

6

CONCLUSÃO

A (in)validade constitucional da vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário ainda provocará acaloradas discussões entre os estudiosos do direito processual penal. Entretanto, a presente pesquisa – sem a pretensão de esgotar o estudo do tema proposto – autoriza as seguintes conclusões que serão apresentadas por capítulo.

CAPÍTULO I

A Teoria do Garantismo Penal elaborada pelo professor italiano, Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão”, propõe-se à busca da (re)legitimação da intervenção punitiva do Estado a partir dos ideais propugnados pelo pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII. Embora estruturada, tanto conceitual, quanto metodologicamente, sobre as bases do direito penal e do direito processual penal, a Teoria do Garantismo Penal não está adstrita tão-somente a estes campos do saber, servindo de referencial de justificação do próprio Direito, como ciência jurídica.

Observa-se que Ferrajoli identifica a proposta garantista ao direito penal mínimo, a fim de se buscar a (re)legitimação da intervenção punitiva estatal através do máximo condicionamento da intervenção penal por normas jurídicas, tanto no plano material – normas propriamente de direito penal –, quanto no âmbito processual – normas de direito processual penal.

Na proposta garantista, a prevenção de infrações penais justifica tão-somente o patamar mínimo da sanção penal. Por outro lado, a prevenção de reação informal ao cometimento do crime, pelo próprio ofendido, ou por parte de outra pessoa ligada – por qualquer motivo – ao ofendido, condiciona o patamar máximo da pena, aperfeiçoando, assim, o objetivo do direito penal.

Para Ferrajoli, o direito penal somente se justifica quando estritamente necessário e, na medida em que se constitui instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Neste sentido, propõe Ferrajoli que as contravenções penais, os crimes punidos com pena de natureza pecuniária, bem como as condutas que não produzem concretas lesões às pessoas físicas, deveriam ser descriminalizados. Do mesmo modo, não sendo o Estado, nos regimes

democráticos, um fim em si mesmo, as condutas realizadas em face de sua “personalidade” deveria também ser descriminalizadas.

Ferrajoli recomenda, ainda, descriminalização das condutas que não acarretam ofensas concretas aos bens e/ou interesses jurídicos tutelados pelo direito penal, tanto nos casos de crime de perigo, quanto nas hipóteses de criminalização prematura de atos preparatórios. A cominação de sanção penal nas referidas hipóteses implica a cominação de pena à mera ofensa formal da norma jurídica.

A intervenção punitiva estatal encontra-se, na Teoria do Garantismo Penal, rigorosamente limitada, tanto por postulados de direito material, como também de direito processual penal. No âmbito do direito penal, sejam relacionados à pena, o princípio da retributividade, o princípio da legalidade e o princípio da necessidade, sejam afetos ao delito, o princípio da lesividade, o princípio da materialidade e o princípio da culpabilidade. Atinente ao direito processual penal, o princípio da jurisdicionariade, o princípio acusatório, o princípio do ônus da prova e o princípio do contraditório. Por fim, as referidas garantias de direito material e de direito procesual penal, na lição de Ferrajoli, não devem ser entendidas isoladamente, senão correlacionadas e, devidamente integradas, a fim de assegurar a eficácia mútua dos dois conjuntos de postulados e, somente assim, afirmar a realização integral da proposta garantista.

Ainda no âmbito das garantias relacionadas ao processo penal, Ferrajoli sustenta a incompatibilidade da prisão processual com o postulado liberal da presunção de inocência, derivado do princípio da jurisdicionariade. Para Ferrajoli, o princípio da presunção de inocência determina que o acusado não seja tratado como culpado senão a partir de uma sentença penal condenatória irrecorrível e, ainda, a histórica coexistência do princípio da presunção de inocência com o instituto da prisão processual não basta, por si só, para legitimar o encarceramento do acusado antes de uma decisão penal condenatória final.

Por fim, Ferrajoli esclarece que o cerceamento da liberdade de locomoção antes de sentença penal condenatória definitiva, somente se justificaria aos estritos limites temporais necessários à condução do acusado à presença do juiz a fim de ser imediatamente interrogado. Assim, após o referido ato processual, o acusado deveria ter, incondicionalmente, a sua liberdade de locomoção, restituída.

