

Liberdade provisória e os aspectos controvertidos de sua vedação

1 INTRODUÇÃO

É de relevo científico abordar os meandros da liberdade provisória em face dos aspectos controvertidos de sua vedação, uma vez que há grande descontentamento por parte da doutrina e da jurisprudência que trate de vedá-la expressamente no plano do campo abstrato.

Muitos causídicos verem seus pleitos indeferidos pela alegação de que o acusado, em que pese ser primário, milita em seu desfavor dicção expressa de texto legal que o mantém no cárcere ainda que ausentes aqueles quesitos contidos nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

Por vezes, não era raro haver despacho que reconhecia legal o ato da prisão flagrancial e, sem que fosse decretada a prisão preventiva, a liberdade provisória era proscrita, aludindo, outrossim que o juiz somente iria se pronunciar acerca do pedido de liberdade quando da audiência de interrogatório do acusado, ou ainda, indeferia de plano o seu pleito, em face da característica do delito supostamente cometido.

De sorte que, na contra mão dos textos infraconstitucionais que vedavam a Liberdade Provisória, a Nossa Constituição de 1988, em seu artigo 5.º, LVII, assevera que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Desta forma, o acusado por prática de ato ilícito tem o direito de ser tratado com dignidade, enquanto não se solidificarem as acusações contra ele perpetradas, já que, pode-se chegar a uma conclusão de que o mesmo venha a ser inocente.

Com igual raciocínio, a Constituição da República Federativa do Brasil reclama que todo acusado deve ser submetido ao devido processo legal, este, subentende o contraditório, imbuído de ampla defesa com todos os meios necessários e lícitos a ela inerentes.

Estas tênues considerações são reflexos das controvérsias, a priori, que serão vergastadas longo deste humilde labor científico encartado neste artigo, para, posteriormente, trazer novamente à discussão a problemática da vedação à Liberdade Provisória em tese, a fim de fornecer ao operador da labuta criminalista diária, práxis forenses que possam endereçar os militantes da seara Processual Penal para um novo direito constitucional penal e constitucional processual penal,

capazes de respeitarem os princípios constitucionais de garantia e neles o élan da Liberdade como valor supremo do indivíduo ainda considerado inocente.

É certo que repousa maior razão no entendimento de que somente quando insuperáveis razões de Ordem Pública, Social ou Processual pressionarem nesse sentido, é que se poderia falar em trancafiamento precautório, e isto é questão processual e não problema que deva ser resolvido por Lei material, maximizado na expressão: “a liberdade é a regra, a prisão é exceção”.

2. CONCEITO E ESBOÇO HISTÓRICO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

É certo que toda sociedade espera de seus membros uma conduta em parcimônia social adequada. Quanto à idéia de liberdade, esta resta atrelada a algo que, de qualquer forma, a restrinja, no caso sob exame, a prisão. É também de relevo não menos importante que, aos homens em suas barganhas diárias, impõe-se absterem-se de comportamentos, que já foram previstos abstratamente pelos legisladores, que são escolhidos por todos para elaborarem normas abstratas, que se coadunem com o padrão de convivência social.

Depois de tornadas públicas, tais normas devem ser seguidas e respeitadas por todos. Contudo, quando alguém, por motivos internos ou externos, por exemplo: um problema fisiológico ou relacional, se desvincilha de tais preceitos, deve suportar as asperezas impostas pelo comando legal. Assim, é dado ao magistrado o poder de dizer o direito, *jura novit curia*, por meio de um processo équo através de uma sentença que reconheça a culpabilidade ou não daquele que foi submetido às raias da miserabilidade de um processo criminal.

O Estado como detentor do monopólio jurisdicional, deve exercer seu direito subjetivo de punir (*jus puniendi*) contra o controvertidor da norma e sanar a patologia surgida com a ação contrária ao direito.

Portanto, embora a prisão se revista de legalidade, e as condições objetivas e subjetivas tornem a segregação válida, a ação do autor do fato, por si só, não seria o suficiente para que o legislador previsse como requisito à decretação da medida cautelar, vez que é o processo que fomenta a necessidade daquele mal necessário: a prisão.

Assim, sem o requisito fundamentador da custódia, deve o agente ser posto em liberdade até decisão motivada, proferida por magistrado competente, que tenha atuado sob a égide dos postulados da plenitude da ordem jurídica justa.

Neste diapasão, conceituar liberdade provisória não é tarefa fácil. Outrossim, apoiamos-nos em vários doutrinadores na certeza de melhor apreender o instituto. Vejamos, pois, o magistério de CAPEZ (2004: p. 248), para quem liberdade provisória se define como:

“Instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas”.

Ao que se percebe, pelo conceito do renomado autor, o instituto da liberdade provisória visa substituir uma situação constrangedora por que passa o acusado, por outra menos gravosa, desde que o processo reste igualmente protegido.

Na impossibilidade de se proteger o feito processual, a reprimenda resta necessária e poderá ser decretada por vários motivos: de um lado, serve de exemplo a que outras pessoas não queiram corromper as normas de conduta seguida por todos. Noutro átimo, restabelece a segurança jurídica e se evita o exercício arbitrário das próprias razões.

Com proficiência, o saudoso processualista MIRABETE (2002: p. 402), acerca do conceito de liberdade provisória nos dá os seguintes contornos:

Sabido que é um mal necessário à prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o direito subjetivo tem procurado estabelecer institutos e medidas que assegurem o desenvolvimento regular do processo com a presença do imputado sem o sacrifício da custódia, que só deve ocorrer em casos de absoluta necessidade.

Em face de todos esses argumentos acima expendidos, é mister apresentar um conceito que melhor expresse a noção de liberdade provisória, em virtude de reunir todos os elementos que formam o instituto. Assim, quem mais, ao nosso sentir, se aproxima é o conceito prelecionado por RIBEIRO (2004, p. 49), *in literis*:

É o instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até sentença condenatória com transito em julgado, podendo estar vinculada a algumas condições, ao mesmo tempo em que pode ser revogada em qualquer período a que se esteja vinculada ao processo.

Diante das lições do renomado professor, podemos apreender como melhor conceito de liberdade provisória, o instituto que agrupa, simetricamente, os ramos do direito Constitucional e Processual Penal, possibilitando ao acusado o direito de aguardar em liberdade, o deslinde do processo, até decisão final transitada em julgado.

A liberdade provisória, por este prisma, apresenta caráter interino e, sempre compreende vinculações, reais ou reflexas.

Do ponto de vista histórico, a liberdade provisória, é um dado da experiência e da herança do direito Greco-Romano, tendo em vista a inegável influência deste para a construção legislativa gregária.

