

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL – UNIFSA/TERESINA-PI

JADER MÁXIMO DE SOUSA

**A LIBERDADE PROVISÓRIA NO PACOTE ANTICRIME: UMA ANÁLISE SOBRE A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 310, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Teresina
2022

PÓS-GRADUAÇÃO - STRICTO SENSU



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIAS
CRIMINAIS
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL – UNIFSA/TERESINA-PI**

JADER MÁXIMO DE SOUSA

**A LIBERDADE PROVISÓRIA NO PACOTE ANTICRIME: UMA ANÁLISE
SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 310, §2º DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Teresina

2022

JADER MÁXIMO DE SOUSA

**A LIBERDADE PROVISÓRIA NO PACOTE ANTICRIME: UMA ANÁLISE
SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 310, §2º DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

**Trabalho apresentado ao programa de pós-graduação
stricto sensu em ciências criminais: mestrado
interinstitucional – Unifsa/Teresina-PI, como requisito
para a defesa de Dissertação de Mestrado em Ciências
Criminais, sob a orientação do professor Doutor
Rodrigo Moraes de Oliveira.**

Teresina

2022

Catlogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

MÁXIMO, Jader de Sousa.

A LIBERDADE PROVISÓRIA NO PACOTE ANTICRIME: UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 310, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - 2022. 111 f.: il. color

Dissertação de mestrado apresentado a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciências Criminais do Mestrado Interinstitucional – UNIFSA, Teresina-PI, 2022.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira.

JADER MÁXIMO DE SOUSA

**A LIBERDADE PROVISÓRIA NO PACOTE ANTICRIME: UMA ANÁLISE
SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 310, §2º DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ciências Criminais, do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica Do Rio Grande Do Sul, área de concentração em Sistema Penal e Violência, para fins de obtenção de título de Mestre.

Aprovado em ____ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Nome e título do orientador
Professor (a) Orientador (a)

Nome e título do professor (a)
Segundo Membro da Banca

Nome e título do professor (a)
Terceiro Membro da Banca

RESUMO

O presente estudo pretende abordar o instituto da liberdade provisória, considerada uma das principais ferramentas de cooperação para salvaguardar direitos para as liberdades civis, enfatizando as inovações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, em especial, a prevista no artigo 310, §2º do Código de Processo Penal. O referido dispositivo veda a concessão de liberdade provisória de maneira abstrata, amparando-se, apenas, no tipo penal ou na reincidência do agente, em uma estrita seletividade penal. A fim de contextualizar o instituto, foi realizado um estudo do autoritarismo estatal, relacionando-o ao sistema penal. Ademais, foram delineados os princípios constitucionais, analisadas suas aplicações específicas e os conflitos com os temas propostos, acompanhado da apresentação do instituto da liberdade provisória, suas espécies e premissas. Em seguida, realizou-se uma análise acerca da constitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, à luz dos princípios constitucionais, do sistema acusatório e da hierarquia das normas. Partindo-se de uma revisão bibliográfica, utilizando livros, legislação e jurisprudência, a análise do objeto do trabalho demonstrou que a imposição desse dispositivo, afronta princípios constitucionais e ofende a separação dos poderes. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal deve declarar a inconstitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, por descumprimento de princípios e precedentes constitucionais. Para isso, sugere-se que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na condição de legitimado, proponha uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Palavras-chave: liberdade provisória; vedações; Constituição Federal; inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present study intends to address the institute of provisional freedom, considered one of the main cooperation tools to safeguard rights for civil liberties, emphasizing the innovations brought by Law No. Criminal Procedure Code. The aforementioned device prohibits the granting of provisional abstract way, based only on the criminal type or on the agent's recidivism, in a strict criminal selectivity. In order to contextualize the institute, a study of state authoritarianism was carried out, relating it to the penal system. In addition, the constitutional principles were outlined, their specific applications and conflicts with the proposed themes were analyzed, accompanied by the presentation of the institute of provisional freedom, its species and premises. Then, an analysis was carried out about the constitutionality of article 310, paragraph 2 of the Code of Criminal Procedure, in the light of constitutional principles, the accusatory system and the hierarchy of norms. Starting from a bibliographic review, using books, legislation and jurisprudence, the analysis of the object of the work demonstrated that the imposition of this device, affronts constitutional principles and offends the separation of powers. Thus, the Federal Supreme Court must declare the unconstitutionality of article 310, paragraph 2 of the Code of Criminal Procedure, for non-compliance with constitutional principles and precedents. For this, it is suggested that the Federal Council of the Order of Lawyers of Brazil, in the condition of legitimized, propose a Direct Action of Unconstitutionality.

Keywords: provisional liberty; seals; Federal Constitution; unconstitutionality.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1. AUTORITARISMO NO PROCESSO PENAL | 11 |
| 1.1 Autoritarismo: definição e diversos usos do termo | 11 |
| 1.2 Autoritarismo e sistema penal | 19 |
| 2. PRINCIPIOLOGIA ACUSATÓRIA DO PROCESSO PENAL | 29 |
| 2.1 Jurisdicionalidade – nulla poena, nulla culpa sine iudicio | 31 |
| 2.2 Imparcialidade | 33 |
| 2.3 Presunção de inocência | 35 |
| 2.4 Contraditório e ampla defesa..... | 38 |
| 2.5 Motivação das decisões judiciais..... | 41 |
| 3 BREVE HISTÓRICO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA | 42 |
| 3.1 A liberdade provisória diante das metástases inquisitoriais | 43 |
| 3.2 A Liberdade Provisória nos Crimes Hediondos ou Equiparados..... | 51 |
| 3.3 A Liberdade Provisória na Lei de Drogas | 54 |
| 3.4 A Liberdade Provisória No Estatuto do Desarmamento..... | 56 |
| 4 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO ATUAL QUADRO NORMATIVO E AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.964/19 | 58 |
| 4.1 A Liberdade Provisória no contexto jurídico atual..... | 60 |
| 4.2 As modalidades de Liberdade Provisória | 62 |
| 4.3 Vedações à concessão da liberdade provisória | 66 |
| 4.4 Das prisões automáticas trazidas pela Lei 13.964/19..... | 67 |
| 5 A LIBERDADE PROVISÓRIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL | 69 |
| 5.1 As vedações à concessão da liberdade provisória e a afronta aos princípios do sistema acusatório..... | 73 |
| 5.2 A Jurisprudência da Suprema Corte antecipa a Inconstitucionalidade do Art. 310, §2º, do Código de Processo Penal? | 78 |
| 5.3 A reincidência e os tipos penais elencados no artigo 310, §2º do Código de Processo Penal | 81 |
| 5.4 A fundamentação da prisão preventiva à luz do sistema acusatório após a Lei 13.964/19..... | 84 |
| 6 CONCLUSÃO | 89 |
| REFERÊNCIAS | 93 |

INTRODUÇÃO

A liberdade, enquanto condição inerente ao ser humano, é assegurada pela Constituição Federal de 1988, estando expressa no rol dos direitos e garantias individuais. Dessa maneira, qualquer restrição a essa condição, deve ocorrer de forma excepcional. O texto constitucional traz, ainda, os fundamentos da liberdade provisória. O referido instituto é definido, segundo LOPES JR., como o substitutivo da prisão preventiva, configurando-se como uma medida alternativa reservada para os casos graves.

Presente no ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Afonsinas, a liberdade provisória passou por inúmeras modificações. Recentemente, a Lei 13.964/19 inseriu o artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, estabelecendo a vedação à concessão de liberdade provisória àquele que é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, configurando uma prisão automática.

Dessa feita, o presente estudo apresenta como eixo central, a discussão acerca da (in)constitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, perquirindo sobre uma possível violação ao sistema acusatório e aos princípios da presunção de inocência, da jurisdicionalidade, da fundamentação das decisões judiciais, da proporcionalidade, dentre outros. Ademais, cabe investigar se o dispositivo afronta a separação dos poderes e precedentes importantes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Os precedentes da Corte Suprema foram firmados a partir de julgados que consideram inconstitucional a vedação à concessão de liberdade provisória em crimes previstos na Lei de Drogas e no Estatuto do Desarmamento.

O estudo proposto justifica-se pela percepção acerca da prisão automática e sua validade constitucional, ante uma possível incompatibilização existente entre o artigo supracitado e o texto constitucional. Isso porque, o Poder Judiciário brasileiro defende a hierarquia normativa, determinando que a vigência de uma lei secundária depende de sua conformação com a Constituição, razão pela qual, qualquer dispositivo de lei que possa violar o texto constitucional, deve submeter-se ao controle de constitucionalidade.

Justifica-se, ainda, pela dicotomia apresentada na própria lei que, de um lado, exige a fundamentação da prisão preventiva em fatos novos e contemporâneos e, de outro, veda a concessão de liberdade provisória, baseada, exclusivamente, no tipo penal ou na

reincidência do acusado, sem exigir qualquer análise subjetiva da conduta e das circunstâncias dos agentes.

Além disso, deve-se consignar a sua relevância, uma vez que a Lei nº 13.964/19 alega aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. No entanto, a implementação da nova regulamentação desencadeou avanços de um lado e, de outro, grandes retrocessos.

Através do trabalho procurou-se relacionar o processo penal aos princípios constitucionais e ao Estado democrático de direito, buscando analisar a prisão preventiva à luz de seu contexto histórico e social, explorando, ainda, a influência do autoritarismo no sistema penal brasileiro.

Nesse sentido, a presente dissertação propõe o seguinte questionamento: Existe inconstitucionalidade no art. 310, §2º da Lei 13.964/19, sob o aspecto de violação ao sistema acusatório e de violação dos princípios constitucionais penais?

Para o desenvolvimento desta pesquisa se procurou realizar uma análise interdisciplinar, utilizando-se, primordialmente, o procedimento de revisão bibliográfica de obras que tratam dos temas elencados no estudo. As obras consultadas seguiram, especialmente, três vertentes: processo, prisão e direitos fundamentais. Obras de autores nacionais e internacionais foram utilizadas na composição do trabalho, tais como: Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Aury Lopes Jr, Lenio Streck, Ricardo Gloeckner, Roberto Delmanto Jr., Rubens Casar, Fauzi Choukr e Geraldo Prado. Sob o ponto de vista dos objetivos, a pesquisa foi exploratória, uma vez que, ao explorar um problema, fornece informações para uma investigação mais precisa.

Dentro dessa perspectiva, dividiu-se o trabalho em cinco seções. O primeiro capítulo realizou uma análise do autoritarismo estatal, relacionando-o ao sistema penal. Nesse ponto, importante destacar que ao termo autoritarismo, por não apresentar um conceito suficientemente capaz de abranger a complexidade dos fenômenos por ele designados, é necessário atribuir-lhe uma substância. Em seguida, percorreu-se o contexto histórico do sistema penal brasileiro, evidenciando o predomínio do modelo inquisitorial e autoritário.

Posteriormente, o segundo capítulo destaca a principiologia acusatória do Processo Penal, com enfoque em cinco princípios básicos: jurisdicionalidade, imparcialidade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e motivação das decisões judiciais.

O terceiro capítulo aborda, em linhas breves, o histórico da liberdade provisória no sistema processual penal brasileiro, apontando as modificações ocorridas com as

legislações supervenientes, com destaque para a Lei de Crimes Hediondos, a Lei de Drogas e o Estatuto do Desarmamento.

O capítulo seguinte expõe a Liberdade Provisória no atual quadro normativo, abordando as inovações ocorridas a partir da Lei 13.964/19, enfatizando os traços do autoritarismo presentes no termo e dispondo sobre as modalidades do instituto. Ademais, trata sobre a prisão preventiva, elencando as principais modificações ocorridas com o advento da Lei 13.964/19 e discorrendo sobre seus pressupostos. Além disso, destina-se a citar e esclarecer as vedações à concessão da liberdade provisória.

Por fim, o último capítulo evidencia a liberdade provisória com um direito fundamental, enfatizando a instrumentalidade constitucional e a concepção garantista adotada pela Constituição Federal de 1988. Ademais, relaciona as vedações contidas na Lei 13.964/19 aos princípios que regem o sistema acusatório.

Finalmente, aborda a incompatibilização do Código de Processo Penal com o texto constitucional, com destaque à vedação em abstrato trazida pela Lei 13.964/19, questionando-se a constitucionalidade do dispositivo que aborda o tema e trazendo precedentes do Supremo Tribunal Federal em casos semelhantes.

1. AUTORITARISMO NO PROCESSO PENAL

O presente capítulo busca apresentar as bases do estudo. Desse modo, será realizada uma análise do autoritarismo no Estado, explorando os diversos usos do termo e identificando sua presença na formação da sociedade brasileira. Em seguida, será abordado o sistema penal, com enfoque no Brasil, com o fito de avaliar a influência do autoritarismo nesse sistema.

1.1 AUTORITARISMO: DEFINIÇÃO E DIVERSOS USOS DO TERMO

A necessidade de estabelecer um Código de Processo Penal único para todo o Brasil impôs, em 1941, a modificação das regras processuais penais vigentes. Além da homogeneidade do direito judiciário penal, as inovações provocaram o fortalecimento da ação repressiva do Estado, evidenciando o autoritarismo estatal.

O conceito de autoritarismo constitui objeto de pesquisas em diversas áreas do conhecimento, tais como: a Ciência Política, a Sociologia, a Filosofia e a Psicologia, resultando em uma multiplicidade de sentidos.

Ao discorrer sobre o conceito de autoritarismo, Fernandes¹ o define como ambíguo e plurívoco, atribuindo-lhe uma espécie de perversão lógica, decorrente da vinculação ao ataque liberal aos abusos de poder do Estado e à crítica neokantiana² da exorbitância da autoridade.

No âmbito das ciências sociais, o termo era utilizado em duas linhas de compreensão: aspectos sociopáticos da autoridade constituída e da irracionalidade do comportamento humano. De um lado, negava-se a liberdade nas relações do indivíduo com o Estado. De outro, essa liberdade desaparecia nas relações de conformismo, pressupondo que os requisitos sociais da liberdade individual eram desvirtuados e prejudicados, além de motivados por uma ordem social competitiva³.

¹ FERNANDES, Florestan. *Apontamentos sobre a "Teoria do Autoritarismo"*. São Paulo: Hucitec, 1979, p. 03.

² Sobre a visão neokantiana, TAVARES discorre: "Com o neokantismo se inaugura, porém, uma outra fase de evolução política, em que a medida individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma". TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. E-book.