CAPÍTULO II

O termo prisão apresenta dúbio sentido no ordenamento jurídico, significa, a um só tempo, o ato de prender, bem como, referindo-se ao local destinado ao encarceramento da pessoa capturada. Entretanto, além da diversidade de sentidos, o instituto jurídico da prisão também é comum ao direito penal, direito processual penal, direito civil e, ainda, ao direito administrativo.

No âmbito penal, a prisão consistente na restrição da liberdade de locomoção da pessoa pode ocorrer como conseqüência de uma sentença penal condenatória definitiva, daí definida como prisão-pena ou prisão-sanção. Entretanto, a constrição da liberdade de locomoção pode, também, acontecer durante a persecução penal, quando então recebe a denominação de prisão processual ou prisão provisória.

Para os fins do presente trabalho, tornou-se necessário analisar a prisão de caráter processual, ou seja, a privação da liberdade de locomoção do acusado decretada, durante o inquérito policial e/ou a instrução criminal, desde que anterior a sentença penal irrecorrível.

No Código de Processo Penal de 1941 – em sua redação original –, que se alicerçava sobre os pilares da presunção de fuga e da presunção de culpa que recaiam sobre o acusado – sobremaneira quanto ao acusado colhido em flagrante delito – a prisão processual constituía verdadeira execução antecipada da pena.

Entretanto, a Carta Política/88 que proclamou o princípio da presunção de inocência, em seu art. 5º, inciso LVII, assegurando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a legitimidade da prisão processual passou a exigir nova configuração.

Percebe-se que na ordem constitucional estabelecida pela Carta Política/88, em que o valor liberdade é a regra, a exceção, isto é, a restrição da liberdade de locomoção, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, encontra-se legitimidade, tão-somente, como instrumento de tutela da persecução penal.

Importa ressaltar que o princípio da presunção de inocência não deve ser invocado para desautorizar toda e qualquer sorte de encarceramento do acusado antes de uma decisão penal condenatória definitiva, como sugere Ferrajoli. Outrossim, o princípio da presunção de inocência deve se utilizado no sentido de estabelecer o limite de validade do cerceamento da liberdade de locomoção do acusado, durante a persecução penal, ou seja, o postulado da

presunção de inocência como referencial para se aferir a legitimidade da prisão processual.

Assim, o princípio da presunção de inocência inserto no art. 5º, inciso LVII, da Carta Política/88¹, não tem o condão de invalidar, definitivamente, toda e qualquer forma de cerceamento da liberdade de locomoção do acusado, antes de uma decisão penal definitiva.

Nota-se que o princípio da presunção de inocência ostenta *status* de garantia fundamental na ordem constitucional brasileira, seja como regra de juízo, seja como regra de tratamento do acusado, realçando sua condição jurídica de inocente durante todo o desenvolvimento da persecução penal, quedando-se, tão-somente, após sentença penal condenatória irrecorrível.

O postulado da presunção de inocência, como regra de tratamento, repercute, no âmbito da cominação da pena e na decretação da prisão processual. No campo da sanção penal, a presunção de inocência impede a imposição antecipada da pena. Quanto à prisão provisória, o referido princípio liberal – presunção de inocência – proíbe o encarceramento do acusado salvo em hipóteses em que a liberdade de locomoção do acusado representar risco efetivo à regularidade da persecução penal e, conseqüentemente, à utilidade e eficácia do provimento judicial definitivo.

Deste modo, torna-se possível compatibilizar o postulado da presunção de inocência com o instituto da prisão processual, desde que estruturada sobre os princípios e pressupostos que orientam as medidas cautelares e tendo como finalidade a tutela da persecução penal.

Por fim, o aperfeiçoamento da prisão processual, sem, contudo, ofender o princípio da presunção de inocência, exige que o cerceamento da liberdade de locomoção do acusado decorra de decisão de autoridade judiciária e, ainda, que seja, esta decisão judicial, devidamente fundamentada, tanto de direito, quanto de fato. A motivação confere legitimidade à decisão judicial que impõe a prisão processual, na medida em que permite o controle da prestação jurisdicional.

¹ Art. 5º [...]

[...]

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

CAPÍTULO III

A Carta Política/88, em seu art. 5º, inciso LXI ², autoriza o cerceamento da liberdade de locomoção anteriormente à sentença penal condenatória irrecorrível, isto é, a imposição da prisão processual no curso da persecução penal encontra-se autorizada por mandamento constitucional.