A par disso, é que, nas ordenações do Rei Felipe, o instituto constava de vários dispositivos. Havia a liberdade concedida às pessoas de qualidade (homenagem), no caso, era o que correspondia em prisão domiciliar, dependendo, no caso de (ho) menagem, somente da palavra de confiança do acusado. Resta a menagem do Código de Processo Penal Militar (Dec. – lei nº 1002, de 21/10/1969), vejamos o disposto no art. 264, *in verbis*:

A menagem a militar poderá efetuar-se no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando, ou, atendido seu posto ou graduação, em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede do órgão militar. A menagem civil será no lugar da sede do juízo, ou em lugar sujeito à administração militar, se assim o entender necessário a autoridade que a conceder.

A carta de seguro, por meio da qual, em dado processo judicial, os acusados ficavam livres até conclusão do processo.

Esse tipo de fiança consistia na faculdade concedida ao acusado de se livrar solto, por meio de garantia, caução. Ademais, havia situações em que o princípio, por

motivos justos, permitia ao réu sair da prisão, desde que prestasse fiador idôneo, era a graça de fiéis carcereiros.

Contudo, todas as formas de se obter a liberdade provisória aludidas foram expurgadas com o advento do Código de Processo Criminal do Império, que prelecionava em seu art. 113, “ficam abolidas as cartas de seguro, e qualquer outro meio, que não seja o da fiança, para que algum réu se livre solto”.

A Constituição do Império também a assegurava, tornando-la, o único modo de liberdade provisória. A matéria preconizada no art. 179, § 9º, foi adotada pela Constituição da República no art. 72, § 14, *in literes*: “ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei admitir”.

Hoje, com o avanço das garantias constitucionais, grassando o primado da liberdade como regra e a prisão como exceção, ficou o instituto da fiança consagrado até a promulgação da Lei nº 6.416, de 24.5.1977, que incluiu parágrafo único ao art. 310, do Código de Processo Penal, tendo sido, com algumas restrições, recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Empós ao surgimento dessa forma ampla de liberdade provisória, tanto pela aludida Lei, como fortalecida pela Constituição, a fiança teve o seu campo de atuação reduzida, em face da inclusão social aos direitos humanos fundamentais, dando lugar à liberdade provisória como forma genérica, tornando as demais como formas específicas.

É certo que, o instituto da liberdade provisória é visto como medida genérica, porque todas as outras formas de se buscar a liberdade, seja através de fiança, Habeas Corpus ou Relaxamento de Prisão, são sempre maneiras de se auferir a liberdade provisória.

Portanto, a liberdade provisória será considerada remédio Constitucional Processual Penal idôneo a se alcançar a liberdade ainda que não haja prisão legal.

O que distingue os institutos em vislumbre, é que, em casos de prisões, que obedeçam a todos os procedimentos legais, porém não preencham os requesitos da prisão preventiva, tais prisões poderão ser desafiadas pelo instituto da liberdade provisória.

Diante do avanço legislativo, e a sobrepujança do social sobre os abissais do poder, derrogando-se as maneiras arcaicas de se manipular e brincar com os direitos dos

hipossuficientes, demonstra-se que, outrora, somente permaneciam na cadeia os desafortunados, visto que os hipersuficientes, somente com a palavra, na maioria das vezes já afiançavam seu ilícito.

A Constituição da República Federativa do Brasil, dando guarida aos direitos humanos fundamentais estendeu o Direito à Liberdade Provisória a todos aqueles que se encontrassem nas condições do artigo 310, do CPP e o caso particular não prenchesse os requisitos das vedações contidas nos artigos 311 a 316, do mesmo Diploma Legal.

3 PRINCÍPIOS FOMENTADORES DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Princípio é como um ponto de partida para qualquer ciência, visto que a sua etimologia, ou seja, do latim *principium*, é um som, uma voz, que projeta a idéia de pressuposto, começo, origem, início, ponto de partida.

Com esse entender, os princípios constituem o norte a ser seguido, o fundamento de qualquer ciência. SILVA (2001, p. 639), nos dá os contornos plausíveis à apreensão dos princípios, *in literis*:

Princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevantes que a própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas.

Para BONAVIDES (1998: p. 230), conceituar princípio é extremamente difícil, todavia, esclarece que: “Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem à chave de todo o sistema normativo”.

Ressalte-se que para LOPES (1997: p. 77), a palavra princípio resta equivocada, no entanto, ao conceituar princípio delineia que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema

normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico.

Segundo BOBBIO (1991: p. 158), para quem os princípios devem ser rigorosamente observados, eles seriam: “normas imperativas como todas as outras, pois, antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalidade excessiva, não se vê porque não são normas eles também”.

Grassa com conhecimento e maestria o constitucionalista CANOTILHO (1995: p. 534), ao asseverá que:

Os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com possibilidades fáticas e jurídicas. Segundo, ainda, o mesmo autor, é muito comum a confusão ou má interpretação entre aquilo que realmente pode ser considerado um princípio, com aquilo que é uma regra, ou uma garantia. Saber como distinguir as distinções princípios, e, até mesmo garantias é algo muito complexo.

Insta gizar, pois, que, quando há um conflito entre princípios, este pode ser objeto de certa ponderação, de harmonização. No entanto, em relação às regras, o mesmo não se pode dizer, pois, uma vez que nelas há um direito definitivo, é insustentável a validade simultânea de regras contrárias ou contraditórias. Como podemos observar no disposto no art. 5º, inciso XLIX, CF/88, prelecionando que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Este dispositivo não trata de nenhum princípio, mas de uma regra consagradora de um direito definitivo. Ninguém teria direito a torturar.

No que concerne aos princípios, estes são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Há princípios, contudo, que não são regras absolutas, pois não é certo que se apliquem na fase do inquérito policial, como é exemplo o exposto no art. 5º, LV, CF/88, aduzindo que aos litigantes, em processos judiciais ou administrativos, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos lícitos a ela inerentes. Estamos diante dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Na mesma esteira, SOUSA (2004: p. 54), em síntese feliz, assevera que os princípios, diante de seus valores fundamentais, resumem-se em:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos os sistemas de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, e subversão de seus valores fundamentais.

Tais considerações acerca dos princípios, sobremodo, no âmbito da liberdade provisória, é importante observar que, sendo a liberdade uma das garantias fundamentais do homem, é natural que deva a Constituição preservá-la.

Todavia, há outros direitos igualmente preservados pelo constituinte originário que ensejam a prisão daqueles que os convulsionarem.