³ FERNANDES, Florestan. *Apontamentos sobre a "Teoria do Autoritarismo"*. São Paulo: Hucitec, 1979, p. 03 – 04.

A utilização abusiva dos conceitos autoritário e de autoritarismo por cientistas políticos e, em particular, por cientistas sociais, desencadeou a crise da sociedade burguesa na era do capitalismo monopolista e de transição para o socialismo. Isso porque, múltiplas manipulações repressivas de autoridades passaram a ser dissimuladas, atenuadas ou ocultadas através de operações semânticas. O termo autoritarismo pode ser aplicado em conexão com qualquer regime, haja vista designar tanto uma variação normal – significando uma ditadura técnica, resguardando a democracia – quanto uma exacerbação da autoridade⁴.

Em contribuição à obra *Dicionário de política*, Stoppino⁵ define que os termos autoritário e autoritarismo empregam-se em três contextos: estrutura dos sistemas políticos, disposições psicológicas a respeito do poder e ideologias políticas.

No que se refere à tipologia dos sistemas políticos, o autor esclarece que os regimes que privilegiam a autoridade governamental e reduzem o consenso são chamados de autoritários. Neles, há redução da oposição e da autonomia dos subsistemas políticos, aniquilando ou esvaziando substancialmente as instituições destinadas a representar a autoridade de baixo para cima.

O sentido psicológico decorre da personalidade autoritária formada, de um lado, pela obediência aos superiores, o que inclui, por vezes, o obséquio e a adulação para com aqueles que detêm o poder; de outro, a arrogância e o desprezo para com os inferiores hierárquicos e àqueles que não possuem poder e autoridade.

Por fim, as ideologias autoritárias referem-se à negativa da igualdade dos homens, colocando em destaque o princípio hierárquico, defendendo as formas de regimes autoritários e exaltando componentes da personalidade autoritária como virtudes⁶.

Fragoso⁷, a fim de conceituar autoritarismo, corrobora com a definição de Stoppino, acrescentando um contexto ao termo: abuso de autoridade. Assim, considera que pode ser utilizado em quatro circunstâncias distintas: abuso de autoridade, estrutura de regime político, ideologia política e psicológico-social.

⁴ FERNANDES, Florestan. *Apontamentos sobre a “Teoria do Autoritarismo”*. São Paulo: Hucitec, 1979, p. 04

⁵ STOPPINO, Mario. Verbete “Autoritarismo”. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (org.). *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998, p. 94.

⁶ STOPPINO, Mario. Verbete “Autoritarismo”. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (org.). *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998, p. 94.

⁷ Fragoso, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. 2011. 373 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011, p. 62-72

Para o autor, o autoritarismo como abuso de autoridade é reputado àquele que, detendo autoridade, abusa desse poder conferido pelo cargo que ocupa. Tal abuso pode se manifestar de distintas formas: por exclusão arbitrária de determinadas parcelas da sociedade; por distorção nas expressões do processo de constituição dessa autoridade pelas estruturas de comunicação; pela constituição de poder realizada através de mentiras ou ficções que maculam a legitimidade de atribuição do poder de autoridade e, por fim, pela criação de demandas de poder pelo próprio detentor dele.

No que concerne ao autoritarismo dos regimes políticos, considera-se autoritário aquele que privilegia a autoridade governamental e diminui de forma mais ou menos radical o consenso, gerando concentração do poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão⁸.

Fragoso⁹ acrescenta que, enquanto ideologia política, o autoritarismo tem fundamento em três características: funda-se em alguma concepção igualitária dos homens, considera a ordem e a segurança como bens supremos e valoriza o exercício do poder em detrimento das liberdades individuais e dos direitos humanos. Já o psicológico-social, originado a partir da ascensão do nazismo, vincula as causas e as características de condutas individuais e coletivas autoritárias e de pré-disposições psicológicas atinentes ao exercício autoritário de poder, estabelecendo uma etiologia e uma tipologia da personalidade autoritária.

Discorrendo sobre o tema, Neder¹⁰, ao analisar o período compreendido entre a primeira legislação penal republicana no Brasil (1890) e o ano em que o país comemorou o centenário da criação das duas principais faculdades de direito (1927), afirma que o discurso jurídico no Brasil busca legitimidade no pensamento europeu, incorporando reflexões que garantem a hegemonia burguesa junto às classes subalternas.

O processo de construção da ordem burguesa e a implantação do capitalismo foram acompanhados de traços profundamente autoritários, refletindo as contradições, as alianças de classe efetivadas e a correlação de forças sociais e políticas que as privilegiavam¹¹.

⁸ FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e sistema penal. 2011. 373 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011, p. 62-72

⁹ FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e sistema penal. 2011. 373 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011, p. 62-72

¹⁰ NEDER, Gizlene. Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil. p. 24

¹¹ NEDER, Gizlene. Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil. p. 36

Para Neder¹², o Estado figura como um terceiro elemento na relação entre as classes, imputando-lhe toda a responsabilidade – desde as modernizações até a repressão política – ante o caráter de neutralidade e mediação a ele conferido. No Brasil, o autoritarismo estaria presente hegemonicamente no processo histórico do país.

Confirmando o entendimento supracitado, Cerqueira Filho¹³ esclarece que o paternalismo e a ideologia do favor, consistente no sistema de clientela e de troca de favores recíprocos, expressam o autoritarismo no Brasil. Ademais, acrescenta que a ideia geral de um pensamento uniforme mascarou os conflitos de classes, impedindo a manifestação e a revelação do pensamento político divergente das classes subalternas.

Neder¹⁴ destaca a necessidade de desconstruir formas de encarar o autoritarismo na historiografia brasileira, especialmente no que se refere à oposição ao liberalismo e à naturalização do autoritarismo¹⁵ no processo histórico e social da sociedade. Para ela, liberalismo e autoritarismo constituem “duas faces de uma mesma moeda”. Isso porque, em que pese a existência da prática política autoritária e repressiva diante das massas – levando em conta a constância das relações sociais de produção escravista – a visão da classe dominante sobre a questão servil considera o liberalismo. Além disso, esclarece que é falsa a oposição estabelecida entre centralização e descentralização.

Refletindo sobre a historiografia brasileira, Gloeckner¹⁶ afirma que diversas obras importantes apresentam o pensamento político brasileiro como uma espécie de liberalismo conservador, acrescentando que a formação de um liberalismo oligárquico emprestará uma longevidade considerável à ideia de patrimonialismo.

Ao definir patrimonialismo, Faoro¹⁷ afirma ser uma ordem burocrática, em que há uma sobreposição do soberano ao cidadão, na qualidade de chefe para funcionário.

¹² NEDER, Gizlene. Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil. p. 55

¹³ CERQUEIRA, Gisálio. A questão social no Brasil: crítica do discurso político, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980

¹⁴ NEDER, Gizlene. Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil. p. 48

¹⁵ Sérgio Adorno, ao detalhar, em sua obra, a análise de sua pesquisa sociológica que abrange o período de 1827 – ano da criação dos cursos jurídicos no Brasil – a 1883, ano de formatura da turma acadêmica que frequentou o primeiro ano em 1879, relata: “Assim, como segundo aspecto decorrente desses debates, perfilava-se um modelo de interpretação que opunha ao autoritarismo o liberalismo. Acreditava-se, de acordo com alguns intérpretes, que o fato de a sociedade brasileira não haver experimentado, em todas as suas consequências, os vícios e as virtudes da agenda liberal – em outras sociedades, foco seguro de resistência contra o arbítrio político – explicava, em parte, a longa e penosa persistência do autoritarismo”. ADORNO, Sergio. *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal da política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 23.

¹⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 137.

¹⁷ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 4 ed. São Paulo: Globo, 2008.

Partindo do pressuposto que o culturalismo conservador e o economicismo, pilares da inteligência brasileira, levam ao extremo empobrecimento do debate político nacional, Souza defende que o conhecimento fragmentário e superficial, necessariamente conservador, mantêm e justificam os privilégios injustos na sociedade brasileira.

Para o autor, tanto o culturalismo quanto o economicismo ocasionam uma confissão hierárquica e uma superficialidade e fragmentação da percepção da realidade social. O primeiro, por sua generalização da corrupção apenas do Estado como contraposta a um mercado supostamente virtuoso. O segundo, por sua leitura superficial e simplificadora da realidade¹⁸.

Essa fragmentação do conhecimento retira a compreensão universal da sociedade, limita a percepção das contradições e dos conflitos, além de perpetuar as condutas já existentes, que se travestem de supostos interesses coletivos.

Segundo Souza¹⁹, o culturalismo científico constrói uma oposição na dimensão cognitiva e moral entre as sociedades avançadas e as sociedades em desenvolvimento. Ao passo que os membros das sociedades avançadas são entendidos como mais racionais e moralmente superiores, os indivíduos das sociedades atrasadas são percebidos de forma negativa nas esferas cognitiva e moral, imputando-lhes a afetividade, a passionalidade e, conseqüentemente, a corrupção. Essa oposição, criada e legitimada cientificamente, revela o racismo científico dominante, naturalizado e aceito na comunidade científica e cotidianamente nas sociedades modernas.

A análise das obras de Gilberto Freyre e Sérgio Buarque de Holanda permitiram a comprovação dessa divisão racista. Em suas obras, as marcas da sociedade patrimonialista revestem-se dos termos: primitivo, pessoal e corrupto. Lado outro, nas sociedades centrais há predominância das expressões: modernidade, impessoalidade e confiança.

No Brasil, a publicação de *Casa-grande & senzala*, de Gilberto Freyre, foi o marco para a criação e hegemonia, na década de 1930, do culturalismo brasileiro. A obra destaca a singularidade cultural e social pré-moderna que explicitam a junção de personalismo e de patrimonialismo. Além de ser o marco de criação e de hegemonia do culturalismo

¹⁸ SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2015.

¹⁹ SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2015.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2015.

brasileiro, a publicação conferiu uma interpretação positiva da miscigenação da sociedade, articulando a tese do “mestiço is *beautiful*”, que permitiu uma autolegitimação da nação e dos indivíduos e funcionou como um redutor de todas as diferenças. Enquanto Freyre construiu um vínculo afetivo do brasileiro, enaltecendo a civilização singular, Sérgio Buarque de Holanda retoma a ideia da pessoalidade e do favorecimento, além de vincular a civilização e o homem cordial como desencadeadores do grande problema social e político do país²⁰.

Para Holanda, a lhanza no trato, a hospitalidade e a generosidade – virtudes que representam um traço definido no caráter brasileiro – não significam boas maneiras ou civilidade, uma vez que, na civilidade, há coerção, expressão de mandamentos e de sentenças. Em oposição ao protestante, o homem cordial – tipo genérico brasileiro – pressupõe o comportamento de aparência afetiva, irracional e passional, sendo inadequado às relações impessoais que decorrem da posição e da função do indivíduo²¹.

A crítica de Holanda era direcionada ao caráter patriarcal, marcado pela manifestação dos valores familiares e pelo predomínio das vontades particulares inerentes ao brasileiro, que gerava uma confusão na condução das atividades públicas, ante a pessoalidade estabelecida nessas relações²².

Nesse sentido, Faoro, em sua obra “Os donos do poder”, corrobora com Holanda, destacando a persistência patrimonialista na sociedade brasileira, configurada pelo domínio tradicional que, na ausência de um quadro administrativo, revela o caráter

²⁰ Ao analisar Freyre e Holanda, SOUZA associa o autor de “Raízes do Brasil” a um filho bastardo, que admira e imita o pai em tudo, mas, por ressentimento, pretende a ele se opor. SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2015

²¹ Sérgio Buarque de Holanda expõe o predomínio das vontades particulares no desenvolvimento da sociedade brasileira: “No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar — a esfera, por excelência dos chamados “contatos primários”, dos laços de sangue e de coração — está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146.

²² Nas palavras de Casara: “... no processo de colonização, como aconteceu em toda a América Latina, a funcionalidade do Brasil era atender aos interesses de acumulação de riqueza da Metrópole. Nesse contexto, assume destaque especial na sociedade brasileira, como de resto em toda a América Latina, o trabalho compulsório (em especial, a escravidão dominante no Brasil) e a articulação/promiscuidade da Coroa com grupos mercantis. Esta, aliás, um dos principais fatores que dificultam diferenciar os conceitos de público e privado na vida social e política brasileira”. CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32-33.

patriarcal. Analisando a relação com o Estado Português, o autor destaca o imenso patrimônio rural formado pela coroa após os primeiros golpes da reconquista e a ausência de dissociação entre os bens públicos e os bens particulares do governante. Ao abordar a estratificação das camadas sociais e o controle patrimonialista do Estado, elabora o conceito de estamento burocrático. O caráter centralizador do Estado decorre da omissão da sociedade na administração pública, perpetuando uma relação de dependência entre o povo e o Estado. Assim, enquanto o Estado, representado pela minoridade popular, impera; o povo quer a proteção estatal, parasitando-o²³.

Desse modo, em contraposição ao pensamento de Freyre, que enaltece o vínculo afetivo presente na personalidade do povo brasileiro, Holanda e Faoro questionam e criticam esse traço de personalidade, haja vista o modelo institucional de administração pública implantado no Brasil, que desprezava a distinção entre a esfera pública e privada. A ausência de separação entre o público e privado frustra a inserção do homem cordial em organizações sociais, dificultando a construção de um Estado burocrático.

Nessa senda, Adorno esclarece que a burocratização do aparelho administrativo, assim como a sua racionalização, encontra resistência na tenacidade da administração privada da justiça²⁴.

Para Adorno, as diversas modalidades de pensamento liberal ampliaram o contraste entre o patrimonialismo e o liberalismo brasileiro. O liberalismo moderado apontava o Imperador e os ministros de Estados como responsáveis pelos males da nação. Lado outro, o liberalismo radical incitava o “ódio entre as raças” e a “luta de classes”²⁵.

