é outro a discorrer com propriedade acerca do dever de proteção atribuído ao Estado:

*“En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de ‘deberes de protección’ que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan”.*²⁰⁵

Há que se procurar a harmonia, portanto, entre o dever de proteção dos direitos fundamentais, ônus do Estado, com as garantias frente ao poder de punir. No atinente à liberdade provisória, certamente não é punindo pessoas apenas com base no flagrante, sem condenação, que daremos efetividade à tutela penal. Assim se dispõe na exposição de motivos do anteprojeto Carvalhido para o novo Código de Processo Penal:

*“Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado.”*²⁰⁶

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, n. 10, 2002, p. 10/11. Destaques acrescidos.

²⁰⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p.126.

²⁰⁶ Anteprojeto Hamilton Carvalhido, disponível em <http://www.amperj.org.br/emails/anteprojetoCPP.pdf>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescidos.

Há que se evitar a deletéria noção de “compensar” a lentidão da Justiça e profusão de recursos disponibilizados ao réu com interpretações extensivas de normas restritivas de direitos. A impunidade não pode ser combatida às custas dos mecanismos que garantem que inocentes não serão castigados. Em outras palavras, não atingirá o Estado seus objetivos de proteção dos direitos fundamentais se o combate à impunidade se der com base na punição sem condenação. Apenas com a rigorosa observância das garantias fundamentais e com a agilização da máquina judiciária, possivelmente acompanhada por uma reformulação do sistema recursal, caminharemos no sentido de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que não apenas **obedece** ao Direito, como também o **protege**, sem que estas funções se excluam, conforme nos ensina o saudoso Goffredo Telles Jr.:

*“O Estado de Direito se caracteriza por três notas essenciais, a saber: por ser obediente ao Direito; por ser guardião dos Direitos; e por ser aberto para as conquistas da cultura jurídica. É obediente ao Direito, porque suas funções são as que a Constituição lhe atribui, e porque, ao exercê-las, o Governo não ultrapassa os limites de sua competência. É guardião dos Direitos, porque o Estado de Direito é o Estado-Meio, organizado para servir o ser humano, ou seja, para assegurar o exercício das liberdades e dos direitos subjetivos das pessoas.”*²⁰⁷

²⁰⁷ TELLES JR., Goffredo. Carta aos Brasileiros. Disponível em <http://www.goffredotellesjr.com.br/carta.htm>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescentados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Livros

- ANTONIO CÂMARA, Luiz. Prisão e Liberdade Provisória. 1ª edição. Juruá, 1997. 183 p.
- ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. Edição única. Quartier Latin, 2007. 208 p.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Tomo II. 1ª edição. Campus jurídico e Elsevier, 2007. 318 p.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 8ª edição. Campus, 2004. 212 p.
- BONESANA, Cesare. Dos delitos e das penas. Ed. Martins Fontes, 1991. 128 p.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 10ª edição. Saraiva, 2006. 913 p.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 1ª edição. Renovar, 1998. 455 p.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2007. 605 p.
- FREDERICO MARQUES, José. Elementos de Direito Processual Penal. Volume IV. 2ª edição. Forense, 1965. 451 p.
- FOUCAULT, Michel. A verdade de as formas jurídicas. 2ª edição. Nau Editora, 1999. 158 p.
- GARCIA, Basileu. Comentários ao código de processo penal. v. III. 1ª edição. Forense, 1945. 655 p.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. 2ª edição. Saraiva, 1991. 109 p.
- GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais, 1998. 257 p.

- GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. Edição única. Saraiva, 1989. 202 p.
- GREVI, Vittorio. Libertà personale dell'imputato e costituzione. Giuffrè, 1976. 400 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e Processo Penal – As interceptações telefônicas. 2ª edição. Saraiva, 1982. 125 p.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II. 2ª edição. Lumen Juris, 2009. 704 p.
- MALAN, Diogo e PRADO, Geraldo. Processo Penal e Democracia. Ed. Única. Lumen Juris, 2009. 597 p.
- MARTINS BATISTA, Weber. Liberdade Provisória. 1ª edição. Forense, 1981. 122 p.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 8ª edição. Ed. Freitas Bastos, 1965. 428 p.
- NICOLITT, André. As subversões da presunção de inocência. Edição única. Lumen Juris, 2006. 163 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 6ª edição. Revista dos Tribunais, 2007. 1200 p.
- OVINSKI DE CAMARGO, Mônica. Princípio da presunção de inocência no Brasil. Edição única. Lumen Juris, 2005. 317 p.
- PACELLI, Eugênio. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. 2ª edição. Lumen Juris, 2007. 163 p.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 148 p.
- RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12ª edição. Lumen Juris, 2007. 646 p.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 16ª edição. Saraiva, 1994. 752 p.
- TORRES, Jaime Vegas. Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal. Edição única. Lumen Juris, 1993. 228 p.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 3ª edição. Saraiva, 2001. 776 p.