Como a liberdade provisória é uma das garantias Constitucionais, somente encontrando esbarro nos termos da própria Constituição, que autorizará nos moldes infraconstitucionais. Conclui-se que a liberdade é regra, enquanto a prisão é exceção, devendo a medida excetiva respeitar os ditames da Lei.

Nesse caminhar, discorremos sobre os principais princípios, que embasam o instituto da liberdade provisória, dentre eles, os mais importantes: princípio da legalidade, da dignidade da pessoa humana, do estado da presunção de inocência, da jurisdicionalidade e da proporcionalidade.

Noutra toada, é de suma importância verificar a que Lei o Constituinte Originário quis reportar-se se à Lei em sentido amplo ou apenas às Leis Processuais.

3.1 Princípio da Legalidade

A legalidade constitui em um princípio reitor de todos os institutos jurídicos. Há divergência na doutrina quanto a sua denominação, no sentido dele ser tratado como o princípio da reserva legal. No entanto, em que pese entendimentos contrários, advogamos que o princípio da legalidade agrupa dois subprincípios: o da reserva legal e o da prevalência legal.

Neste viés, o princípio da reserva legal, decorre da própria lei. Algumas vezes a Constituição Federal utiliza expressões do tipo “a lei disporá” ou mesmo a “lei regulará”. Como se vê, nestes casos o tratamento de determinados assuntos só poderá ser dado por lei, sendo esta feita pelo Poder Legislativo, não se admitindo outra forma normativa.

Para entender o princípio, faz-se mister transcrever importante e sereno posicionamento de GUIMARÃES (1989: pp. 22-23), *verbis*:

O princípio da legalidade, consagrado no dispositivo constitucional, é um dos esteios fundamentais do estado de direito, segundo o qual aquele se subordina a este, de modo a evitar o arbítrio do poder, estabelecendo-se um regime em que os detentores do poder fiquem sujeitos a força das leis, que devem ser observadas por todos, governantes e governados.

Como enfocado acima, o princípio da legalidade se desdobra em dois subprincípios: o princípio da reserva legal, já deslindado, e o da prevalência da lei que trataremos a seguir.

No caso do princípio da prevalência da lei, lembramos do direito tributário, onde decretos são apresentados, no sentido de suprir omissões do legislador, versando sobre matéria ainda não legiferada pelo mesmo, e que deveria ser especificada; muito embora, não sujeito à reserva legal. Esses decretos, para muitos que os admitem, seriam verdadeiros decretos autônomos, o que poderia para alguns, serem ilegais, devido seu caráter eminentemente secundário, isto é, não é lei *stricto sensu*. Sobremodo, a validade de tais decretos, restringe-se ao momento em que a lei entrar em vigor. Contudo, enquanto a lei não for editada pelo legislador, o decreto autônomo tem plena aplicabilidade.

Não há aprofundamento sobre este último subprincípio, em virtude de seu delineamento não está diretamente ligado à questão da liberdade provisória.

Sendo escolhida a tese de que Constituinte Originário, por sua vontade, vontade do Legislador, emprestava validade à Norma de Processo Penal já existente, Código de Processo Penal; as vedações à Liberdade Provisória de forma genérica, no caso da Lei dos Crimes Hediondos, vedações ora revogadas, da Lei de Drogas e da Lei que regulamenta o porte de Armas, são materialmente inconstitucionais.

Destarte, temos a nossa Corte Constitucional, o STF, que finalmente dar a última palavra em matéria de constitucionalidade, como é o caso, por exemplo, da criação da prisão temporária, que ocorreu por medida provisória (MP nº 111/89) e que foi reconhecida como Constitucionalmente válida pelo STF. A Medida Provisória transformou-se na Lei nº 7960/1989.

Ao nosso ver, a restrição provisória da liberdade, enquanto garantia Constitucional, no plano material, em muitos casos se justifica, contudo, se emanada de uma medida provisória e, *a posteriori*, convertida em lei pelo legislativo, nesse passo, não podemos coadunar com tal ousadia. Entendemos, pois, em se tratando de restrição às garantias Constitucionais, somente podemos cogitar sua criação mediante Lei (reserva legal, Lei em sentido estrito), nunca por outra forma arredia ao sistema.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, oriunda do Parlamento Francês, irrompida em 26 de agosto de 1789, atribui formação do princípio da supremacia da lei como instrumento de limitação do poder e de garantia da liberdade. Neste viés, o art. 5º da Declaração delineia que: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que a lei não ordene”.

Para os pensadores do século XVIII, destacando-se Rousseau e Montesquieu, a lei exprimia a vontade humana apurada a partir da razão, da capacidade de discernir do homem, possuindo inevitável conteúdo de justiça, se derivada da vontade geral. Seguindo essa linha de raciocínio, encontramos em ROCHA (2000: P.38), lembrando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *literi*:

Assim, lei no pensamento político do século XVIII é forma (norma aprovada pela vontade geral manifestada pela vontade do povo = órgão legislativo) e conteúdo (expressão da razão que busca a justiça). Portanto, supremacia da lei significa em último análise, supremacia da razão pela realização da justiça.

Corroborando o mesmo entendimento, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 dezembro de 1966, coíbe o encarceramento arbitrário, garantindo-se a estrita legalidade, ao preconizar em seu art. 9º, 1, 2ª parte, *in verbis*: “só haverá prisão pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos”

No aporte evolutivo de fixação dos direitos civis e políticos, irradia a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de dezembro de 1969, que veda a prisão arbitrária, impondo-se que a privação da liberdade só seja admitida pelas causas e nas condições previamente prefixada pelas Constituições Políticas dos Estados ou pelas leis de acordo com ela promulgadas (art. 7º, 2).

Não obstante, convém observar que uma lei emanada do poder legislativo nos moldes asseverado pela Constituição resta formalmente legal, contudo, no Brasil, onde se criam leis para justificar outras (legislação de afogadilho) ou mesmo, para empurrar dar satisfação a um problema mal resolvido, por falta de políticas pública sociais.

Destarte, com mais dedicação e empenhos do legislador, a Lei, independentemente da análise do seu conteúdo de justiça, mormente se erigida de fonte legislativa competente quando de sua edição, tem seu valor ínsito na coercibilidade, entretanto, a vedação da liberdade provisória, em tese, em Lei Material, substancialmente incongruente com as necessidades sociais a que se destina, é Lei que, na forma de estado democrático de direito como no Brasil, tem sua constitucionalidade duvidosa.

3. 2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana se constitui um pórtico constitucional inerente ao próprio homem, pois, é através de uma vida digna e com qualidade, que a verdadeira liberdade é alcançada.