Analisando a formação política e social do Brasil, o jurista Vianna, em sua obra “Instituições políticas brasileiras”, retrata traços do patrimonialismo no país, revelando o caráter individualista do brasileiro. Tal individualismo – decorrente da própria formação social e econômica, que contribui para o isolamento e a dispersão do homem – reforça a importância dispensada aos interesses pessoais ou de família em detrimento às considerações de interesse coletivo. A visão privatista do mundo provoca a carência de um espírito público de bem comum e de um sentimento de solidariedade coletiva, o que

²³ Para FAORO, o estamento burocrático nasce do patrimonialismo e se perpetua noutro tipo social. Definido como um grupo de membros cuja elevação se calca na desigualdade social, o estamento burocrático comanda o ramo civil e militar da administração e, com aparelhamento próprio, invade e dirige a esfera econômica, política e financeira. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Globo, 2008.

²⁴ ADORNO, Sergio. *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal da política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 35.

²⁵ ADORNO, Sergio. *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal da política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 36.

reflete na ausência da compreensão do poder do Estado como órgão do interesse público²⁶.

A forma de organização social assumida historicamente por um grupo de indivíduos permeia o surgimento de uma identidade política nacional. A concepção de uma ordem social organizada em classes leva a uma ação congregada, permitindo o alcance de benefícios comuns e a consolidação do Estado de Direito liberal-democrático, prevalecendo a divisão das esferas pública e privada. Lado outro, o estamento privilegia determinados grupos, alimentando a desigualdade social. Nessa conjuntura, o liberalismo tem alguma coisa de liberal e pouco de democrático²⁷.

Assim, a concepção liberal não é necessariamente incompatível com o autoritarismo. Relembrando o entendimento de Neder, enquanto a constância das relações sociais de produção escravista revela a prática de política autoritária e repressiva diante das massas²⁸, a visão da classe dominante sobre a questão servil considera o liberalismo.

Diante da diversidade de sentido, Gloeckner²⁹ leciona que o termo autoritarismo deverá ser entendido conforme as balizas epistêmicas utilizadas, recusando uma definição universalizante. Além disso, destaca que explicar autoritarismo por uma teoria geral seria insuficiente, sendo necessário atribuir uma substância ao termo.

Segundo Gloeckner, posteriormente à Constituição Federal de 1988, o discurso processual penal passou por transformações, que trouxeram modificações semânticas e a utilização de eufemismo, a fim de ressignificar as práticas punitivas. Parte-se de um discurso de reequilíbrio que se baseia na instrumentalidade do sistema processual; no reenquadramento da segurança pública enquanto um bem jurídico constitucional e na inversão dos direitos fundamentais, associada à ascensão do Poder Judiciário como superego da sociedade. O fenômeno de eufemização provoca, no Brasil, um discurso

²⁶ VIANNA, Oliveira. Instituições políticas brasileiras. Brasília: Senado Federal, 1999, p.141-142.

²⁷ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato brasileiro. 4 ed. São Paulo: Globo, 2008.

²⁸ Discorrendo sobre escravidão e racismo, SCHWARCZ destaca a naturalização da desigualdade nos governos autoritários: “Naturalizar a desigualdade, evadir-se do passado, é característico de governos autoritários que, não raro, lançam mão de narrativas edulcoradas como forma de promoção do Estado e de manutenção do poder. Mas é também fórmula aplicada, com relativo sucesso, entre nós, brasileiros. Além da metáfora falaciosa das três raças, estamos acostumados a desfazer da imensa desigualdade existente no país e a transformar, sem muita dificuldade, um cotidiano condicionado por grandes poderes centralizados nas figuras dos senhores de terra em provas derradeiras de um passado aristocrático”. SCHWARCZ, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. São Paulo: Companhia das letras, 2019, n.p. *E-book*.

²⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 49.

neoliberal que desencadeia a condução de práticas autoritárias e a utilização de discursos antidemocráticos na teoria processual penal ³⁰.

De acordo com Casara, o processo penal é um dado histórico-cultural que expressa, simultaneamente, a constituição e o desenvolvimento de um modo de produção material, além de ‘relações estruturais de poder, segurança e dominação’. Para ele, o sistema de justiça criminal, ao se tornar objeto de atenção dos meios de comunicação de massa, foi percebido como um *locus* privilegiado à espetacularização, tornando-se uma mercadoria espetacular que afasta direitos e garantias fundamentais, em nome de um projeto constitucional de vida digna³¹.

Denota-se, portanto, que o autoritarismo não integra um conceito suficientemente capaz de abranger a complexidade dos fenômenos designados por ele. Nesse sentido, a compreensão do autoritarismo ocorre com a definição de um marco de referência e a atribuição de uma substância. Assim, no decorrer deste trabalho, ao tratar sobre autoritarismo e sistema penal, o termo autoritarismo deverá ser entendido a partir dos variados contextos relacionados à ciência política, à psicologia social ou outro campo do conhecimento.

1.2 AUTORITARISMO E SISTEMA PENAL

A compreensão da inter-relação entre autoritarismo e sistema penal, objeto de estudo deste tópico, requer o entendimento e a caracterização do sistema penal.

As sociedades contemporâneas, a partir da institucionalização ou formalização do poder, com o fito de impor pena, submetem à coerção, grupos reduzidos de pessoas. Esta submissão, denominada criminalização, é resultante da gestão de um conjunto de agências que compõem o sistema penal. A criminalização se desenvolve em duas etapas: primária e secundária³².

A criminalização primária trata-se de um ato formal, genérico, exercido por agentes políticos. É o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material, que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Lado outro, a criminalização secundária é definida

³⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 148.

³¹ CASARA, Rubens. Processo Penal do espetáculo (e outros ensaios). 2ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 11-18.

³² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003, p. 7.

como a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Decorre da atuação de agentes policiais que detectam a realização de certo ato criminalizado por determinada pessoa, realizam a investigação e, em alguns casos, privam a sua liberdade³³.

Em suma, a criminalização primária, praticada pelo legislador, tipifica as condutas, enquanto a criminalização secundária configura a ação punitiva, mediante a atuação da polícia e do judiciário.

Zaffaroni³⁴ define o sistema penal como um controle social punitivo institucionalizado. Esmiuçando o conceito apresentado, o doutrinador explica que embora a expressão controle social seja difusa, essa ideia é limitada pelos adjetivos que apelam à punição e à institucionalização. A punição é descrita como o ato e o efeito de uma conduta que pretende responder de maneira sancionatória a outra, atribuindo uma dose de dor, usualmente resultante de uma privação. A expressão pretende responder se utilizada, uma vez que podem existir fenômenos de punição sem a conduta prévia que pretende penalizar. Assim, frequentemente, o filtro do sistema penal parece recair preferencialmente em qualidades pessoais e não na prática de determinadas ações. Diz-se institucionalizado, uma vez que obedece a formas e procedimentos estabelecidos, conquanto que não sejam estritamente legais, porém característicos do grupo humano que compõe o segmento correspondente do sistema.

Por sistema, deve-se compreender como o conjunto de coisas que servem a um objetivo. Crítico da seletividade do sistema penal, o autor afirma que o termo penal decorre do objetivo de penalizar ou castigar determinadas pessoas, embora devesse penalizar ações. Tais medidas contêm um conteúdo doloroso de privação ou redução do espaço social, sendo produto da imputação de conduta³⁵.

A seletividade da criminalização secundária, enraizada nas sociedades, é fortemente influenciada por um estereótipo criado no imaginário coletivo que atribui à determinadas pessoas uma imagem pública de delinquente, a partir de julgamentos classistas, racistas, etários, de gênero e estéticos. Esta seletividade condiciona todo o

³³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003, p. 8.

³⁴ Zaffaroni, Eugênio R. Sistemas penales y derechos humanos em américa Latina. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 7 e 8.

³⁵ Zaffaroni, Eugênio R. Sistemas penales y derechos humanos em américa Latina. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 8.

funcionamento das agências do sistema penal^{36 37}. As referidas agências são regidas por relações competitivas entre si, que beneficiam um discurso repetitivo e simplista, favorecido pela comunicação. A repetição reforça a ideia de que o sistema penal e o poder punitivo são meios eficazes na solução de problemas sociais complexos, cuja urgência de respostas efetivas impede uma análise séria³⁸.

Tratando sobre a seletividade do sistema penal, Choukr afirma que os mecanismos ou técnicas utilizadas a partir de um discurso retórico de igualdade, gera um papel de seletividade informal do sistema, especialmente por instâncias policiais que buscam continuamente espaço processual na construção legislativa, provocando uma crescente policialização da persecução penal³⁹.

Casara destaca que as escolhas são essencialmente políticas e assevera que em sociedades autoritárias o processo penal não atinge a todos com a mesma intensidade, recaindo, preferencialmente, naqueles que são identificados como inimigos. Estes serão objetos a serem neutralizados, figurando, inicialmente, como investigados e, posteriormente, como réus e condenados. Acrescenta, ainda, que essa seletividade não se restringe à escolha daqueles que serão apenados, mas engloba a opção pela criminalização

³⁶ Ao tratar sobre a seleção criminalizadora de acordo com o estereótipo, Zaffaroni assevera: “A seleção criminalizadora secundária de acordo com o estereótipo condiciona todo o funcionamento dos órgãos do sistema penal, de forma que é quase inoperante para qualquer outra seleção, razão pela qual (a) é impotente contra crimes de poder econômico (os chamados crimes de colarinho branco); (b) é também, de uma forma mais dramática, diante de conflitos gravíssimos e pouco convencionais, como o uso de meios de comunicação ataques letais em massa contra uma população indiscriminada, geralmente chamados de terrorismo; e C) fica perplexo nos casos excepcionais em que seleciona alguém que não se enquadra naquele quadro (agências políticas e de comunicação pressionam, advogados formulam perguntas que não sabe responder, nas prisões deve atribuir-lhes alojamento diferenciadas, etc.) - Em casos extremos, os próprios clientes não convencionais contribuem para o sustento das agências, particularmente das penitenciárias, com o que qual o sistema atinge sua mais alta contradição. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003, p. 9-10.

³⁷ ZAFFARONI indica quais agências devem ser observadas: (a) as políticas, que incluem os parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, Partidos Políticos; (b) os tribunais, englobando juízes, promotores públicos, assistentes, advogados, organizações profissionais; (c) a polícia, envolvendo o segurança, polícia judiciária ou investigativa, alfândega, promotor, investigador privados, relatórios privados, inteligência do estado e, em geral, qualquer agência público ou privado que exerça funções de vigilância; (d) penitenciárias, incluindo funcionários de prisões e de execução ou tutela punitiva em liberdade; (e) os de comunicação sociais – radiotelefonia, televisão, imprensa; (f) os de reprodução ideológica, dentre os quais, universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica; (g) internacionais, tais como organizações especializadas da ONU, OEA, etc.; (h) transnacionais, incluindo cooperações de países centrais, fundações, entidades para bolsas e subsídios. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003, p.19.

³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003, p.20

³⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Iniciação ao processo penal. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 43. E-book.

de determinadas condutas – normalmente típicas dos grupos sociais que não detém o poder político e econômico – em detrimento de outras, traduzindo-se em uma escolha de quem prender, investigar, acusar e punir, dentre aqueles que violam normas penais⁴⁰.

Ademais, Casara relaciona controle ideológico dos atores jurídicos às questões de ordem política, ocasionando o comprometimento da independência de juízes, promotores de justiça e procuradores, permitindo a desconsideração de normas, regras e princípios constitucionais, no momento de aplicação^{41 42}.

Nesse sentido, Prado assevera que as pressões desenvolvidas por grupos sociais, a partir de mecanismos de operação do sistema político, influenciam as demandas inerentes ao sistema penal e refletem nas aspirações de democratização do processo enquanto instrumento⁴³.

Embora atualmente institucionalizado e titularizado pelo Estado, primordialmente, o poder punitivo era exercido pela própria sociedade, a partir de reações coletivas em face do delito⁴⁴.

Aragoneses Alonso, esclarece, no entanto, que essa vingança coletiva não pode ser considerada como pena, haja vista serem dois fenômenos distintos. Isso porque, enquanto, a vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, pressupõe a existência de um poder organizado⁴⁵.

⁴⁰ CASARA, Rubens. *Processo Penal do espetáculo (e outros ensaios)*. 2ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 20.

⁴¹ CASARA, Rubens. *Processo Penal do espetáculo (e outros ensaios)*. 2ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 20

⁴² Ainda sobre o tema, Casara acrescenta: “No Brasil, a tradição autoritária em que estão inseridos, faz com que juízes despudoradamente atuem politicamente (muitas vezes sem ter consciência disso), sob os aplausos de órgãos de atuação do Ministério Público, que deveriam atuar como fiscais da legalidade democrática, chegando a violar os limites semânticos à interpretação contidos nos textos de lei: negam textos expressos de lei e afastam as balizas constitucionais em nome de suas convicções, de seus desejos políticos e de suas visões pessoais de justiça.

É a dimensão política do processo penal que se esconde por de trás da espetacularização do sistema de justiça: faz-se política no espetáculo, embora muitas vezes os espectadores desatentos ou subjetivamente empobrecidos não percebam”. CASARA, Rubens. *Processo Penal do espetáculo (e outros ensaios)*. 2ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 21

⁴³ PRADO, Geraldo, *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, n.p.

⁴⁴ Discorrendo sobre a evolução da pena, LOPES JR. aborda a imposição da autoridade estatal, a partir da mudança de titularidade do direito de penar: “O processo penal atrela-se à evolução da pena, definindo claramente seus contornos quando a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, quando o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados. Assim, a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça.” LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, n.p.

⁴⁵ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986.

De acordo com Lopes Jr., atrelado à evolução da pena, o processo penal define seus contornos quando o Estado assume a titularidade do direito de aplicar penas, suprimindo a vingança privada e implantando os critérios de justiça.

Incumbido da tarefa de proteger os bens fundamentais dos indivíduos, o direito penal, por ser uma forma grave de intervenção do Estado frente ao indivíduo, deve atuar em *ultima ratio legis*, ou seja, apenas quando absolutamente necessária para a proteção da comunidade. Nesse sentido, deve assegurar o fiel cumprimento e o respeito às garantias individuais⁴⁶.

No Brasil, o sistema de justiça criminal teve início, efetivamente, com as Ordenações Filipinas, em 1603, perdurando até 1830. O modelo inquisitório da Coroa previa a aplicação de penas cruéis, permitindo, inclusive, execuções públicas, com o fito de imprimir temor à população. O Código Criminal do Império foi criado em 1830 e, em seguida, o Código de Processo Penal de 1832. Ambos, direcionados aos escravizados, objetivavam a manutenção da estrutura escravocrata⁴⁷. Após a abolição formal da escravidão, o Código Penal de 1890 foi criado, para conter a massa de negros. Já em 1932, a Consolidação das leis penais ampliou a malha repressiva, direcionada a punir os indesejáveis. Passados onze anos, surge o Código de Processo Penal de 1941⁴⁸.