O Código de Processo Penal de 1941, previa – em sua redação original – quatro espécies de prisão processual: prisão em flagrante; prisão preventiva; prisão decorrente de pronúncia e; prisão em virtude de sentença penal condenatória recorrível. A Lei n.º 7.960/89 completando o rol de espécies de prisão processual regulamentou a prisão temporária.

Entretanto, a Lei n.º 11.689/08 revogou a prisão decorrente de pronúncia restando, tão-somente, o momento processual, em que a necessidade da decretação ou da manutenção da prisão preventiva – uma vez decretada anteriormente – deverá ser verificada pelo magistrado à luz do art. 312 do Código de Processo Penal³.

Igualmente revogada, em face da Lei n.º 11.719/08, a prisão em virtude de sentença penal condenatória não mais persiste no ordenamento jurídico, cedendo lugar à prisão preventiva, isto é, o juiz ao prolatar o decreto condenatório recorrível, deverá determinar o encarceramento do acusado, ou a manutenção da prisão – caso o réu já esteja preso provisoriamente – somente se verificar a presença dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

A prisão em flagrante é a única espécie de prisão processual que independe de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária e, configura-se como o cerceamento da liberdade de locomoção no exato momento – ou imediatamente em seguida – em que a infração penal é praticada.

Embora a prisão em flagrante apresente nítido caráter administrativo – pré-processual –, uma vez que deve ser necessariamente ratificada pela autoridade policial, sua imediata comunicação ao juiz competente possibilita o imprescindível controle judicial desta modalidade de prisão processual.

² Art. 5º [...] [...]

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

³ 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 de autoria.

Nota-se que uma vez homologada a prisão em flagrante – desde que presentes os requisitos de fato e de direito exigidos para sua validação – o juiz deve analisar a necessidade da manutenção da prisão do acusado, de acordo com o exposto no art. 310, *caput*, e parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Portanto, inadmissível a continuidade da privação da liberdade de locomoção do acusado com base, unicamente, nos elementos de fato e de direito que permitem a efetivação da prisão em flagrante. Em outras palavras, a manutenção do cerceamento da liberdade de locomoção decorrente da prisão em flagrante depende da necessária constatação dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

A prisão preventiva obrigatória prevista na redação original do Código de Processo Penal de 1941, alicerçada na presunção de culpabilidade e na presunção de fuga que recaiam sobre a pessoa do acusado, restou revogada pela Lei n.º 5.345/67.

Assim, para a decretação da prisão preventiva, que poderá ocorrer em qualquer momento da persecução penal, desde que anteriormente à sentença penal definitiva, necessário se faz a existência de prova da materialidade da infração penal e de indício suficiente de autoria, elementos que constituem o *fumus commissi delicti* das medidas cautelares no âmbito do processo penal.

Imprescindível também, para o aperfeiçoamento da prisão preventiva, a demonstração do *periculum libertatis*, isto é, que a liberdade do agente oferece risco “a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”, justificando a adoção da medida constritiva de liberdade.

Observa-se que de todas as hipóteses que configuram o *periculum libertatis* e que, concorrendo os demais pressupostos legais, autorizam a decretação da prisão preventiva, a “conveniência da instrução criminal” é aquela onde o caráter instrumental da medida constritiva de liberdade mais se destaca, caracterizando nítida medida cautelar.

A prisão temporária tem por finalidade assegurar o êxito da investigação policial de crimes de maior complexidade e apenados mais severamente, em que o encarceramento do suspeito torna-se essencial para a elucidação dos fatos. Embora a validade constitucional da prisão temporária seja questionada, tal medida coercitiva da liberdade individual segue em vigor, no ordenamento jurídico.

Nota-se, também, que duras críticas são dirigidas a validade constitucional da prisão temporária, uma vez que esta medida de constrição da liberdade de locomoção ingressou no ordenamento jurídico através de Medida Provisória, instrumento típico do Poder Executivo, ainda que posteriormente tenha sido substituída por Lei.

Como se percebe, para a decretação da prisão temporária, exige a ocorrência de algum dos crimes elencados no inciso III, mais a existência da situação descrita ou no inciso I – “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” –, ou no inciso II – “quando o indiciado não tem residência fixa ou não fornecer elementos para sua identificação”, todos do art. 1º, da Lei 7.960/89.