O escopo constitucional, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana se encontra logo no início de nossa Constituição cidadã. *verbi gratia*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que, o princípio da dignidade da pessoa humana, colocado pelo Legislador Constituinte originário, como Fundamento da própria República Federativa do Brasil, subsume todos os outros princípios a que encontram este

obstáculo, no respeito a este comando, visto que, axiologicamente, sua validade recebe, na ponderação dos interesses, qualificação valorativa.

O certo é que, pelos princípios da legalidade, da presunção de inocência, da jurisdicionalidade, da proporcionalidade, que traremos a lume neste trabalho, além de outros, encontraremos suas razões de ser, quando coadunados e levados em conta concomitantemente.

3. 3 Princípio da Presunção de Inocência.

A presunção de inocência é matéria eminentemente Constitucional, uma vez que garante ao causado a permanência em estado anterior ao estado em que cometeu o ilícito, possibilitando a manutenção da liberdade, enquanto aguarda o desfecho final do processo, nos casos velados em Lei.

De sorte que, somente por condições imprescindíveis à própria aplicação da lei penal e à segurança da sociedade que, em cada caso concreto, devendo ser mensurado pelo magistrado, é que a liberdade poderá ser restringida.

Como bem nos ensina TAVARES (2002: p. 475): “A presunção de inocência é uma das mais importantes garantias constitucionais, pois, através dela, o acusado deixa de ser um mero objeto do processo, passando a ser sujeito de direitos dentro da relação processual”.

Trata-se de uma prerrogativa conferida constitucionalmente ao acusado, que não deverá ser considerado culpado até sentença penal condenatória com trânsito em julgado, evitando, assim, qualquer consequência que a Lei prevê como sanção punitiva, antes da decisão final.

Aduz o texto da Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 5.º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ao nosso sentir, todos esses princípios constitucionais exercem função de alicerce do sistema democrático, constituem-se em uma barreira que é intransponível.

3. 4 Princípio da Jurisdicionalidade

A liberdade é uma garantia Constitucional e, quaisquer restrições só poderão ocorrer nos casos previstos taxativamente na Lei.

A Constituição Federal em seu art. 5º, LXII, especifica que: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao *juiz competente* e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

Uma das características da jurisdição é a imparcialidade, por isso toda forma de vedação à liberdade provisória deve ser ratificada pelo judiciário, uma vez que a polícia não tem a mesma característica da jurisdição.

A polícia visa tirar de circulação o possível autor de um fato delituoso, muito embora, em muitos casos, agindo como juiz, pois ao enquadrar a conduta praticada pelo acusado, já define os moldes da condenação, como sói acontecer em alguns casos.

No entanto, pelo princípio ora entabulado, a legalidade da prisão efetuada pelo delegado subsume-se à comunicação em vinte e quatro horas ao juiz competente.

A comunicação ao juiz competente, de toda e qualquer prisão efetuada, seja em flagrante, ou mesmo aquelas por ele (juiz) ordenadas, se torna necessário para que haja um rigoroso controle quanto à sua legalidade, bem como para que o Magistrado possa, sem tardança, observar se foram ou não, cumpridas todas as formalidades legais.

Como bem demonstra com magnitude TOURINHO FILHO (1997: p.), *in literis*:

Caso as formalidades legais não tenham sido observadas, o Juiz deverá tomar umas das seguintes providências a) determinar a soltura do preso, relaxando assim, a prisão; b) encaminhar ao órgão do Ministério Pùblico as peças comprobatórias da ilegalidade, a fim de que se promova a responsabilidade do funcionário arbitrário, nos termos do art. 4º, a, da Lei nº 4.898, de 9.12.1965. e esta lei prescreve ainda: 1) se não for feita a comunicação, imediatamente, responderá, criminalmente, a autoridade omissa ou negligente, nos termos da letra c do art. 4º da referida lei; 2) se o juiz, recebendo a comunicação, não relaxar a prisão, a despeito da sua ilegalidade, responderá, também, criminalmente, nos termos da letra b do art. 4º do citado diploma.

O controle jurisdicional das prisões é procedimento basilar existente nos ordenamentos jurídicos alienígenas.

É o que prescreve RUBIANES (1985: pp. 110 e 114), lembrando o CP de Buenos Aires especifica que:

Mesmo que o Código não diga, deve se entender que os policiais não possuem faculdade de instruir processo e nem os particulares não têm a faculdade de prolongar a privação da liberdade de ninguém como ato material, devendo colocar o agente imediatamente à disposição da Justiça, porque somente este é quem pode manter a detenção das pessoas, segundo está referido no art. 91, inc. 2.

No mesmo sentido, continua o mesmo doutrinador lembrando o Código Penal da Província de Córdoba na Argentina que determina: “Detida, pois essa pessoa e estando materialmente privada de sua liberdade, deverá ser ela colocada a disposição da autoridade competente, para que esta decida se manterá o seu encarceramento”.

Com proficiência FENECH (1952: p. 125) comenta sobre o controle jurisdicional das prisões na Espanha especifica que:

O Juiz ou Tribunal competente para o conhecimento da causa deverá manifestar-se sobre a detenção daqueles que se encontram nas situações já estudadas, como prevenção com as autoridades e agentes da polícia judiciária (art. 494). Existe ou não ordem judicial, as autoridades ou agentes estão obrigados a deter e a conduzir à presença do juiz aqueles que se encontram em dita situação que apreciará a presunção há que se refere o número 9º, assim como qualidade e quantidade de fiança e igualmente a apreciação de serem suficientes os motivos da detenção quanto ao caso.

Diante dos posicionamentos dos vários doutrinadores tanto brasileiros como alienígenas, em qualquer nação que adote o substrato do Estado Democrático de Direito, velará pelo direito à liberdade individual, impondo condições a que deve se

pautar as autoridades policiais ao impor segregação à liberdade do acusado, senão vejamos:

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada".

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ressalte-se que, apesar dos dispositivos em enfoque exigirem o controle jurisdicional para a legalidade da prisão em detrimento da liberdade individual, ainda pairam muitas carências quanto a sua efetivação, eis que, em muitos casos, o indiciado experimenta uma prisão ilegal, para averiguação e é colocado em liberdade sem que a autoridade competente tome conhecimento.

Outra situação gravosa é a falta de defensor público em relação àqueles desafortunados que, muitas vezes, presos, e, nos casos em que a lei admite liberdade provisória com ou sem fiança, ainda assim, não há mecanismo de garantia para o sagrado direito da liberdade.

Acerca do princípio da jurisdicionalidade, resta a necessidade de maior contato pessoal do juiz com o acusado, pois é o conhecimento que a forma burocrática e com tempo exíguo para análise dos pedidos, trancafiamentos são mantidos com fundamentação raza.