À época da criação do Código Processual Penal, o Brasil atravessava um período de mudanças significativas. Em 1930, a ascensão de Vargas ao poder ocorreu a partir da destituição de Washington Luís e a suspensão da Constituição Republicana de 1891. O Decreto 19.398 instituiu o Governo Provisório da República dos Estados Unidos Brasil, determinando a dissolução das Casas Legislativas, atribuindo o exercício das funções e atribuições do Poder Legislativo a si. Além disso, determinou a nomeação de

⁴⁶ Discorrendo sobre a restrição de condutas estabelecidas pelo legislador, Prado esclarece sobre a impossibilidade de arbitrar ilimitadamente os atos supostamente nocivos à convivência social, uma vez que, o direito penal deve ser o último recurso a ser utilizado: “À característica brutal do direito penal corresponde a sua idéia geral como *ultima ratio*, em virtude da qual, abdicando-se da concepção salvacionista da incriminação e punição totais, salientam-se os aspectos fragmentários da intervenção penal na vida social, com a eleição daquelas situações excepcionais cuja gravidade justifique cogitar da adoção de uma resposta socialmente organizada de igual seriedade”. PRADO, Geraldo, Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed.; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

⁴⁷ Ao abordar sobre a influência da escravidão no século XIX, Casara afirma: “Uma das principais características da sociedade do século XIX repousa na influência da escravidão em todos os setores da sociedade. Isso pode ser percebido quando se atenta para o fato de que os mais fortes laços intersubjetivos da sociedade, no início, resumiam-se aos familiares, dentro da estrutura patriarcal, e os resultantes diretamente das relações de trabalho e produção, em especial, a subordinação do escravo”. CASARA, Rubens R.R. Mitologia processual penal, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book.

⁴⁸ LOPES JR., Aury.; PINHO, Ana Claudia Bastos D.; ROSA, Alexandre Moraes. Pacote Anticrime: um ano depois. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 7. E-book.

interventores para a direção dos governos estaduais e subordinou o Poder Judiciário ao Poder Executivo. Em 1934, a Constituição Federal foi promulgada.

No entanto, em 1937, foi outorgada uma nova Constituição, inspirada no fascismo italiano⁴⁹. Sob a justificativa de infiltração comunista, houve a retomada do período ditatorial, marcado pelo autoritarismo, arbítrio e utilização do sistema criminal como forma de controle. Nesse contexto de comportamento político reacionário e conservador, o Código de Processo Penal de 1941 foi instaurado^{50 51}.

Em que pese a atuação em *ultima ratio* e a necessidade de respeito às garantias individuais, o Código de Processo Penal de 1941, criado para regular a atuação da justiça penal em correspondência com o Código Penal e com a Lei de Contravenções, impunha uma maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem.

A exposição de motivos do CPP demonstra o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado sob a justificativa de que o indivíduo, quando transige a disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social⁵².

⁴⁹ O movimento fascista, ao privilegiar o interesse nacional em detrimento aos interesses pessoais, repudia as liberdades democráticas: “O fascismo pode ser definido como uma forma de comportamento político marcada por uma preocupação obsessiva com a decadência e a humilhação da comunidade, vista como vítima, e por cultos compensatórios da unidade, da energia e da pureza, nas quais um partido de base popular formado por militantes nacionalistas engajados, operando em cooperação desconfortável, mas eficaz com as elites tradicionais, repudia as liberdades democráticas e passa a perseguir objetivos de limpeza étnica e expansão externa por meio de uma violência redentora sem estar submetido a restrições éticas ou legais de qualquer natureza”. PAXTON, Robert. A anatomia do fascismo. Tradução de Patrícia Zimbre e Paula Zimbre. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 358-359.

⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu J. O Devido Processo Penal, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2016, p. 84.. E-book.

⁵¹ LOPES JR. ao contextualizar a tradição autoritária do sistema de justiça criminal do Brasil destaca a consolidação secular de práticas inquisitoriais, racistas e autoritárias. Além disso, salienta a simpatia de Francisco Campos, um dos autores intelectuais e responsável pela exposição de motivos, pelo nazi-fascismo: “Eis que chegamos ao Código Penal de 1940 e seu par perfeito, o Código de Processo Penal de 1941. Numa combinação melhor que goiabada com queijo, esses dois diplomas, pelas mãos (e cabeça) de Francisco Campos (cuja simpatia pelo nazi-fascismo era decantada aos quatro ventos), vêm consolidar séculos de práticas inquisitoriais, autoritárias, racistas, classistas, elitistas. Clientela: pessoas de baixa renda que, de alguma forma, colocassem em risco a propriedade privada. Cópias (mal feitas) do Código Rocco italiano, que serviu aos auspícios de Mussolini, nossos CP e CPP são frutos do Estado Novo varguista, o que por si só, dispensa maiores comentários. Mas, algo grita nisso tudo: eles estão em vigor até hoje!” LOPES JR., Aury.; PINHO, Ana Claudia Bastos D.; ROSA, Alexandre Moraes. Pacote Anticrime: um ano depois. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 7. E-book.

⁵² CAMPOS defende a abolição da primazia do interesse individual sobre o bem comum, alegando que o extenso catálogo de garantias e favores estimula a expansão da criminalidade: “II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a

Sob a justificativa de obtenção do equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e à segurança de sua liberdade, a reforma do Código buscava abolir a primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social⁵³.

A exposição de motivos evidencia a concepção de que o sistema penal busca reduzir as taxas de crimes ou promover a justiça, orientada pelo eficientismo penal, baseado na intensificação da resposta estatal ao delito. O recrudescimento ocorre tanto pelo incremento da criminalização secundária quanto pela redução ou eliminação de garantias individuais⁵⁴.

Segundo Giacomolli, o indivíduo (liberalismo) foi neutralizado em face do Estado (fascismo). Esta neutralização submeteu o réu às necessidades do Estado e do poder acusatório, persecutório e punitivo, além de suprimir os direitos daqueles que eram tidos como contrários à ordem e à disciplina⁵⁵.

Em 1988, uma nova ordem constitucional foi estabelecida. A Constituição Federal promulgada restaurou a democracia liberal, inaugurando uma concepção garantista. Ao garantir e proteger os direitos fundamentais, impõe a harmonização desses direitos no ordenamento jurídico, implicando em uma estrita observância pelo sistema processual penal⁵⁶.

repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal". CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1941.

⁵³ Inspirado na reforma do processo penal da Itália, Campos enaltece o pensamento autoritário do Ministro italiano Rocco: "Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: "Já se foi o tempo em que a alvorçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas". CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1941.

⁵⁴ PEREIRA, André M. Populismo penal e política criminal brasileira. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. E-book.

⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu J. O Devido Processo Penal, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2016, p. 84.. E-book.

⁵⁶ PRADO, Geraldo, Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed.; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

Segundo Streck, o texto constitucional exhibe um catálogo de direitos fundamentais, de direitos sociais e de ações constitucionais que haviam sido reivindicados pela sociedade no processo constituinte. Além disso, a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que se constitui em Estado Democrático de Direito, exibindo os objetivos de construir uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza e em compromisso com as promessas da modernidade⁵⁷.

Além de impor direitos mínimos, a Constituição atribui ao processo penal um caráter acusatório, haja vista a presença de institutos relevantes em seu texto, tais como: contraditório e ampla defesa; igualdade; juiz natural e presunção de inocência. Ademais, confere a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha consagrado um novo arcabouço jurídico-institucional, ampliando as liberdades civis e os direitos e as garantias individuais, o Código de Processo Penal – elaborado em um período de exceção da história brasileira, com predomínio do modelo inquisitorial e autoritário, representando um instrumento de repressão social – permanece em vigor até hoje⁵⁸.

Corroborando com esse entendimento, Gloeckner ressalta que o Código de Processo Penal se conserva hígido em seus institutos fundamentais, ao passo que a Constituição elenca inúmeras garantias processuais penais que deveriam “constranger ou limitar o poder punitivo”. Diante disso, o sistema constitucional se apresenta despido de eficácia plena, permitindo a circulação da cultura inquisitória⁵⁹.

Na tentativa de adaptar a sistemática processual penal à Constituição Federal e aos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos, foram inseridas leis

⁵⁷ STRECK, Lenio L. *Jurisdição Constitucional*. Barueri/SP : Grupo GEN, 2019. E-book.

⁵⁸ Nesse sentido, Marinho Marques discorre: “O Brasil possui em seu ordenamento jurídico uma grande dicotomia. Enquanto a Constituição da República adotou, ainda que de modo implícito, o modelo constitucional-democrático de processo, ao assegurar a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), o devido processo constitucional (art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), a separação das funções de acusar (art. 129), defender (art. 133 e 134) e julgar (art. 92 e seguintes), o código de processo penal, forjado sob a égide ditatorial do Estado Novo, possui estrutura inquisitória que, de tão arraigada, sequer as reformas pontuais foram capazes de mudar. Assim, o Código de Processo Penal, mesmo após as reformas promovidas nos últimos anos, não foi capaz de excluir de seu texto sua matiz autoritária e inquisitória, assegurando ao juiz amplo poder probatório, podendo produzir provas de ofício (art. 156), decretar prisão preventiva sem pedido dos demais sujeitos processuais (art. 311), discordar do pedido de arquivamento formulado pelo titular da ação penal (art. 28), entre outros dispositivos francamente inquisitórios. Verifica-se, pois, que a luz da Constituição deve permear a escuridão do autoritarismo através da interpretação do código à luz constitucional, contudo, na prática forense o que se vê é justamente o oposto, com a interpretação da constitucional sob o mais profundo breu do código vigente”. MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto e SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *Revista Jurídica Cesumar*, jul./dez. 2015, v. 15, n. 2, p. 379-398.

⁵⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 174.

que provocaram alterações pontuais. As mudanças versam, especialmente, sobre o regime jurídico das provas, as medidas coercitivas cautelares e a estrutura dos procedimentos comuns e do Júri, além de introduzir novas pautas na relação entre os sujeitos processuais. No entanto, tais modificações não foram suficientes para romper a estrutura autoritária do Código de Processo Penal, demonstrando que a incompatibilidade entre o Código de Processo Penal e a Constituição só pode ser superada a partir de uma recodificação completa⁶⁰.

Ademais, na contramão do que dispõe a Carta Magna, reformas parciais e incoerentes provocaram o incremento de leis penais que suprimiram as garantias individuais, ampliando o tempo de encarceramento e os tipos penais existentes e criando barreiras de acesso à liberdade⁶¹.

Nesse sentido, Marques destaca a dicotomia existente no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando que, de um lado, a adoção da Constituição da República ao modelo constitucional-democrático de processo, assegura a presunção de não culpabilidade, o devido processo constitucional, o contraditório e a ampla defesa, a separação das funções de acusar, defender e julgar; de outro, a estrutura inquisitória do Código de Processo Penal, que assegura amplo poder probatório ao juiz e permite, dentre outros, a decretação de prisão preventiva sem pedido dos demais sujeitos processuais⁶².

⁶⁰ LOPES JR. classifica o processo penal brasileiro como uma colcha de retalhos, em decorrência da quantidade de leis especiais que orbitam em torno do núcleo codificado e porque o próprio Código é “medicado” por reformas pontuais, que não tratam o problema, apenas amenizam: “O processo penal brasileiro é uma verdadeira colcha de retalhos, não só pela quantidade de leis especiais que orbitam em torno do núcleo codificado, senão porque o próprio Código é constantemente medicado (meros paliativos, diga-se de passagem) por reformas pontuais (geradoras de graves dicotomias que só fazem por aumentar a inconsistência sistêmica e a metástase). A falha está em não fazer uma anamnese séria do problema, que, uma vez compreendido, exigiria uma reforma global e completa: um novo Código de Processo Penal, regido pelo sistema acusatório e em conformidade com a Constituição”. LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. v. II. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, n.p.

⁶¹ Ao comparar as reformas das legislações processuais italiana e brasileira, GLOECKNER assevera que as alterações ocorridas na Itália, na década de 1955, expulsaram do seu Código de Processo Penal os elementos mais visivelmente fascistas, ocasionando o período do “garantismo inquisitório”. No entanto, no Brasil, as microrreformas e as reformas parciais não foram suficientes para expulsar integralmente os elementos inquisitoriais do quadro normativo processual penal. O autor relaciona a inconsistência, a precariedade técnica, a ausência de solidez nas propostas de reforma e a destruição de qualquer tentativa de organização sistemática à manutenção das feições autoritárias, destacando, inclusive, a acentuação dessas feições, mediante a incorporação de dispositivos antidemocráticos – ao que ele denomina de “metástases das práticas autoritárias no campo processual penal”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 334.

⁶² MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. BONATO, Gilson (Org.). Processo Penal, Constituição e crítica (Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 475-485.

Nesse sentido, Choukr afirma que o Código de Processo Penal, diante da construção do processo penal brasileiro, consiste em um modelo de processo afirmador da norma penal material com finalidade política, afastando-se da solução dos conflitos sociais teoricamente protegidos pelo direito penal material^{63 64}.

Lopes Jr. defende que em decorrência do amplo conteúdo inquisitório do processo penal, torna-se necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos que não se compatibilizam com o princípio acusatório, uma vez que são “substancialmente inconstitucionais”⁶⁵.

Casara, ao discorrer sobre o Processo Penal no Brasil, destaca a influência de inúmeros elementos culturais desassociados do projeto democratizante disposto na Constituição Federal de 1988. Tais elementos se projetam no tempo, repercutindo na formação de um “imaginário autoritário”, que se projeta em uma cultura que crê na hierarquização das pessoas e defende o uso da força em detrimento do conhecimento, para solucionar os problemas sociais⁶⁶.

É clarividente, portanto, o paradoxo existente entre o sistema acusatório do processo penal, conferido pela Constituição, e o caráter inquisitório previsto no Código Processual Penal em vigor. Assim, a necessidade de uma reforma integral do Código de Processo Penal, estabelecida em sincronia com o texto constitucional e os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos, é medida que se impõe.