CAPÍTULO IV

O Código de Processo Penal de 1941 somente permitia a concessão da liberdade provisória em duas hipóteses: a primeira, quando comprovado, pelos elementos de informação constantes do auto de prisão em flagrante, que o acusado praticou o fato, amparado por alguma causa excludente de ilicitude. A segunda, tratando-se de infração penal considerada suscetível de liberdade provisória mediante fiança.

Contudo, esta realidade restou profundamente alterada com a edição da Lei n.º 6.416/77, que redimensionou o instituto da liberdade provisória, ampliando a possibilidade de restituição da liberdade de locomoção a todo acusado preso em flagrante, desde que não estiverem presentes os pressupostos e requisitos para a prisão preventiva.

A liberdade provisória afigura-se como instrumento adequado para se buscar a restituição da liberdade de locomoção somente quando o acusado for preso em estado de flagrância, ou seja, não há que se falar em liberdade provisória como instrumento idôneo para se buscar a restituição da liberdade de locomoção do acusado nas hipóteses de prisão preventiva ou prisão temporária. A prisão preventiva deve perdurar enquanto persistirem os motivos que ensejaram sua decretação, já a prisão temporária apresenta prazo determinado, desta forma, uma vez superado seu prazo de duração, a liberdade de locomoção do acusado deve ser restituída.

Embora existam divergências sobre a classificação das modalidades de liberdade provisória, qualquer que seja o critério adotado, deve, obrigatoriamente, obediência ao art. 5º, inciso LXI, da Carta Políticas/88, isto é, a

análise do instituto jurídico da liberdade provisória como gênero não pode desconsiderar – conforme o referido preceito constitucional – suas espécies: a liberdade provisória mediante fiança e a liberdade provisória sem fiança.

A liberdade provisória mediante fiança apresenta-se hodiernamente como instituto jurídico autônomo e, devidamente regulamentado, tanto no âmbito constitucional, quanto também na legislação ordinária. No contexto da liberdade provisória mediante fiança que surge a distinção entre crimes afiançáveis e inafiançáveis. Com efeito, o ordenamento jurídico estabelece quais as infrações penais que não admitem a liberdade provisória mediante fiança – isto é, os crimes inafiançáveis –, *a contrario sensu*, pode-se conhecer quais os crimes permitem tal benefício processual – ou seja, os crimes afiançáveis.

Por outro lado, a liberdade provisória sem fiança, prevista no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal – instituído pela Lei n.º 6.416/77 – tornou-se o principal instrumento de restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante, abrangendo todas as hipóteses em que não estiverem presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, independentemente do grau de pena, abstratamente prevista em lei, para o crime praticado, menos ainda, de condições subjetivas ostentadas pelo acusado.

CAPÍTULO V

A Carta Política/88 autoriza o acusado, preso em flagrante, responder à imputação em liberdade, durante o curso da persecução penal, desde que ausentes os motivos que autorizam a prisão preventiva. Entretanto, *a contrario sensu*, isto é, presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, o cerceamento da liberdade de locomoção do acusado impõe-se, seja através da manutenção da prisão em flagrante ou, seja mediante a decretação da prisão processual – prisão preventiva.

Contudo, percebe-se que paralelamente ao regime da liberdade provisória como regra e, conseqüentemente, a prisão processual como exceção, o legislador ordinário inseriu a vedação da liberdade provisória, em absoluto, no ordenamento jurídico.

A vedação da liberdade provisória em absoluto na legislação infraconstitucional, como expressão do discurso de emergência penal, constitui um espaço de excepcionalidade na relação prisão em flagrante/liberdade provisória durante o curso da persecução penal, alterando sobremaneira a lógica

então estabelecida, em que a concessão da liberdade provisória subordina-se, unicamente, à inexistência dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

O discurso de emergência utiliza-se da intensa intervenção penal estatal como instrumento de restabelecimento da ordem social abalada pela sensação de insegurança e, conseqüentemente, da vedação da liberdade provisória em absoluto, como resposta imediata à prática da infração penal, configurando, assim, o emprego promocional – ou simbólico – do direito penal.

Ocorre, todavia, que a validade constitucional da vedação da liberdade provisória em absoluto na legislação infraconstitucional encontra amparo, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, sob o argumento que o art. 5º, inciso LXVI, da Carta Política/88, ao estabelecer a garantia da liberdade provisória, também autorizou o legislador ordinário a disciplinar as hipóteses de cabimento e/ou vedação do referido benefício. E, especificamente, no contexto dos crimes hediondos e equiparados, a vedação da liberdade provisória em absoluto decorreria da inafiançabilidade prevista no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal/88.