3.5 Princípio da Proporcionalidade no uso de medidas que obstam a concessão da Liberdade Provisória.

O uso de medidas cautelares, em detrimento dos direitos individuais constitucionalmente garantidos, deve ser restrito aos casos de extrema necessidade, e comprovado envolvimento do indigitado na prática delituosa.

Um país democrático, como ocorre com o Brasil, que adota o Estado Democrático de Direito, deve respeitar todos os princípios constitucionais, e na hora da extrema necessidade aquinhar a situação objetivo-subjetiva, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e o estado da presunção de inocência.

As medidas cautelares poderão se converter em uma pena antecipada, denunciando flagrante violação ao direito de ser submetido ao devido processo legal. Porém, em muitos casos, pode ser plenamente justificável, desde que a decisão seja fundamentada e suas razões justificadas no real interesse da sociedade e da aplicação justa e segura da Lei Penal.

O princípio da proporcionalidade encerra um parâmetro entre a decretação de medida excepcional, e a concessão da liberdade provisória.

Nesta hora, o antídoto irradia do valor empenhado pelo magistrado no desfecho silogístico do feito, apesar de não taxativamente escrito em nossa Constituição Federal, não deixa, portanto, de ser norma de inexorável importância em nosso dispositivo processual, devendo desta forma ser observada sob pena de abuso na decretação de uma prisão cautelar.

Portanto, o mal necessário, deve ser considerado sempre como última medida a ser tomada.

Para se decretar da prisão do agente, o princípio da proporcionalidade exige basicamente três requisitos a serem observados:

- a) **Adequação:** a medida deve ser adequada ao fim com que ele se pretende galgar, atentando-se para a natureza da restrição causada pela medida escolhida;
- b) **Sacrifício proporcional extremo:** a limitação de um direito fundamental, principalmente quando se trata de garantia constitucional, deve ser produzida somente se houver uma necessidade para a salvaguarda do interesse comum e não supondo um sacrifício excessivo e desnecessário. Se existir outra medida de eficácia análoga, mas, menos prejudicial, deve ser adotada no lugar da prisão;
- c) **Resolução motivada:** é imprescindível que haja uma motivação para a decretação de uma prisão provisória, mormente, para todos os atos jurisdicionais, tendo em vista a gravidade desta medida, uma singular extraordinária qualidade e primor na fundamentação de um decreto dessa natureza. É um imperativo Constitucional.

Ademais, não pode existir uma fundamentação formalística, é necessário que exista uma análise particular do caso e da prova. É, desta forma, vedado ao magistrado

que se utilize expressões abertas e abstratas, como, por exemplo, dizer simplesmente “homologo o flagrante eis que cumpridos os requisitos formais e mantenho a prisão para a garantia da aplicação da lei penal”. A motivação serve também à avaliação objetiva dos critérios do julgador, para avaliar a razoabilidade de sua prisão.

Pelo que se vê, a prisão provisória do acusado quando for desproporcional em relação ao fato praticado, deverá ser evitada, e mesmo se houver motivo para tal, deverá ser sempre a última medida a ser tomada, pois, caso exista outro meio possível, deverá este ser adotado.

Segundo BONAVIDES (2002: p. 395), que nos fornece seus contornos acerca do princípio da proporcionalidade, in literis:

Em nosso ordenamento constitucional não se deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades Constitucionais. De tal fato que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial.

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência-fora, portanto, das regiões teóricas puramente formais e abstratas.

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros

princípios que lhe são afins, entre os quais, avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão características da derradeira fase do Estado de Direito.

Em suma, além do *jus libertatis e dignitatis*, do sagrado princípio da presunção de inocência, qualquer medida extrema a ser tomada contra o acusado deve ser permeada na proporcionalidade e na necessidade extrema.

Ao compulsar no caso concreto as duas vertentes: prisão e liberdade provisória, havendo outra forma mais favorável e menos constrangedora, eis que, antes de transitar em julgado, com prolação da sentença final pelo magistrado, não se pode desvincilar da inocência do indigitado.

4 TIPOS DE LIBERDADE PROVISÓRIA

Como já exaustivamente aludido supra, a liberdade provisória como substituto de uma medida constitutiva dos direitos individuais, é regra, sendo a intervenção Estatal na subjetividade do indigitado, ante a violação a norma imposta a todos, uma exceção. Nesse passo, a liberdade provisória como regra, sendo a fiança um caminho a se chegar a liberdade, isto quando a prisão é legal (flagrante, determinação judicial), de modo que, quando a prisão se envereda de ilegalidade, deve o magistrado da outro caminho a liberdade, *in casu*, o relaxamento da prisão.

Contudo, a Carta Magna delineia no art. 5º LXVI que: “ninguém será levado a prisão o nela mantido quando a lei admitir liberdade provisória...”. Ao legislador natural cabe o comando legal geral, deixando ao alvedrio do legislador ordinário erigir normas de sua competência, respeitando os princípios que norteiam o instituto da liberdade provisória, enfocados anteriormente.

Nesse ponto, os tipos ou espécies de liberdade provisória encontram-se relacionados principalmente no CPPB, e em normas especiais que traremos à baila para melhor compreensão.

A liberdade provisória nos termos da norma instrumental penal compreende as seguintes espécies: obrigatória, permitida e vedada. Deslindadas a seguir.

4.1 Liberdade provisória obrigatória

Deve-se obrigatoriamente, conceder liberdade provisória ao acusado, eis que se trata de um direito incondicional, não lhe podendo ser negado em hipótese alguma. São os casos em que o acusado comete infração penal que não punida com pena privativa de liberdade ou quando o máximo da pena privativa de liberdade não exceder a 3 (três) meses, como verberado no art. 321, do código de processo penal, *in literis*:

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, combinada pena privativa de liberdade;

II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente combinada, não exceder a 3 (três) meses.

Analizando os dispositivos supra, percebe-se que, o magistrado não é uma maquina, eis que agrega seu próprio valor no desfecho silogístico do caso concreto.

Existem casos em que a impossibilidade de se conceder liberdade provisória decorre da própria lei ou de condições subjetivas, ou seja, a violação de condição anteriormente imposta, átimo em que o magistrado, muitas vezes, tem dever e obrigação sob pena de responsabilidade. Contudo, suscitamos as hipóteses em que as condições objetivas e subjetivas são desfavoráveis. Sendo assim, o magistrado não está obrigado a conceder o benefício, dai o viés faculdade – justiça ou injustiça, ou seja, se não há um compromisso com o deferimento liberatório, é só mencionar (preenche os requisitos da prisão preventiva, portanto vedada).