O presente capítulo, com o fito de apresentar a base do estudo, realizou a abordagem sobre o autoritarismo, os diversos usos dos termos, a sua presença na formação da sociedade brasileira e sua influência no sistema penal, enfatizando a necessidade de reforma integral do Código de Processo Penal para adequação à Constituição Federal de 1988.

No capítulo seguinte, a fim de complementar a base de estudo, far-se-á uma breve explanação sobre a principiologia acusatória do processo penal.

⁶³ CHOUKR, Fauzi Hassan. Iniciação ao processo penal. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 42. E-book.

⁶⁴ O autor acrescenta: “Mais ainda, esse processo penal afirmativo da norma penal material, quando estruturado em sociedades de baixa densidade democrática, surge como um viés meramente retórico, de aparente subserviência à legalidade (e mesmo a constitucionalidade ou convencionalidade) e que, essencialmente, cumpre o papel de legitimação para um modelo político de desconformidade ao próprio Estado de Direito”. CHOUKR, Fauzi Hassan. Iniciação ao processo penal. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 42. E-book.

⁶⁵ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, n. p.

⁶⁶ CASARA, Rubens. Processo Penal do espetáculo (e outros ensaios). 2ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 19.

2. PRINCIPIOLOGIA ACUSATÓRIA DO PROCESSO PENAL

Conforme explicado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 consagrou um novo arcabouço jurídico-institucional, atribuindo um caráter acusatório ao processo penal. A presença de alguns institutos – dentre eles: contraditório e ampla defesa; igualdade; juiz natural e presunção de inocência – ampliou as liberdades civis e os direitos e garantias individuais.

De acordo com Prado, as Constituições, enquanto regras supremas de poder, conectam os postulados de cidadania aos princípios constitucionais do processo, de modo a assegurar a prevalência da liberdade e da democracia. Ademais, acrescenta que a concepção ideológica de um processo penal democrático envolve o respeito ao modelo dialético, reservando-se ao juiz a função de julgar, mediante a colaboração das partes. Importante ressaltar que, nessa estrutura sincrônica dialética, a relação processual deve ser angular ou triangular, não se admitindo uma relação linear⁶⁷.

Segundo Dinamarco⁶⁸, o processo, por ser um instrumento da ordem constitucional, necessita refletir as bases do regime democrático, tornando-se um microcosmo democrático do Estado de direito, que permite conotações de liberdade, igualdade e participação⁶⁹.

O Estado Democrático de Direito pressupõe, além da democracia meramente formal, a existência da democracia substancial. Nela, exige-se a presença de garantias efetivas, liberais e sociais no Estado. Assim, conforme Casara, há uma interligação entre democracia e direitos fundamentais, que contraria os atos tendencialmente autoritários que ampliam os poderes do Estado e minimizam as liberdades individuais⁷⁰.

Desse modo, a estrutura democrática da Constituição induz à uma relação processual penal distinta do modelo vigente antes de 1988, que impõe o respeito às

⁶⁷ PRADO, Geraldo, Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, n.p.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 27

⁶⁹ De acordo com Grinover, o Estado de direito só admite o processo acusatório, baseado na distribuição das funções processuais entre três sujeitos e dispensando a iniciativa do juiz na persecução penal, a fim de garantir a sua imparcialidade:

⁷⁰ Nesse sentido, Casara afirma: “O Estado Democrático de Direito, portanto, não se contenta com a democracia meramente formal, identificada com o princípio da maioria como elemento legitimador do exercício do poder. Para que exista verdadeiro Estado de Direito em sua versão democrática é indispensável que o Estado seja dotado de garantias efetivas, liberais e sociais. Dito de outra forma: só há Estado democrático de direito se existir democracia substancial, isto é, se, além do sufrágio universal, da participação popular na tomada de decisões, também se fizer presente o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, em destaque, a liberdade”. CASARA, Rubens. Processo Penal do espetáculo (e outros ensaios). 2ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 25.

garantias constitucionais. Nessa esteira, cabe aos aplicadores das leis ordinárias o cumprimento conforme a Constituição⁷¹.

De acordo com Canotilho, a existência de regras e princípios permite a decodificação da estrutura sistêmica, possibilitando a compreensão da Constituição, enquanto um sistema aberto de regras e princípios. Lado outro, um sistema conduzido unicamente por regras, limitaria a racionalidade prática, exigindo uma disciplina legislativa exaustiva e completa, fixando as premissas e os resultados das regras jurídicas⁷².

Para Lopes Jr., as garantias constitucionais atuam como escudos protetores contra o abuso do poder estatal, uma vez que todo poder se reveste de autoritarismo. Desse modo, a legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário fundamenta-se no reconhecimento do papel de garantidor dos direitos fundamentais. Em decorrência disso, em sua atuação, o juiz deve agir como garantidor dos direitos do acusado no processo penal⁷³.

Ao tratar sobre princípios, Prado defende a sua dimensão determinante e a aptidão para fornecer diretrizes materiais de interpretação das normas constitucionais. Constituem-se, portanto, um comando central de um sistema, servindo de critério para compreensão de diferentes normas⁷⁴.

Segundo Lopes Jr., o sistema acusatório tem origem no direito grego, desenvolvido a partir da participação direta do povo, que atua no exercício da acusação e como julgador. Nesse ponto, para os delitos graves, atuava o sistema de ação popular. Lado outro, para os delitos de menor gravidade, vigorava a acusação privada, atuando conforme os princípios do direito civil⁷⁵.

Abordando sobre os princípios relativos aos sistemas processuais, Coutinho esclarece que no sistema acusatório, o processo é um instrumento de descoberta de uma

⁷¹ Nesse sentido, Ferrajoli assevera: “A sujeição do juiz à lei não é de facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a constituição”. FERRAJOLI, Luigi. O direito como Sistema de Garantias. Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 61, jan./mar.1995, p. 41

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1992

⁷³ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

⁷⁴ PRADO, Luiz R. Direito Penal Constitucional - A (Des)construção do Sistema Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

verdade histórica, no qual o gerenciamento das provas cabe às partes. Desse modo, o juiz deverá decidir com base nessas provas, conferindo um contraditório pleno⁷⁶.

Lopes Jr. elenca uma série de características da forma acusatória e defende que o processo penal se sustenta por cinco princípios básicos, quais sejam: jurisdicionalidade, imparcialidade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e, por fim, motivação das decisões judiciais⁷⁷.

Nesse sentido, Prado acredita que a presunção da inocência, a reserva de jurisdição (*nulla culpa sine iudicium*) e o *habeas corpus* constituem a base das garantias que asseguram a primazia de uma jurisdicionalidade em sentido lato. Lado outro, o contraditório, a distribuição do ônus da prova, a iniciativa da parte para a ação e a defesa concreta do acusado condizem com a jurisdicionalidade em sentido estrito⁷⁸.

Diante desse contexto, o subtópico adiante fará o exame dos princípios balizadores do sistema acusatório, com base no entendimento dos autores supracitados.

2.1 JURISDICIONALIDADE – NULLA POENA, NULLA CULPA SINE IUDICIO

Diante da importância de determinados direitos fundamentais, a Constituição prevê que, somente por decisão judicial, pode ocorrer limitação a eles. Segundo Canotilho, o princípio da jurisdicionalidade estabelece que, em determinadas matérias, ‘cabe ao juiz não apenas a última palavra, mas também a primeira palavra’. Dentre esses direitos fundamentais tutelados, pode-se citar a liberdade. Assim, em consagração ao princípio *nulla poena sine iudicio*, os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal⁷⁹.

⁷⁶ Corroborando com Coutinho, Choukr afirma: “E dessa gestão da prova o juiz se afasta, dando lugar a uma disputa processual entre as partes, no marco da legalidade estrita traduzida na equação ‘devido processo legal’ tal como o compreendemos no direito brasileiro”. CHOUKR, Fauzi Hassan. Iniciação ao processo penal. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 50. E-book.

⁷⁷ Nas palavras de Lopes Jr.: “Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição”. LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

⁷⁸ PRADO, Geraldo, Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, Almedina, 1998, p.580.

Desse modo, o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal retrata o princípio da jurisdicionalidade estabelecendo a impossibilidade de prisão, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente⁸⁰.

De acordo com Lopes Jr., a garantia da jurisdição não se restringe à presença de um juiz. Exige-se – em decorrência da necessidade do processo penal, da exclusividade do poder jurisdicional, do direito ao juiz natural, da independência da magistratura e da submissão à lei – que esse juiz seja imparcial, natural e comprometido, atuando com base na eficácia constitucional⁸¹.

Para Ferrajoli, o sistema garantista inclui dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais: *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex sine necessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine culpa, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione*.

Para o autor, esses axiomas respondem algumas perguntas: i) quando e como punir; ii) quando e como proibir; iii) quando e como julgar. Esses questionamentos expressam garantias referentes à pena, ao delito e ao processo⁸².

⁸⁰ Art. 5º, LXI, da CF. “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”.

⁸¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

⁸² Discorrendo sobre o princípio da jurisdicionalidade, Ferrajoli assevera: “A principal garantia processual que forma pressuposto de todas as outras é a da submissão à jurisdição, expressa pelo axioma A7 *nulla culpa sine iudicio*. Também essa garantia, assim como a sua correlativa, da legalidade, pode ser compreendida em dois sentidos diversos – ‘em sentido estrito’ ou em ‘sentido lato’ – conforme seja mais ou menos acompanhado pelas outras garantias processuais. Em sentido lato, pode ser expressa pela tese T72 ‘*nula poena, nullum crimem, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio*’; em sentido estrito pela tese T63 ‘*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*’. Com base no primeiro princípio o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substâncias; com base no segundo, por sua vez, é requerido o conjunto das garantias processuais ou instrumentais.

A correlação biunívoca entre garantias penas e processuais é o reflexo do nexo específico entre lei e juízo em matéria penal. No plano lógico, antes de tudo, estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade se pressupõe alternadamente, e valem conjuntamente para garantir – e não só para definir – o caráter cognitivo de um sistema penal: a jurisdição penal, de fato, se configura, bem mais que administração ou outras formas de jurisdição, como ‘aplicação’ ou ‘afirmação’ da lei. No plano teórico, além disso, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe, necessariamente, como condições de prova, as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas pressuposta. Por fim, no plano teleológico, legalidade e submissão à jurisdição são complementares no que respeita à função utilitária da prevenção geral que é própria do direito penal. Precisamente, enquanto o princípio de legalidade assegura a prevenção de ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faída) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação de seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão ‘judiciário’, ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões de oposição”. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.

Assim., a jurisdicionalidade deve ser entendida no contexto das garantias orgânicas da magistratura, inserindo o juiz no marco institucional da independência, enquanto pressuposto da imparcialidade, a fim de orientar sua relação com as partes do processo.

Nesse sentido, o princípio da jurisdicionalidade consubstancia a atuação juiz na função protetora dos direitos fundamentais, que tutela o indivíduo e repara as injustiças cometidas, impondo, assim, a inderrogabilidade do juízo, quanto à infungibilidade e à indeclinabilidade da jurisdição⁸³.

2.2 IMPARCIALIDADE

Constituindo um traço distintivo e legitimante do julgador perante os demais Poderes⁸⁴, a imparcialidade encontra previsão tanto na legislação interna, quanto internacional.

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 10, estabelece o direito a uma audiência justa e pública, em um tribunal independente e imparcial⁸⁵. No mesmo sentido, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem prevê o direito, da pessoa acusada, de ser ouvida em forma imparcial e pública⁸⁶. De igual forma, o Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, dispõe sobre o direito de qualquer pessoa que sua causa seja examinada por um tribunal independente e imparcial⁸⁷.

⁸³ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

⁸⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. Iniciação ao processo penal. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 133. E-book.

⁸⁵ Artigo 10. “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”. ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁸⁶ Artigo XXVI. “Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (1948). Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

⁸⁷ Artigo 6º. “Direito a um processo equitativo 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (1950). Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Além de ter status jurídico supralegal – em razão da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Brasil – a imparcialidade está prevista no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, em decorrência do devido processo constitucional.

Segundo Giacomolli, a imparcialidade, indispensável à atividade jurisdicional, além de se constituir como valor estruturante da função jurisdicional, se estabelece, ainda, como um princípio, um padrão a ser observado⁸⁸.

Segundo Lopes Jr., a imparcialidade, princípio supremo do processo penal, é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no inquisitório, tornando-se viável quando há uma separação inicial das funções de acusar e de julgar e quando o juiz se afasta da atividade investigatória⁸⁹.

Para Casara, a imparcialidade é fundamental durante toda a relação processual, de modo que mecanismos e estratégias de manutenção da imparcialidade originária devem ser mantidos enquanto perdurar o processo. De acordo com o autor, a inércia do órgão julgador, o ativismo do Ministério Público e a gestão da prova nas mãos das partes garantem o distanciamento necessário ao julgamento e à justiça da decisão^{90 91}.

O autor supramencionado relata que o princípio da imparcialidade se distingue em duas vertentes: a imparcialidade objetiva e a imparcialidade subjetiva. Esta se refere ao pensamento do juiz que intervém no caso concreto, provocando uma investigação do foro íntimo do julgador, a fim de constatar razões para favorecimento de uma das partes. Lado outro, aquela engloba as considerações de caráter orgânico do julgador, no tocante à não apresentação de prejuízos ou preconceitos relacionados ao caso a ser julgado. Desta feita, a imparcialidade objetiva atribui o dever de transparência no exercício funcional⁹².

⁸⁸ Nesse sentido, Maya assevera que: “Esse o padrão a ser observado, o comportamento a ser adotado, o mandamento de otimização que se depreende da compreensão do processo como uma estrutura heterônoma de repartição, como condição de legitimidade da atividade jurisdicional” MAYA, André Machado. Imparcialidade e Processo Penal, da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias. São Paulo: Atlas, 2014, p. 102-103.

⁸⁹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

⁹⁰ CASARA, Rubens Roberto R. Mitologia processual penal, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book.

⁹¹ Nesta senda, Mouraz Lopez assevera: “A importância da imparcialidade como alteridade, ou distinção perante as partes e como *terzietà*, no sentido de equidistância perante os intervenientes são, dir-se-ia, um aquis indiscutível. Uma outra dimensão da imparcialidade começa a ser hoje absolutamente inequívoca: o juiz só é imparcial se estiver disponível a decidir somente com base nas provas legitimamente carreadas para o momento da decisão sobre o seu objeto que, naquele momento e circunstâncias, deverá ser por si analisado. Sem qualquer prejuízo fundado em interesses subjetiva e objetivamente identificáveis, decorrentes de intervenções anteriores no processo”. LOPES, José Antônio Mouraz. A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 12.