- VILELA, Alexandra. Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal. 2ª edição. Coimbra, 2005. 138 p.

2. Jurisprudência

- STF, HC 93.352/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/11/2009.
- STF, HC 95.324/ES, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 14/11/2008
- STF, HC 85298/SP, rel. Min. Carlos de Britto, DJ 04/11/2005.
- STF, HC 80379/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/05/2001.
- STF, HC 94442/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19/12/2008
- STF, HC 98655/MG Agr, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 21/08/2009
- STF, HC 94521/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 01/08/2008
- STF, HC 79386/AP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04/08/2000. Inteiro teor. p.11/12 e 24/25.
- STF, HC 83468/ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27/02/2004
- STF, HC 73657/SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/05/1997
- STF, HC 93302/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 09/05/2008
- STF, HC 93886/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJ 20/03/2009
- STF, HC 70856/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29/09/1995
- STF, HC 68514/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/06/92. Inteiro teor. p.06/07
- STF, HC 99043/PE, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 04/06/2009
- STF, HC 92656/PR, rel. Min. Eros Grau, DJ 09/10/2007
- STF, HC 80886/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 14/06/2002.
- STF, HC 96715/SP MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/02/2009
- ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. Celso De Mello, DJ 18/05/2001
- ADI 3112/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 26/10/2007
- ADI 3112/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 26/10/2007, inteiro teor, voto do min. Cezar Peluso, p.105/107.
- RE 466.343/SP, rel. min. Cezar Peluso, DJ 05/06/2009. Inteiro Teor, p. 49 e 56
- RE 240782/MA, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/10/2001
- Informativo nº 500 do Supremo Tribunal Federal (31 de março a 4 abril de 2008)
- TJ/RS, HC nº 70005916929, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des.: Amilton Bueno de Carvalho, J. 12/03/2003.

3. Artigos

- FERNANDES, Antônio Scarance. Fiança criminal e a Constituição Federal. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT - 670, 1991, p. 37.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição De 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Revista do Advogado. AASP. N.º 42, abril de 1994, p. 31.
- GOMES, Luiz Flávio. STF garante liberdade provisória no caso de posse ou porte de arma de fogo, *in* Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, ano VIII, nº 46, out-nov 2007, p. 209.
- LINS E SILVA, Evandro. A liberdade provisória no processo penal, *in* Revista de Direito Penal, nº 15/16, 1974, p. 49.
- MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. Ainda a prisão cautelar e a liberdade provisória in Boletim IBCCRIM, fascículo 19, agosto de 1994, p.02.
- MARQUES, Paulo Édson. Da liberdade provisória com e sem fiança. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 69, dez., 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, n. 10, 2002, p. 10/11.
- SANGUINÉ, Odone. “A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva”. In: Revista de Estudos Criminais, nº 10, p.114.
- SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória, *in* Fascículos de Ciências Penais, ano 3, v.3, n.4, 1990, p.16.
- TORON, Alberto Zacharias. Órgão especial do TJSP admite liberdade provisória em crime hediondo in Boletim IBCCRIM, ano 11, nº 127, junho de 2003, p. 02.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da Prisão e da Liberdade Provisória, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº 7, p. 73.

4. Outras publicações

- Anteprojeto Ada Pellegrini, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/401942.pdf>. Acesso em 05/11/2009.
- Anteprojeto Hamilton Carvalhido, disponível em <http://www.amperj.org.br/emails/anteprojetoCPP.pdf>. Acesso em 05/11/2009

- Convenção Americana de Direitos Humanos, inteiro teor disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/curso/processoeconstituicao/documentos/pactodeSaoJoseCostarica.htm>. Acesso em 09/11/2009.
- Convenção de Palermo, dispositivos disponíveis em <http://www.scribd.com/doc/10150554/-crime-organizado-no-brasil-livro-ebook-ptbr>. Acesso em 08/11/2009.
- Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:qzwzL4a6vUYJ:www.fundap.sp.gov.br/ouvidoria/dados/dudh.pdf+declaração+universal+direitos+do+homem&hl=pt-BR&gl=br>. Acesso em 09/09/2009.
- Pacto de Direitos Civis e Políticos, inteiro teor disponível em http://www.aid.gov.br/legislacao/vol1_2.htm. Acesso em 09/11/2009.
- TELLES JR., Goffredo. Carta aos Brasileiros. Disponível em <http://www.goffredotellesjr.com.br/carta.htm>. Acesso em 05/11/2009. Destaques acrescentados.

5. Legislação

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- Código de Processo Penal
- Lei 5.349/1967.
- Lei 8.884/1994.
- Lei 9.099/95
- Lei 6.416/77
- Lei 10.826/03
- Lei n. 8.072/90
- Lei n. 11.464/07
- Lei 11.343/2006
- Lei 9.613/98
- Lei 9.034/95
- Lei nº 5.349/1967
- Projeto de Lei 159/2009