Para o magistrado compromissado com o mister judicante, cabe sopesar todas as nuances e fatores internos e externos, observando o caráter retribucionista, reintegrador da norma, eis que o indigitado também é vítima, foi a sociedade que o condicionou àquela situação, neste passo, cabe ao magistrado a responsabilidade por manter segura a sociedade, tendo em vista a medida tomada, caso esta seja justa, fundamentada e com razões hígidas.

Noutro momento, o parágrafo único, do art. 69, da lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), instituiu novas hipóteses de liberdade provisória obrigatória,

nas seguintes situações: o autor do fato é encontrado em flagrante, mas assume o compromisso de comparecer à sede do juizado.

O direito a liberdade é coisa inestimável. Imaginemos, v. g., no caso de menor potencial ofensivo, que teve variação nesta ultima década, uma vez que: com a lei nº 9.099/95, menor potencial ofensivo compreendia os crimes ensejadores de pena máxima igual ou inferior um ano (art. 89), contudo seis anos depois, com o advento da lei nº 10.259/2001 (Juizado Especial Federal), o menor potencial ofensivo passou a ser elevado aos crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos (§ único do art. 2º). E aí, surge a questão, agente pego em flagrante, cometendo crime considerado de menor potencial ofensivo, no entanto, o acontecido é no Estado do Rio Grande do Norte, e o indigitado mora em São Paulo e, naquele momento não tem como provar seu endereço? Então fica a indagação: que segurança terá o delegado para aceitar a promessa de comparecer ao juizado? Duas posições se aconselha, primeira, o delegado empenha diligências no sentido de averiguar se acusado tem condições subjetivas favoráveis, e se o endereço por ele indicado resta idôneo, no segundo realiza o auto de prisão em flagrante submete ao juiz para que decida.

Em epítome, a liberdade provisória é obrigatória quando inocorrerem razões plausíveis a que o agente seja preso, ou permaneça, em vista da infração por ele cometida não ser punida com pena privativa de liberdade, ou quando o máximo da pena privativa de liberdade não exceda a três meses.

4.2 Liberdade provisória permitida

A liberdade provisória é permitida quando não couber a prisão preventiva. Haja vista, permite-se, também, nos casos de réu pronunciado que tenha direito de aguardar o julgamento em liberdade (art. 406, §2º), da mesma forma, será permitida a liberdade quando o réu apela, em virtude de condenação (art. 594) são casos que, normalmente, aplica-se o (parágrafo único do art. 310 do CPPB), ou seja liberdade provisória sem arbitramento de fiança e, em alguns casos, mediante arbitramento de fiança.

4.2 Liberdade provisória vedada por lei

Há casos, porém, em que a própria lei expressamente coíbe a possibilidade de concessão de liberdade provisória, como é o caso do (art. 2º, II, Lei 8072/90,

Crimes Hediondos), contudo, contraria a todos os tratados e acordos internacionais, mormente contrastando a própria Lei de Execução Penal, que externa o caráter retribucionista, além de albergar preceitos, que propõem ao acusado a volta ao *status quo ante*; isto quando o infortúnio ocorrido foi por mero descuido ou dever de cuidado, malgrado haja casos em que a lei teria de ser mágica, isto é, situações em que o indigitado é dado ao crime, não por atavismo como queria Lombroso, mas, pela veleidade de sua psicossomática, fê-lo ser o que é, outrossim como pode reintegrar quem não era integrado? Ocorre que do mesmo modo em que o homem transformado em mal pela sociedade, corrompe embora de livre alvedrio as normas, também pode o homem probo aos olhos da sociedade, corromper por dolo ou culpa, ou mesmo, por ser vítima de um mal entendido, as normas de convivência social. Por isso, devem ser fundamentadas e externadas as razões da vedação à concessão de liberdade provisória.

Nessa esteira de razões, os Tribunais Superiores tirados da inércia por muitos causídicos, que militam da seara Processual Penal, vem rebentando os mais variados posicionamentos acerca do tema em requesto. Em sentido contrário à lei dos crimes hediondos, o Superior Tribunal de Justiça entende que apenas pelo o fato do crime imputado ser classificado como hediondo, mas ausente a comprovação válida e consubstancial do *periculum in mora*, não se justifica a manutenção da prisão processual.

Admitiu, portanto, a liberdade provisória para tais infrações, contrariando o disposto no (art. 2º, II, da Lei 8.072/90), (6ª T. HC5. 247/RJ, rel. Min. William Patterson, j, 16-12-1996, v. u., DJU, 4 ago, 1997, p. 34886).

Já o Supremo Tribunal Federal, pugna pela constitucionalidade da vedação à liberdade provisória, sob o argumento de que à lei ordinária compete fixar os parâmetros para maior ou menor restrição, de acordo com a gravidade do crime (STF, 2ª T., HC73.978-4/RJ, rel, Min. Marco Aurélio, j. 13-08-1996, DJU, 20 set. 1996, p. 34537). Posição pretérita do Superior Tribunal de Justiça.

Resumindo, o texto constitucional não explicita a vedação da liberdade provisória, deixando para os casos em que a lei admitir, ou restringir conforme o caso. Mormente, resta determinado pelo STF (Súmula 697): “a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento de prisão processual por excesso de prazo”.

Outro ponto a esclarecer, é sobre os crimes equiparados ao hediondo, como é o caso da tortura, Lei nº 9.455/97, que não veda a concessão de liberdade provisória, tampouco progressão de regime, minusculamente, outrora utilizada como viés nos crimes hediondo, porém com o rebentar da (Súmula 698 do STF) “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão de regime no regime de execução da pena, aplicada ao crime de tortura”.

Uma ressalva que se faz, é o caso, por exemplo, quando o magistrado ao prolatar a sentença condenatória em crime hediondo usa a locução “inicialmente fechado”, assim, é entendimento nos tribunais que o julgado naquele momento criou para aquele caso específico, a possibilidade de progressão de regime, muito embora o crime seja hediondo e haja vedação expressão para tanto.

5. ASPECTOS CONTROVERTIDOS

A liberdade provisória e os aspectos controvertidos de sua vedação, a razão essencial deste artigo, face ao inconformismo de muitos operadores do direito, diante o caso concreto, tendo em vista o sopesamento de situações que, vislumbradas de um lado, normas constitucionais que garantem a concessão da liberdade provisória.

Do outro lado, tratados internacionais erigidos e consagrados pelo Brasil, defendem a dignidade, a proporcionalidade, a legalidade e, vários outros princípios enfocados e, também, consagrados Constitucionalmente, malgrado a lei dos “crimes hediondos” os tenha contrariado em todos os preceitos, e, depois de revogada a vedação, permaneceram os dispositivos da Lei de Drogas e do Estatuto do Desarmamento, mesmo assim, ainda não considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, existem outros preceitos que, mesmo pretéritos a Constituição Federal, devido sua peculiaridade e especialidade, hodiernamente ainda se aplica, como é o caso de normas emanadas do Código de Processo Penal Militar (Dec. – lei nº 1002, de 21/10/1969).