⁹² CASARA, Rubens Roberto R. Mitologia processual penal, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book.

Cabe frisar que imparcialidade e neutralidade não são sinônimas. Enquanto a imparcialidade retrata a equidistância entre o julgador e as partes, a neutralidade revela a ausência de valores, a partir de um comportamento que anula completamente as relações de conhecimento do julgador⁹³.

Nesse sentido, Lopes Jr. esclarece que, apesar de o juiz-no-mundo não ser neutro, ele deve ser imparcial. Enquanto uma construção técnica artificial do direito processual, a imparcialidade é uma percepção objetiva de afastamento da estrutura do processo e estruturante da posição do julgador⁹⁴.

Desse modo, o referido princípio busca evitar a arbitrariedade, a decisão conforme critérios pessoais e a contaminação subjetiva do julgador, a fim de que seja produzido um julgamento idôneo⁹⁵.

2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em que pese o *in dubio pro reo*, influenciado pelo Cristianismo, tenha vigorado desde o Direito Romano, o princípio da presunção de inocência, fundamentado no pensamento iluminista, foi inserido entre os postulados fundamentais com a reforma do sistema repressivo empreendida pela Revolução Liberal do século XIII. Atualmente, enquanto instituto de direito processual penal, a presunção de inocência exige, em caso de violação da lei, a presença de prova eficaz para que Estado exerça o *jus puniendi*⁹⁶.

De início, cabe ressaltar que a “presunção de inocência” e a “presunção de não culpabilidade” são equivalentes, ressaltando que o conteúdo delas não pode gerar dúvidas acerca do estado de inocência, nem desvirtuar o regramento probatório, proteção da liberdade e o tratamento do sujeito como ser humano.

Importante esclarecer a diferença entre as expressões estado de inocência e presunção de inocência. O primeiro refere-se à essência do ser, com características que

⁹³ Discorrendo sobre as duas expressões, Casara esclarece: “Em resumo: imparcialidade não se confunde com neutralidade... Esta, como se viu, é impossível, ao passo que imparcialidade é garantia do jurisdicionado. Por imparcialidade, entende-se a necessidade, ligada à essência da função jurisdicional, de a atuação judicial se dar por terceira pessoa (Estado-juiz), que não tenha interesse direto na resolução do caso penal ou comprometimento direto com uma das teses esgrimadas em juízo. Dito de outra forma: o que está assegurado às partes é o fato de o juiz não ter aderido *prima facie* a qualquer das alternativas de explicação que as partes dialeticamente trazem aos autos, durante a relação processual”. CASARA, Rubens Roberto R. Mitologia processual penal, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book.

⁹⁴ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

⁹⁵ GIACOMOLLI, Nereu J. O Devido Processo Penal, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2016. E-book.

⁹⁶ PRADO, Luiz R. Direito Penal Constitucional - A (Des)construção do Sistema Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book.

não permitem dúvidas. Lado outro, a presunção não passa de uma hipótese, deixando o acusado, até a sentença final, tanto na dimensão de culpado quanto de inocente⁹⁷.

O estado de inocência surgiu em decorrência das prisões arbitrárias e da culpa atribuída à pessoa, antes de provada a sua culpabilidade. O seu conteúdo endoprocessual direciona-se ao imputado, atribuindo-lhe a essência de ser humano como sujeito processual. Ademais, destina-se principalmente ao magistrado e ao órgão acusador, que não podem tratar o indivíduo como culpado e nem como objeto do processo, incumbindo, desse modo, à acusação o encargo de afastar o estado de inocência em todas as dimensões processuais, quais sejam: autoria, existência do delito, suficiência de provas, a dar suporte a um juízo condenatório, bem como as exigências de determinadas espécies de pena e sua dimensão⁹⁸.

O princípio da presunção de inocência foi previsto em diversos instrumentos que versam sobre os direitos humanos, dentre eles: Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948⁹⁹, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1953¹⁰⁰, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966¹⁰¹ e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica¹⁰².

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 elevou a presunção de inocência à categoria de princípio fundamental¹⁰³. A redação do artigo foi alvo de críticas, uma vez que não incluiu os traços comuns consagrados nos instrumentos supracitados. Diferentemente do que consta na Constituição, tais instrumentos destacam termos que presumem o acusado inocente até que se prove o contrário.

⁹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁹⁹ “Art. 11 - 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁰⁰ “Art. 6 - 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.” TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (1950). Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

¹⁰¹ “Art. 4 - §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966.

¹⁰² Art. 8º, 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

¹⁰³ Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. Constituição Federal. Brasília, 1988.

Segundo Lopes Jr., a presunção de inocência atribui um dever de tratamento em duas dimensões: interna e externa ao processo. A dimensão interna prevê um dever de tratamento cominado ao juiz, determinando que a carga probatória é de responsabilidade do acusador¹⁰⁴. Ademais, acrescenta que, em caso de dúvida, a absolvição é medida que se impõe. Lado outro, a dimensão externa protege o réu da publicidade abusiva e estigmatizada, atuando como um limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do delito e do processo judicial.

Nesse sentido, Streck esclarece que, frequentemente, a impunidade tem sido utilizada como justificativa da pretensão de fundamento jurídico. Ocorre que a efetividade penal deve ser refletida no limite das garantias processuais penais e não associada apenas a um critério punitivista ou temporal, a fim de conferir agilidade processual. Além de envolver as garantias constitucionais, a presunção de inocência engloba um compromisso judicial com o ônus justificativo, à luz da coerência e integridade.¹⁰⁵

Nesse sentido, Moraes esclarece que o Estado deve comprovar a culpabilidade do indivíduo, posto que é constitucionalmente presumido inocente. Caso contrário, volta-se ao arbítrio estatal, que provoca o afastamento de direitos e garantias individuais e impõe sanções sem que haja o devido processo legal e decisão definitiva do órgão competente¹⁰⁶.

Para Choukr, a presunção de inocência se desenvolve sob três aspectos: forma de tratamento, regra de orientação para a interpretação judicial e regra processual orientadora da produção probatória. No que se refere à forma de tratamento, o autor destaca que, até a reunião de elementos de prova suficientes para convencimento de um tribunal independente e imparcial da culpabilidade, as pessoas devem ser tratadas como inocentes. Quanto à regra de orientação para a interpretação judicial, destaca-se a necessidade de interpretar a favor do acusado, todas as dúvidas que pairam no processo. Por fim, no tocante à regra processual orientadora da produção probatória, extrai-se o princípio *nemo*

¹⁰⁴ Nesse sentido, PRADO assevera: “A incidência do princípio da presunção de inocência no âmbito da sentença penal traz instrumentos hábeis para que o julgador, quando da observância das provas trazidas aos autos pela acusação, verificando pela sua insuficiência probatória, decida pela absolvição do acusado, aplicando-se a máxima *in dubio pro reo* que resulta do princípio da presunção de inocência. Enquanto regra de juízo liga-se à estrutura do processo, em particular à técnica de averiguação dos fatos praticados, sendo certo que a sua realização completa apenas se compadece com a estrutura do processo penal “acusatório”, caracterizado pelo fato de o acusado se encontrar desonerado de demonstrar a sua inocência, por contraponto, encontrando-se a acusação obrigada a carrear para o processo toda a prova da plena culpabilidade, e ainda pelo fato de, em situação de dúvida, o juiz absolver sem que sobrevenha qualquer consequência negativa, sendo esse o resultado mais. PRADO, Luis Regis. Direito penal constitucional – a (des)construção do sistema penal. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

¹⁰⁵ STRECK, Lenio L. Jurisdição Constitucional. Barueri/SP: Grupo GEN, 2019. E-book.

¹⁰⁶ MORAES, Alexandre D. Direito Constitucional. Barueri/SP: Grupo GEN, 2022. E-book.

tenetur se detegere, diante da impossibilidade de exigir que a pessoa suspeita produza provas contra si¹⁰⁷.

Desse modo, a presunção de inocência deve abranger todas as fases do processo penal, evidenciando as garantias necessárias para a proteção e defesa do acusado, minimizando a possibilidade de condenação em caso de dúvida.

2.4 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório, também conhecido como princípio de audiência, assim como o da imparcialidade, encontra-se previsto na legislação interna e internacional.

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura ao acusado de um delito todas as garantias necessárias à sua defesa. Ademais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos garante ao acusado o direito de ser ouvido e de ser informado acerca dos motivos e da natureza da acusação¹⁰⁸.

De igual modo, a Convenção Americana dos Direitos Humanos estabelece garantias mínimas acerca da comunicação prévia da acusação, possibilitando um tempo suficiente para que o acusado possa defender-se¹⁰⁹. No âmbito interno, a Constituição Federal traz expressamente essa garantia.

¹⁰⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. Iniciação ao processo penal. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 74. E-book.

¹⁰⁸ Art.14 §3º “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: 1. a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; 2. a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; 3. a ser julgada sem dilações indevidas; 4. a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a Ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; 5. a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; 6. a ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; 7. a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966.

¹⁰⁹ Art. 8, §1. “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

§2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

Segundo Lopes Jr., o contraditório pode ser definido, inicialmente, como um método que gera o confronto entre a prova e a verdade, fundado sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: acusação e defesa. Ainda segundo o autor, o princípio de audiência relaciona-se com o do *audiatur et altera pars*, uma vez que obriga a reconstrução da pequena história do delito, baseada na versão do acusado e do sujeito passivo ^{110 111}.

Coutinho esclarece que o contraditório decorre da necessidade de possibilitar, às partes, a exposição de suas razões e o requerimento de provas importantes à resolução do caso concreto. Ademais, afirma que a paridade na audiência das partes é essencial ao processo, pois reflete o princípio da igualdade (isonomia). Nesta senda, considera um dever ser que exige o diálogo entre a acusação e a defesa, mediante a presença de um juiz imparcial¹¹².

Giacomolli defende que o princípio de audiência possibilita às partes a ciência dos atos e termos do processo, propiciando reação, contradição, resposta e contraposição de teses, proporcionando, assim, o exercício processual dialético e participativo. Além do conhecimento do alegado e das reações geradas a partir dele, o contraditório envolve a perspectiva de influenciar a decisão, construindo uma decisão mais próxima à certeza processual. Desse modo, acusação e defesa, em uma situação de paridade, podem

-
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
 - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (1948). Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

¹¹⁰ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book

¹¹¹ Nesse sentido, Ferrajoli assevera que a defesa forma o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório: "A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas". FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.

¹¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 1998, p. 187.

ensionar os fatos e aspectos jurídicos aplicáveis ou excludentes, que permitem um processo mais equitativo e equilibrado¹¹³.

Figueiredo Dias ressalta que o princípio do contraditório opõe-se ao sistema puramente inquisitório do processo penal, uma vez que o juiz profere a decisão sem um confronto prévio do arguido com as provas recolhidas contra ele¹¹⁴. Essa oposição decorre da concentração de poder nas mãos daquele que detém a gestão da prova – o órgão julgador.

A ampla defesa, assim como o contraditório, é prevista em normas de direito internacional e de direito interno. Em decorrência desse princípio, a defesa técnica é um ato processual obrigatório.

Segundo Giacomolli, a garantia da defesa ampla e plena proporciona diversos outros direitos e garantias, dentre eles: o direito de ser informado da acusação, o direito à prova, o direito de ser ouvido, o direito de não colaborar com a acusação, o *nemo tenetur*, o direito ao silêncio e à igualdade de armas.

Além disso, o autor esclarece que a obrigatoriedade da defesa engloba o aspecto formal – que corresponde à mera citação para responder, à simples nomeação de defensor para apresentar resposta à acusação, dentre outros – e substancial – que se refere ao conteúdo do ato obrigatório, examinando se houve ou não a preservação do direito de defesa¹¹⁵.

Importante frisar que a mera apresentação de defesa não é suficiente, exige-se aptidão e atuação efetivas. Ademais, não se restringe à defesa técnica, envolvendo também a defesa pessoal¹¹⁶.

A defesa técnica, que pressupõe a existência de uma pessoa com conhecimentos, decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre acusação e defesa, além da presunção de hipossuficiência do acusado, haja vista a ausência de condições de igualdade com o acusador. No que se refere à defesa pessoal, pode ser classificada em positiva ou negativa. Enquanto a autodefesa positiva possibilita uma atuação efetiva do sujeito passivo, consistindo na prática de atos, declarações, constituição de defensor, submissão

¹¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

¹¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 113.

¹¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

¹¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

a intervenções corporais, participação em acareações e reconhecimentos; a autodefesa negativa reflete a disponibilidade do conteúdo da defesa pessoal¹¹⁷.

Desta feita, como o próprio nome sugere, a ampla defesa abrange o direito de contestar, de resistir, de responder à acusação, por meio de defensor ou pessoalmente, de omitir-se, de calar.

2.5 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O princípio da motivação das decisões judiciais, expresso na Constituição Federal, dispõe que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade. Essencial para a valoração da prova, a fundamentação permite uma avaliação da eficácia do contraditório e da observância das regras do devido processo legal.

Ferrajoli, ao discorrer sobre a motivação das decisões judiciais, reflete que é por força dela que a validade das sentenças resulta condicionada à verdade. Isso porque, a fundamentação permite o controle das decisões de direito – por violação de lei, erro de interpretação ou subsunção – e de fato – por insuficiência de provas ou por explicação impropria do nexos entre convencimento e provas¹¹⁸.

De acordo com o Giacomolli, o conteúdo da fundamentação está vinculado ao modelo estatal. Enquanto no Estado absolutista, as motivações relacionavam-se com o poder do rei; no Estado Liberal, o dever de motivação decorre dos postulados da ilustração, do positivismo jurídico, da racionalização e secularização, em que a repetição da vontade da lei significava fundamentar a decisão¹¹⁹.

A exigência da normatização da fundamentação das decisões judiciais, na perspectiva política e ideológica, surgiu a partir da Declaração de Direitos do Homem e

¹¹⁷ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

¹¹⁸ Segundo Ferrajoli: “Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as judiciárias resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a ‘validade’ das sentenças resulta condicionada à ‘verdade’, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o ‘poder desumano’ puramente potestativo da *justiça de cádi*, mas é fundado no ‘saber’, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite que a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por sua explicação inadequada do nexos entre convencimento e provas”. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 497 e 498.