Observa-se que ao analisar acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal a cerca da vedação da liberdade provisória em absoluto na legislação ordinária, percebe-se claramente a diversidade de tratamento conferido ao tema por aquele Tribunal Constitucional.

Quanto aos crimes hediondos e assemelhados, o Supremo Tribunal Federal apresentava o entendimento, ainda que não unânime, no sentido da possibilidade da concessão da liberdade provisória, desde que ausentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Entretanto, existem decisões do Supremo Tribunal Federal denegando a liberdade provisória, nos crimes hediondos e equiparados, reconhecendo que a vedação que constava no art. 2º, inciso II, da Lei 8.072/90 era, por si só, suficiente para impedir a restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante.

Contudo, a partir da edição da Lei n.º 11.464/07 – que excluiu a expressão “liberdade provisória” do rol de restrições previstas no inciso II, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 –, o Supremo Tribunal Federal, majoritariamente, passou a denegar a liberdade provisória, nos crimes hediondos e equiparados, sob o fundamento de que a vedação do referido benefício – liberdade provisória – deriva da inafiançabilidade expressamente prevista no art. 5, inciso XLIII, da Carta Política/88 e, de modo algum, da citada expressão suprimida.

Por outro lado, nos crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 da Lei n.º 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento –, segundo o entendimento majoritário

do Supremo Tribunal Federal, a denegação da liberdade provisória – embora houvesse vedação expressa –, deveria necessariamente fundamentar na demonstração da existência concreta dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Por fim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 3.112/DF., declarou a inconstitucionalidade do art. 21, que proíbe a concessão de liberdade provisória em absoluto nos crimes previstos nos artigos 16 – posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito –, 17 – comércio ilegal de arma de fogo – e, 18 – tráfico internacional de arma de fogo.

Nos crimes relacionados ao tráfico de drogas ilícitas, ainda que anterior à edição da Lei n.º 11.343/07, o Supremo Tribunal Federal, apresentava entendimento, majoritário, que a vedação da liberdade provisória contida no art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos –, era suficiente para fundamentar a manutenção da prisão em flagrante. Em consequência, o legislador ordinário ao determinar a vedação em absoluto da liberdade provisória no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, manteve a mesma sistemática estabelecida na Lei n.º 8.072/90.

Contudo, observa-se que, após a edição da Lei n.º 11.464/07, o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento majoritário que a vedação da liberdade provisória nos crimes relacionados ao tráfico de drogas ilícitas decorre da inafiançabilidade contida no art. 5º, inciso XLIII, da Carta Política/88, como também, do caráter especial da Lei n.º 11.343/06 – Lei Anti-Drogas – em relação à natureza geral da Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos.

Apesar do art. 5º, inciso XLIII, da Carta Política/88, determinar a inafiançabilidade dos crimes hediondos e assemelhados, percebe-se que a inafiançabilidade refere-se tão-somente a vedação da liberdade provisória mediante fiança e não à proibição, em absoluto, da restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante, uma vez que o instituto jurídico da liberdade provisória como gênero, apresenta como espécies: a liberdade provisória com fiança e; a liberdade provisória sem fiança. Além disso, a Constituição Federal/88 não estabeleceu a vedação da liberdade provisória, em absoluto, a nenhuma infração penal.

Embora a Lei n.º 11.343/06 – Lei Anti-Drogas – apresente natureza especial em relação ao caráter geral da Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos –, a controvérsia relativa à (im)possibilidade de concessão da liberdade provisória nos crimes referentes ao tráfico de drogas ilícitas, não deve ser enfrentada no campo do conflito aparente de leis penais, outrossim, através das regras referentes ao conflito de normas penais no tempo. Em outras

palavras, soluciona-se a questão – (im)possibilidade de concessão da liberdade provisória nos crimes referentes ao tráfico de drogas ilícitas – por meio do princípio da posterioridade, ou seja, a lei penal posterior revoga (ou derroga) a lei anterior.

Portanto, a Lei n.º 11.464/07 ao permitir a restituição da liberdade de locomoção ao acusado preso em flagrante, nas hipóteses de crimes hediondos e assemelhados, desautoriza toda e qualquer vedação em absoluto da liberdade provisória que ainda subsista no ordenamento jurídico infraconstitucional.