Contudo, outras leis surgiram restringindo as garantias fundamentais da liberdade. Cita-se a Lei 7.492/86, que cuida dos crimes contra o sistema financeiro, a malograda lei dos crimes hediondos (8.072/90), a Lei 9.034/95 (organizações criminosas). Muito embora, tal argumento pertença a tese de defesa, que busca todo

subsidio suasório para o fiel achega do acusado, como o próprio vocábulo ventila: *advocatur* (venha ao socorro), o legislador originário deixou ao alvedrio do legislador ordinário dispor sobre os casos em que deve ou não ser vedado a concessão da liberdade provisório, quando mencionou “a lei”.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, preceitua em seu art.5.º XLII, XLIII e XLIV, os crimes considerados inafiançáveis, ou seja, os crimes com proibições à “princípio” de concessão de liberdade provisória mediante fiança, muito embora o Parágrafo Único do art. 310, do CPPB, acrescido pela lei nº 6.416/1977, traga a possibilidade de liberdade provisória, eu diria lato senso, eis que, mesmo nos crimes inafiançáveis, descritos no texto Constitucional, em muitas hipóteses em que não há vedação por lei ordinária, pode o acusado que ostente condições subjetivas para tanto, ser beneficiado com a liberdade provisória, consoante não haver vedação Constitucional só em casos extremos poder ser restringida, vejamos os dispositivos, *in literis*:

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 respondem 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 ordem constitucional e o Estado Democrático.

O texto Constitucional de 1988, admitiu a existência híbrida de regimes de liberdade provisória, isto é, com ou sem fiança. Malgrado tenha a norma ápice ressuscitado à antiga expressão inafiançabilidade, já ultrapassada pela edição da 6.416/1977, demonstrando um grande desproposito, eis que, seu único fim seria a impossibilidade da aplicação do regime de liberdade com fiança.

Convém lembrar que, a fiança antes do advento da (lei nº 6.416/1977), era a única modalidade de liberdade provisória então existente, salvo as providencias que não configuram medida cautelar art. 321 e a do caput do art. 310, ambos do CPPB, ou seja, a imediata constatação de excludente de ilicitude, assim, se o crime fosse afiançável, e de pronto prestada a fiança pelo acusado, este era posto em regime

de semiliberdade provisória, com as exigências legais. Por outro lado, sendo o crime inafiançável, como regra, permanecia o acusado preso até julgamento final.

Dai, os dispositivos do Código de Processo Penal (arts. 323 e 324), que tratam da inafiançabilidade em razão do crime e da pessoa, quando determinam que o crime será inafiançável, deságuam em situação que o réu era preso, e assim mantido até julgamento final do processo.

No entanto, com a inclusão do Parágrafo Único ao art. 310, do CPPB, dado pela lei nº 6.416/1977, a regra geral passou a ser a liberdade provisória, da seguinte forma, com fiança, nos crimes mais leves, e sem fiança nos demais casos, desde que inexistentes os motivos autorizadores da custódia preventiva.

Em que pesem as visões doutrinárias acerca da questão, o fato de não ser permitida para determinados crimes a liberdade provisória com fiança, por isso serem inafiançáveis, não poderá implicar nunca a impossibilidade da aplicação da liberdade provisória sem fiança, eis que, existe a permissão legal na própria Constituição (art. 5º, LXVI), uma vez que não é escorreito interpretar a norma Constitucional a partir da legislação ordinária, o que não se admite. Podemos citar como exemplo, os crimes de racismo (lei nº 7.716/1989) e os crimes de tortura (lei nº 9.455/97), considerados inafiançáveis.

Proibição da fiança em leis especiais: A Lei 9.034/95, no art. 7.º, proibiu a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa. Apesar de severa, a disposição é coerente, vedando qualquer liberdade provisória. Assim, também, o disposto no art. 31 da Lei 7.492/86, que cuida dos crimes contra o sistema financeiro, desde que punidos com reclusão, veda a concessão de fiança.

A Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, em face do previsto no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, dispôs sobre os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, manifestando exagero na enunciação dos crimes hediondos, excesso na restrição total da liberdade provisória com ou sem fiança, na exigência de cumprimento integral da pena em regime fechado e, ainda, no permitir prisão temporária por 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias.

Nas eruditas interpretações à Constituição do Brasil, Moraes (2002, p. 319) comenta sobre os crimes hediondos:

O legislador brasileiro optou pelo critério legal na definição dos crimes hediondos, prevendo-os, taxativamente, no art. 1º da Lei 8.072/90. Assim, crime hediondo, no Brasil, não é o que se mostra repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto, horroroso, horrível, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execuções, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer critério válido, mas o crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador ordinário, uma vez que não há em nível constitucional nenhuma linha mestra dessa figura criminosa.

Não obstante a emissão normativa, Lei 8.072/90, não definiu o que se deva entender por crime hediondo, limitando-se a reportar, em seu artigo primeiro e parágrafo único, as condutas delituosas já previstas no Código Penal ou em legislação especial e que passaram, portanto, a ser considerados hediondos, tanto consumados quanto tentados.

Outrossim, ao nosso sentir, claudicou o legislador com o rebentar da malograda lei de crimes hediondos, principalmente no atinente a vedação de concessão de liberdade provisória, muito embora sejamos de acordo em muitas situações, como no caso dos crimes de repercussão social, crimes contra o erário, os medicamentos que rotulam uma coisa quando na verdade são “placebo”, e a proibição da progressão de regime, razão para tanto é que, estamos punindo pessoas como nós, que em virtude de um deslize, estão sendo acusadas de um crime. Portanto, devemos respeitar a presunção de inocência, e tratá-las como gente, já que em tempo de paz não admitimos a pena de morte, de banimento e cruel.

Por fim, todos os dispositivos que existem no mundo jurídico, mais especificamente, na seara processual penal, que restringem o direito inestimável à liberdade, em muitas situações existem razão de ser. Sobremaneira, nos casos de reiteradas reincidências delituosas, ou seja, acusados com fixas criminais intensas. Malgrado a política criminal possibilite a um só acusado vários processos, quando o justo e escorreito, seria a impossibilidade de um acusado ter contra si, mais de um processo, salvo nos casos de concurso de crimes. Eis que, uma vez o Estado exercendo seu direito subjetivo de punir (*jus puniendi*), a contentos, o acusado teria

uma resposta justa e rápida. Ao pagar sua pena e alijar o estigma, estaria sacudindo a poeira, quiçá, o medo da reprimenda, aliado as condições impostas a quem tem contra si sentença penal condenatória, pesasse no élan da possibilidade da sublime liberdade.