¹¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

do Cidadão, de 1789. Com a chegada do Estado Democrático e Constitucional de Direito, a fundamentação passou a integrar o devido processo constitucional, legitimando a decisão, na perspectiva da tutela judicial efetiva¹²⁰.

Segundo Lopes Jr., o poder, no sistema constitucional-democrático, não se encontra autolegitimado, decorrendo da estrita observância das regras do devido processo penal. Para ele, a motivação demonstra o saber que legitima o poder, devendo estar presente em todas as decisões interlocutórias e não somente na sentença.

Ainda sobre a motivação das decisões judiciais, Giacomolli afirma que ela se situa em sua dupla funcionalidade: endo e extraprocessual. A endoprocessual consiste na possibilidade de que as partes sejam cientificadas da motivação fática e jurídica da decisão, propiciando a impugnação e o exercício do duplo pronunciamento – o recurso. Lado outro, a extraprocessual permite gerar informações acerca de como os juízes e tribunais estão exercendo o poder jurisdicional, político e administrativo.

Assim sendo, a motivação das decisões judiciais permite a compreensão, o exercício da impugnação, o controle interno e externo, além de evitar arbitrariedades dos juízes, ante a limitação do poder¹²¹.

Após a abordagem sobre os princípios acusatórios do processo penal, far-se-á, no capítulo seguinte, um breve percurso sobre a legislação processual penal brasileira, destacando as alterações relacionadas à liberdade provisória.

3 BREVE HISTÓRICO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

O primeiro capítulo demonstrou o elo existente entre o autoritarismo e o sistema penal brasileiro, retratando a evolução histórica do sistema no Brasil. Por fim, evidenciou a incompatibilidade entre o Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988, evidenciando o seu reflexo nos direitos e nas garantias individuais.

¹²⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

¹²¹ Nesse sentido, Casara esclarece: “Para além da postura dogmática atrelada ao paradigma do sujeito cartesiano (eu da consciência), o dever de motivar as decisões não pode mais significar a necessidade de expor as razões de fato e de direito que o levaram à opção probatória, porque não foi a razão que produziu, com exclusividade, essa decisão. A partir dessa premissa, o dever de motivar deve ser compreendido como autoanálise, forma de controle *a posteriori*, exercido pelo próprio julgador acerca da legitimidade democrática de sua decisão (na realidade, é a fundamentação que transforma um evento em decisão) e, ao mesmo tempo, tentativa de persuadir a sociedade desse acerto. Em outras palavras, a fundamentação da decisão, somente criada após o evento, funciona como interdição ao arbítrio, espécie de super-eu dogmático”. CASARA, Rubens Roberto R. **Mitologia processual penal**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 185.

Lado outro, o capítulo seguinte elencou os princípios balizadores do sistema penal acusatório, enfatizando a jurisdicionalidade, a presunção de inocência, a imparcialidade, o contraditório e a ampla defesa e, por fim, a motivação das decisões judiciais.

Desde a colonização do Brasil, direitos e garantias individuais foram sendo moldados, instituídos, ampliados e restringidos no país. Nesse sentido, o segundo capítulo fez uma análise sobre a principiologia acusatória do processo penal.

Com a estruturação da República em um Estado Democrático de Direito, em 1988, a liberdade passou a fundamentar o processo penal, constituindo um valor supremo, razão pela qual a sua privação deve ser medida excepcional.

Desse modo, o presente capítulo pretende abordar, ainda que brevemente, o histórico da liberdade provisória no sistema processual penal brasileiro, destacando as modificações ocorridas com o advento das legislações. Posteriormente, será realizada uma análise da liberdade provisória nos crimes hediondos ou equiparados, na lei de drogas e no Estatuto do Desarmamento.

3.1 A LIBERDADE PROVISÓRIA DIANTE DAS METÁSTASES INQUISITORIAIS

O processo penal se fundamenta na tutela da liberdade jurídica do ser humano, materializando-se em um instrumento de liberdade, que complementa os direitos e garantias individuais e impõe limites à atuação estatal na prestação jurisdicional. Constituindo um valor supremo, a liberdade só admite restrição quando indispensável à coexistência das liberdades individuais¹²².

No presente tópico, o instituto da liberdade provisória será analisado desde a descoberta do Brasil até os dias atuais. A evolução histórica abordará o período Colonial, o período Imperial e as alterações ocorridas durante a República. Antes, porém, impõe-se a conceituação do instituto.

Decorrente do princípio da presunção de inocência, a liberdade provisória assegura, àquele preso em flagrante delito, o julgamento do processo criminal em liberdade.

No entendimento de Tornaghi, a liberdade provisória se refere a uma situação paradoxal do acusado, em que ele é livre para se locomover, mas “vinculado a certas

¹²² DELMANTO JR., Roberto. Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 27. E-book.

obrigações que o prendem ao processo, ao juízo e, eventualmente, a um lugar predeterminado pelo juiz”¹²³.

De maneira simples, Lopes Jr. define o instituto como uma medida alternativa, de caráter substitutivo em relação à prisão preventiva. O autor diferencia a liberdade provisória de outras categorias: relaxamento e revogação da prisão cautelar. O relaxamento da prisão em flagrante ou preventiva ocorre quando há ilegalidade da prisão e aplica-se à prisão em flagrante e à prisão preventiva. Já a revogação da prisão preventiva ou da medida cautelar diversa acontece quando os motivos que legitimam a segregação ou a restrição imposta por meio de medida cautelar já não mais subsistem. Lado outro, a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança evita a conversão da prisão em flagrante em preventiva, constitui uma medida cautelar alternativa à prisão¹²⁴.

Entre 1446 e 1514, as Ordenações Afonsinas abordaram a liberdade provisória, determinando, em seu Livro V¹²⁵, o afastamento da prisão até o julgamento, a partir da concessão das Cartas de Seguro, Fiança, Fiéis Carcereiros e Homenagem. Em que pese a previsão normativa, no Brasil, o instituto só foi aplicado a partir das Ordenações Manuelinas. Em 1603, as Ordenações Manuelinas foram substituídas pelas Ordenações Filipinas¹²⁶.

No período Imperial, a primeira Constituição brasileira, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 1824, tratou sobre as prisões, restringindo a concessão de liberdade provisória à prestação de fiança em duas espécies: real ou pessoal. Além disso, dispôs sobre a prisão antes da pronúncia e que à exceção do flagrante delito, a prisão não poderia ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima¹²⁷.

¹²³ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*, tomo IV, p. 1380-1381.

¹²⁴ LOPES JR., Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, n.p. E-book.

¹²⁵ ORDENAÇÕES AFONSINAS, Livro V. Universidade de Coimbra.

¹²⁶ Comparando as Ordenações portuguêsas, DELMANTO JR. considera as Manuelinas eram as mais terríveis, haja vista a possibilidade de prisão sem testemunhas, bastando, para tanto, a “querela jurada pelos querelosos”. DELMANTO JR., Roberto. *Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 277. E-book.

¹²⁷ Art. 179, IX: “Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto”.

Art. 179, X. "A exceção de flagrante delito, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade legítima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos

Corroborando com a Constituição, o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, aboliu as demais modalidades de liberdade provisória, estabelecendo a fiança como único meio para que o réu se livre solto¹²⁸.

O Código de Processo Criminal de 1832 dispunha de um Capítulo para disciplinar a fiança, determinando as hipóteses de cabimento: nos crimes que não tiverem pena superior a seis meses de prisão ou desterro para fora da Comarca. Ademais, estabelece as vedações: pena máxima for morte natural, galés, seis anos de prisão com trabalho, oito anos de prisão simples e 20 anos de degredo¹²⁹.

Além disso, o Código de Processo Criminal Imperial e a Constituição de 1824 previram a possibilidade de prisão sem culpa formada em situação flagrancial¹³⁰.

Em 1891, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, estabelecendo a prisão provisória como exceção. Ademais, delegou a competência para legislar em matéria de processo penal aos Estados Federados.

Esse pluralismo legislativo vigorou até a Constituição de 1934, que centralizou a disciplina por lei federal e, dentre outras determinações, consagrou a fiança enquanto direito e garantia individual¹³¹.

O período de reconhecimento de direitos e garantias individuais não se estendeu por muito tempo. Três anos após ser promulgada, o Brasil inicia o governo ditatorial de Vargas e a Constituição de 1934 perde a sua vigência. Com a instituição do Estado Novo,

mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo”. BRASIL, Constituição (1924). Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824.

¹²⁸ 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”. BRASIL, Código do Processo Criminal de Primeira Instância. Rio de Janeiro, 1832.

¹²⁹ Art. 100. “Nos crimes, que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o réu livrar-se solto. Também poderá livrar-se solto, nem mesmo será conservado na prisão, se nela já estiver, prestando fiança idônea nos crimes não exceptuados no artigo seguinte”.

Art. 101. “A fiança não terá lugar nos crimes, cujo máximo da pena fôr: 1º morte natural: 2º galés: 3º seis annos de prisão com trabalho: 4º oito annos de prisão simples: 5º vinte annos de degredo”. BRASIL, Código do Processo Criminal de Primeira Instância. Rio de Janeiro, 1832.

¹³⁰ Art. 131. “Qualquer pessoa do povo póde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou enquanto foge perseguido pelo clamor público. Os que assim forem presos entender-se-ão presos em flagrante delicto”. BRASIL, Código do Processo Criminal de Primeira Instância. Rio de Janeiro, 1832.

¹³¹ DELMANTO JR., Roberto. Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 279. E-book.

houve a supressão de inúmeras garantias individuais, dentre elas, a fiança. Ademais, instituiu-se a possibilidade de prisão após a pronúncia do indiciado¹³².

Nesse contexto, o Código de Processo Penal brasileiro é criado. Fruto de um governo ditatorial e influenciado pelo Código de Processo Penal italiano, o Código brasileiro mitiga os direitos individuais, especialmente o da liberdade, sob a justificativa da primazia do interesse social. Como consequência, houve uma ampliação dos casos de cabimento das prisões e redução das hipóteses de liberdade provisória.

A prisão preventiva, originalmente, era obrigatória e decretada nas seguintes hipóteses: nos crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos; com a pronúncia e com a sentença condenatória de 1º grau recorrida. Para tanto, a existência de prova do crime e indícios de autoria eram suficientes para a sua decretação, haja vista a presunção da gravidade do delito¹³³. Ademais, determinava a permanência na prisão ainda que sobrevivesse a sentença absolutória, caso a acusação fosse por crime cuja pena máxima ultrapasse oito anos.

No que se refere à fiança, o Código de Processo Penal de 1941 trouxe inovações que regulamentaram a sua utilização. Inicialmente, extinguiu a fiança prestada pelo fiador. Em seguida, dispôs sobre o valor da fiança, assegurando, ao juiz, a possibilidade de aumentar até o triplo – caso reconheça que, em virtude da situação econômica do réu, não assegurará a ação da justiça – e de conceder a liberdade provisória sem o pagamento de fiança, quando verificar a impossibilidade do réu de prestá-la¹³⁴.

A legislação enumerou, ainda, os casos de inafiançabilidade: crimes punidos com reclusão; crimes ou contravenções penais com pena privativa de liberdade, desde que já tenha sido condenado por infração penal da mesma natureza em sentença irrecorrível e,

¹³² Art. 122: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

11: À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.

¹³³ Art. 282: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”.

Art. 311. “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria”.

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”. BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

¹³⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

por fim, se houver no processo prova de ser o réu vadio¹³⁵. Nota-se que a liberdade provisória era restrita às infrações levíssimas.

Findo o período ditatorial, a Constituição Federal de 1946 retoma a fiança ao rol de direitos e garantias individuais, assegurando-a como um direito subjetivo do réu. A Constituição de 1967, embora elaborada na vigência do regime militar, mantém o direito à fiança em seu texto¹³⁶.

O Código processual penal foi sofrendo modificações ao longo dos anos. Em 1967, a Lei 5.349 extinguiu a obrigatoriedade da prisão preventiva para acusados por crime com pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos. No mesmo ano, a Lei 5.941 estendeu a possibilidade de fiança aos não primários - excetuando os reincidentes específicos, independentemente do crime ser punido com pena de detenção ou reclusão.

Após dez anos, a Lei 6.416, também conhecida como Lei Fleury, inseriu profunda alteração no instituto da liberdade provisória, ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 310 do Código de Processo Penal¹³⁷, possibilitando a concessão de liberdade provisória, independentemente da fixação de fiança, quando verificada a inocorrência de quaisquer hipóteses que autorizam a prisão preventiva, mediante o comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Assim, a manutenção na prisão exige motivação acerca de sua necessidade cautelar e, não apenas, análise de sua regularidade formal¹³⁸. Desse modo, na ausência do *periculum libertatis* que justifique a prisão preventiva, deverá o juiz conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança¹³⁹.

¹³⁵ Art. 323. Não será concedida fiança: I – nos crimes punidos com pena de reclusão, salvo ao réu maior de setenta anos ou menor de vinte e um, no caso de não ser superior a dois anos o máximo da pena cominada; III – nos crimes ou contravenções punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por infração penal da mesma natureza em sentença irrecorrível; IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio. BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

¹³⁶ Art. 150, §12: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que relaxará, se não for legal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 1967.

¹³⁷ 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). BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

¹³⁸ DELMANTO JR., Roberto. Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 206. E-book.

¹³⁹ A concessão de liberdade provisória sem fiança em muitos crimes graves, como a tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, causaram estranheza. Ao discorrer sobre o tema, Antonio Scarance Fernandes critica a inobservância aos princípios da adequação e da proporcionalidade: “Persiste a estranha situação de, em crimes mais graves, o réu preso em flagrante pode ser colocado em liberdade,

A Constituição Federal de 1988 instituiu uma nova ordem constitucional, inserindo a liberdade provisória no rol de direitos e garantias fundamentais¹⁴⁰. A Carta Magna¹⁴¹, revestida de seu caráter garantista, protege a liberdade do indivíduo e dispõe que o encarceramento deve ser a última medida à disposição do sistema criminal.

Segundo Giacomolli, fundamentada na estruturação do Estado Democrático de Direito, na ordem jurídica da dignidade da pessoa humana e no rol de direitos e garantias fundamentais, a prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória é medida excepcional, afastando-se o recolhimento ao cárcere enquanto medida de antecipação de tutela penal material¹⁴².