Após recente decisão dos HC's de nºs 87.623 e 87.452, respectivamente, a Primeira Turma do STF decidiu, por unanimidade, afastar a proibição da progressão de regime em casos de crimes hediondos ou a eles assemelhados, por entenderem que o dispositivo legal constante na Lei dos Crimes Hediondos, que veda a progressão nos chamados crimes hediondos, é plenamente incosntitucional; fere o princípio da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena além de representar uma pena cruel.

Deste modo, é de bom alvitre entender que não há mais copnstitucionalidade material em dispositivo infraconstitucional que vede, de forma genérica, a liberdade provisória, sem trazer à baila, questões de ordem subjetiva afeitas à pessoa do encarcerado, visto que, cada caso está impregnado de nuances que, somente, o próprio caso é que tem, em si mesmo, o arcabouço fático e jurídico a ser apreciado pelo Juiz natural da causa.

O fato é que há processo em que o acusado por cometimento de crime hediondo, termina por ser inocentado, ou por ter sido provada a sua cabal inocência ou ainda por falta de provas. E o pior, há processo deste viés em que o acusado somente é liberado após comprovar sua inocência.

Em caso como esse, há ferimento a dois princípios basilares do direito criminal; o primeiro, princípio da presunção de não culpabilidade; o segundo, princípio que veda a antecipação de pena.

Imagine-se quando a pena é antecipada e o acusado solto por sentença penal absolutória, com quem fica a conta e em que se fundou o élan de justiça; em que se fundou o escopo fim da jurisdição?

O melhor seria, que fosse observada para a concessão de Liberdade Provisória nas condições subjetivas e objetivas dos arts. 310 e seguintes do CPP, sobremodo. Assim, tomando conhecimento que, caso cometa o acusado novo crime, terá que aguardar o desfecho final do processo segregado, com certeza evitará tal martírio.

Desse ponto, pode ocorrer duas situações hipotéticas; ou teremos delegacias e presídios superlotados; ou, a eficácia da reprimenda mitigaria a situação, inclusive dos excessos prazais.

6. CONCLUSÃO

Diante da importância deste assunto, embora sem nós avorar da pretensão de exaurir todas nuances, acerca dos delineamentos que ensejam a discussão existente entre a liberdade provisória e os aspectos controvertidos de sua vedação; foi possível chegar a uma conclusão não apresada de que somente profundas agressões a ordem pública, a garantia do processo hígido e a segurança da aplicação da lei penal é que será possível falar-se em restrição ao direito fundamental da liberdade.

Do reluzir da nossa ponderação, durante toda a nossa pesquisa, por meio de lei, da doutrina e dos enxertos jurisprudenciais, para solucionar o conflito existente entre as leis específicas e a nossa constituição federal; houve o aparecimento de uma ideia libertaria que jamais poderia ser proscrita em tese por uma lei que não esteja revestida da couraça dos princípios que fundamentam e dão validade ao nosso estado democrático de direito.

Foi-nos possível, também apreender, durante esse pequeno apanágio de artigo científico que o campo reservado pela Constituição, na vontade do legislador originário para o constituinte derivado não poderia suportar delargamento que não estivesse dentro das balizas dos princípios constitucionais sensíveis bem como dentro do balizamento do princípio da dignidade de pessoa humana e no princípio da presunção do estado de inocência; que nos leva a crê no entendimento que, dentro da interpretação conforme, o constituinte originário naquele momento legiferaste de 1988, não destinava força psíquica para feituras de leis materiais castradoras de direito humanos fundamentais em tese.

Na verdade, a vontade do legislador e da lei maior era tão somente a da constitucionalização do ordenamento processual penal anterior que fosse capaz de ser pela nossa constituição recepcionada.

Tal assertiva parte do pressuposto de que, apresentada as condições do artigo 310, § único do Código de processo penal, inexiste às condições abonadoras encartadas nos artigos 311 a 316, viável a concessão de liberdade provisória uma vez que a constituição emprestava validade aqueles dispositivos recepcionados.

Do mais, percebe-se facilmente que, como já delineado alhures, todas as normas de direito material, que veda, no plano da abstração genérica, a liberdade provisória do individuo, foram confeccionadas durante inflamações populares denunciando uma

tentativa, dos abissais do poder, em dar uma satisfação a problemas mal resolvidos, por insuficiência de políticas públicas governamentais; o que fez nascer à inflação legislativa do afogadilho.

Tal inflação legiferante acabou por denunciar franca inconstitucionalidade de tais normas ante a conjuntura constitucional vigente endereçada a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, bem como aos tratados de direito humanos fundamentais a que nossa Constituição Federal resolveu fazer parte é o caso da convenção interamericana das Nações Unidas; Pacto de São José da Costa Rica.

Sem maiores descritinamentos ao assunto que ora se põe sobre a vergasta, encontramo-la, em que pese haver vedações, graças, com aspectos controvertidos, a liberdade provisória é um dado da natureza, da gênese e da própria simbiose humana, em que a sua vedação só poderá acontecer quando insuperável razão de ordem pública, econômica e processual a permitirem, sob pena de considera-se que não foi o ordenamento jurídico construído em favor do homem, mas, todavia, este em autônoma subserviência à aquele.

-
- BONASVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1991.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Processual Penal*. 11^º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. tradução de CARDINALLI, José Antonio. Brasil: Coman, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5^a ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- FENECH, Miguel. *Derecho procesal pena*. V. 2, 2^a ed. Barcelona: Labor, 1952.
- GUIMARÃES, Yves José de Miranda. *Comentários a Constituição*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2002
- RIBEIRO, Armando Lucio. *Apostilha de Processo Penal – II*. Mossoró: 2004.
- ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira, Marco Antonio Garcia. *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*. 2^a ed. São Paulo: RT, 200.
- SILVA, de Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 18^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SILVA, José Geraldo da. *Leis Penais Especiais Anotadas*. 4^a ed. Campinas: Millennium Editora, 2003.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
-

JOÃO PAULO SARAIVA DE SOUZA

Advogado; Socio do Saraiva & Soares Advogados e Associados – Núcleo Penal; Membro da Comissão do Advogado Iniciantes da OAB/RN - Subseccional de Mossoró/RN; Membro da Comissão de Direito Criminal da OAB/RN - Subseccional de Mossoró/RN ; Assistente Jurídico do Município de Mossoró/RN.