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha implementado garantias e direitos individuais, o Código de Processo Penal permaneceu marcado pelos contornos do direito processual penal fascista, dispondo de inúmeras manifestações autoritárias. Além dessas manifestações autoritárias preexistentes, o uso e a ressignificação autoritária de dispositivos considerados novos, mas que são dotados de posturas antidemocráticas, permeiam o processo penal, ao que Gloeckner define de metástases inquisitoriais. Como exemplo dessas metástases, o autor cita: prisões preventivas com a finalidade de extrair colaborações premiadas¹⁴³; deformação da teoria da prova ilícita; criação de penas

sem pagamento de fiança, somente com o ônus de comparecer aos atos do processo, enquanto sua liberação, em delitos menos graves, fica condicionada ao pagamento de fiança e com o ônus de não mudar ou se ausentar de sua residência e de comparecer aos atos dos processo”. FERNANDES, Antonio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal, RT, v. 670, p. 257.

¹⁴⁰ Art. 5º, LXVI, da CF – “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

¹⁴¹ Art. 5º, LVII, da CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

¹⁴² GIACOMOLLI, Nereu J. O Devido Processo Penal, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2016. E-book.

¹⁴³ Ao discorrer sobre a seletividade do processo penal, Casara relembra as prisões em desacordo com as hipóteses legais e as delações premiadas: “O sistema de justiça criminal integra a estrutura do Estado e, portanto, é um espaço político, *locus* em que se dá o controle social e outras funções típicas de governo da sociedade. A consciência da dimensão política do Processo Penal, e da possibilidade de manipulação tanto da persecução penal quanto do sentimento de medo da população, é uma das principais condições à construção de práticas processuais democráticas e éticas. Basta lembrar que prisões em desacordo com as hipóteses legais e ‘delações premiadas’ despidas de qualquer compromisso com a verdade são apresentadas à sociedade como instrumentos neutros de combate ao crime, mas, na verdade, escondem uma opção política por medidas típicas de um modelo autoritário, ao mesmo tempo em que simbolizam a perda da superioridade ética do Estado, que, ao violar a lei e afrontar os direitos fundamentais (sob o argumento de combater o crime, acabar com a corrupção, etc.), acaba por se igualar ao criminoso. Um Estado que, para punir ilegalidades, também pratica ilegalidades, perde qualquer legitimidade democrática que se pretenda para a função de punir ilícitos”. CASARA, Rubens. Processo Penal do espetáculo (e outros ensaios). 2ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 19.

administrativas para o uso do direito ao silêncio no processo penal; compartilhamento de atos processuais com efeitos de prova e a introdução de provas produzidas no interior¹⁴⁴.

Nessa toada, buscando conferir tratamento mais severo aos delitos de maior gravidade, a Constituição Federal inseriu dispositivo que considera a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia¹⁴⁵.

Em 1990, a Lei 8.072, que dispõe sobre os crimes hediondos, regulamentou o texto constitucional, estabelecendo um tratamento penal e processual mais rígido, vedando, inclusive, a concessão de liberdade provisória. Em 2007, a lei 11.464 alterou parcialmente a lei de crimes hediondos, suprimindo a vedação de concessão de liberdade provisória. A liberdade provisória nos crimes hediondos será abordada de maneira mais detalhada no próximo subtópico.

Conforme explicado no capítulo anterior, diversas leis foram inseridas no ordenamento jurídico, na tentativa de adaptar a sistemática processual penal à Constituição Federal de 1988, dentre elas: Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, todas de junho de 2008; Lei 11.689, de 10 de junho de 2008, altera dispositivos relativos ao Tribunal do Júri; Lei nº 11.690 de 10 de junho de 2008, altera dispositivos relativos à prova; Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, altera dispositivos relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli*; Lei nº 11.900/09, prevê a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por videoconferência.

Em 2011, a Lei 12.403 modificou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. A legislação estabeleceu a prisão processual como uma medida excepcional, cabível quando não forem possíveis outras medidas cautelares. Ademais, enumerou as medidas cautelares diversas da prisão.

Para Delmanto Jr., a referida lei revolucionou a disciplina das medidas cautelares. Em que pese, inicialmente, transparecer a ideia de avanço na diminuição do cárcere provisório, o que tem ocorrido é um recrudescimento processual penal. Com o advento da lei, as restrições cautelares introduzidas estão sendo utilizadas na revogação da prisão

¹⁴⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 161 e 334.

¹⁴⁵ Art. 5º, 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. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

preventiva¹⁴⁶. Anteriormente, havia a revogação da prisão quando ausentes os motivos da prisão preventiva, sem que houvesse a necessidade de aplicação das restrições cautelares¹⁴⁷.

A lei 12.403/11 trouxe, ainda, a previsão da decretação de prisão preventiva – de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do assistente ou do querelante – no caso de descumprimento das obrigações impostas. Nota-se, aqui, uma incongruência. Autorizar a decretação de prisão preventiva por mero descumprimento de medida cautelar imposta pode violar a proporcionalidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se posicionou, ao julgar o *habeas corpus* nº 112.731¹⁴⁸.

Em 2019, a lei 13.964 provocou alterações profundas na legislação penal e processual penal brasileira, dentre elas: obrigatoriedade da audiência de custódia; proibição de ofício da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; dever de revisão periódica da prisão preventiva; implantação das regras da cadeia de custódia e a

¹⁴⁶ “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.” BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941..

“Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.” BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

¹⁴⁷ DELMANTO JR., Roberto. Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 208. E-book.

¹⁴⁸ Habeas corpus. 2. Estelionato, uso de documento falso e de entorpecentes. 3. Ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Constrangimento ilegal configurado. Superação da Súmula 691. 4. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade da aplicação de outras medidas cautelares. Art. 319 do CPP. 5. Ordem concedida, confirmando a liminar.

(HC 112731, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012)

vedação da concessão de liberdade provisória em determinados casos, objeto desse estudo que será abordado detalhadamente em um tópico posterior.

Percebe-se que as reformas ocorridas, a partir do advento de novas legislações, contribuíram para disfarçar dispositivos abertamente autoritários e perpetuaram o sistema inquisitório no ordenamento jurídico brasileiro, causando uma verdadeira metástase inquisitória¹⁴⁹.

Após percorrer as principais alterações legislativas referentes à liberdade provisória, far-se-á uma análise do instituto na Lei de Crimes Hediondos, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento.

3.2 A LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS

O tema dos crimes hediondos, expresso na Constituição Federal de 1988, gerou acirradas discussões na Constituinte e sua permanência no texto decorreu de acordo de lideranças que buscavam aprovar outros pontos problemáticos. Criada dois anos após a Constituição, a lei 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, surgiu em um contexto de violência e insegurança no país¹⁵⁰¹⁵¹.

Debatendo a criação da referida lei, Prado afirma que a sua aprovação e publicação ocorreram sob os influxos do Movimento de Lei e Ordem, afastado do garantismo penal, o que provocou consequências desfavoráveis, tais como: vedação da liberdade provisória, da progressão do regimento de cumprimento da pena privativa de liberdade e a desproporcionalidade na cominação das penas abstratamente cominadas a alguns crimes¹⁵².

¹⁴⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 335.

¹⁵⁰ MONTEIRO, Antônio L. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book.

¹⁵¹ Ao justificar o Projeto de Lei dos Crimes Hediondos, o Senador Odacir Soares alegou a necessidade de coibir o sequestro, o qual classificou com uma das atividades delituosas mais nefastas, destacando o crescimento diário em qualidade e quantidade. Ademais, defendeu que o sequestro fosse considerado um crime grave contra a liberdade individual e, em segundo plano, contra o patrimônio. Dispôs, ainda, que as rigorosas normas do Projeto alcancem os crimes praticados com motivação política. Lado outro, caracterizou o sequestro, seguido de estupro, lesão corporal grave ou morte, como crime hediondo, sendo, nos termos do art. 5º, XLIII, da CF, considerado inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, sem possibilidade de livramento condicional e sem remição, pelo trabalho, da pena. Acrescentou a vedação à liberdade provisória durante todo os processos, a imprescritibilidade e o aumento de pena. SOARES, Odacir. Exposição de Motivos da Lei nº 8.072. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

¹⁵² PRADO, Luiz R. Direito Penal Constitucional - A (Des)construção do Sistema Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book.

Em que pese a expressão hediondo, no dicionário Oxford languages, remeter à horror, repulsivo e horrível, a definição de crimes hediondos deve ficar restrita àqueles delitos previstos na Lei 8.072, haja vista tratar-se de um rol taxativo¹⁵³.

Seguindo o texto constitucional, a lei 8.072/90 prevê que os crimes hediondos são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, além de serem inafiançáveis. O texto original da lei estabelecia a vedação à concessão de liberdade provisória, o que gerou divergência sobre a validade substancial da norma. No entanto, a Lei 11.464/2007 derrotou esse entendimento e reconheceu o direito à liberdade provisória sem fiança. Assim, é importante ressaltar que a inafiançabilidade dos crimes hediondos não constitui óbice à concessão da liberdade provisória.

Alvo de inúmeras críticas, a vedação à concessão de liberdade provisória àqueles que cometem crimes hediondos foi suprimida do texto normativo. Lopes Jr. defende que tal vedação violava a natureza pré-cautelar do flagrante, ao criar uma prisão em flagrante que se prolonga no tempo, além de violar os princípios basilares e estabelecer uma prisão (pré)cautelar obrigatória, sem que haja a efetiva demonstração do *periculum libertatis*¹⁵⁴. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 104339/SP, declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” constante no artigo 44 da Lei 11.343/2006.¹⁵⁵

¹⁵³ O artigo 1º, da Lei 8.072/90 tipifica os crimes considerados hediondos: homicídio simples, quando praticado em atividade típica de grupo, e homicídio qualificado; lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2o) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3o), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima, circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B) ou qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º); extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum; genocídio; posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido; comércio ilegal de armas de fogo; tráfico internacional de arma de fogo e organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado. BRASIL. Lei 8.072. Brasília, 1990.

¹⁵⁴ Ao tratar sobre a vedação, OLIVEIRA assevera: “[...] 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 um 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 concretude de cada situação fática”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória, p. 136.

¹⁵⁵ LOPES JR, Aury Celso Lima. DIREITO PROCESSUAL PENAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book.

Importante ressaltar que a possibilidade de concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos não gera impedimento para decretação da prisão preventiva, quando presentes os seus pressupostos – *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* – e a real necessidade.

Discorrendo sobre os pressupostos da prisão preventiva, MAYA esclarece que em decorrência do *fumus comissi delicti*, é necessário que o juiz, ao decidir sobre a prisão cautelar, averigue a possibilidade de o acusado ter agido sob proteção de alguma das causas excludentes de ilicitude, o que afastaria a probabilidade de existência de crime e vedaria a decretação de prisão, de acordo com o artigo 314 do Código de Processo Penal¹⁵⁶. Do mesmo modo, argumenta o autor, esse exame detalhado permitiria afastar a possível ocorrência de uma causa extintiva de ilicitude, provocando o convencimento da necessidade de restrição da liberdade do acusado¹⁵⁷.

No que se refere ao *periculum libertatis*, que se refere ao perigo do estado de liberdade do acusado, Giacomolli assevera que as situações integrantes estão condicionadas à demonstração de situações concretas justificantes do motivo legal e da necessidade da prisão, não sendo presumíveis¹⁵⁸.

A lei 11.464/2007 estabeleceu, ainda, a limitação do prazo da prisão temporária, estabelecido em 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

No que se refere à possibilidade de aplicação retroativa da Lei 11.464/2007, Marques afirma que, no tocante ao crime de tortura, não houve inovação ao permitir a concessão da liberdade provisória, uma vez que a Lei 9.455/97, que regula a tortura, não continha essa vedação. Com relação aos outros delitos abrangidos pela Lei dos Crimes

¹⁵⁶ “Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro: 1941.

“Art. 23, do CP - Não há crime quando o agente pratica o fato

I - em estado de necessidade

II - em legítima defesa

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. BRASIL. Código Penal. Decreto Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940.

¹⁵⁷ MAYA, André Machado. Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. E-book.

¹⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu J. O Devido Processo Penal, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2016, p. 84.. E-book.

Hediondos, a concessão da liberdade provisória a crimes hediondos e delitos equiparados alcançou os crimes ocorridos a partir de sua vigência e os fatos pretéritos¹⁵⁹.

A fim de regulamentar a obrigatoriedade de revisão da prisão preventiva, estabelecida pela lei, o Conselho Nacional de Justiça, a partir da Recomendação nº 62, recomenda que os magistrados considerem a reavaliação das prisões processuais, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando as prisões preventivas que excederam o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Recentemente, a Lei Crimes Hediondos foi alterada pela Lei 13.964/2019, que incluiu tipos penais no rol de crimes hediondos, suprimiu o crime de tráfico de drogas e fixou novas regras para a progressão de regime no cumprimento de pena privativa de liberdade¹⁶⁰.

Como dito alhures, a Constituição Federal elenca a liberdade no rol dos direitos e garantias individuais. Assim, a proibição de concessão de fiança e liberdade provisória é de uma constitucionalidade questionável.

3.3 A LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE DROGAS

¹⁵⁹ Para o autor, a liberdade provisória tem natureza processual, com alcance no âmbito do Direito Penal, uma vez que salvaguarda o *status libertatis* do indiciado ou acusado: “Embora a liberdade provisória, em princípio, seja instituto de natureza processual, com natureza jurídica de medida cautelar, regulada no Código de Processo Penal, não há como negar seu alcance também no âmbito do Direito Penal, já que, por meio dela, se assegura ao indiciado ou réu responder ao procedimento administrativo investigatório ou à ação penal em liberdade, salvaguardando-se o *status libertatis* do indiciado ou acusado, diante da *potestas coercendi* exercida pelo Estado na execução penal, devendo-se ainda salientar que o instituto a ela correlato, isto é, a prisão cautelar, que corresponde ao outro lado da mesma moeda, a par de ser também medida cautelar (instituto processual), tem ainda nítida feição penal, devendo ser considerada na pena ou na medida de segurança a ser cumprida (detracção penal). MARQUES, Marcelo P. Da possibilidade de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e delitos equiparados, inclusive para fatos pretéritos. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 26, p. 203-208, jul./dez. 2007.

¹⁶⁰ O artigo 112 da Lei de Execução Penal passou a vigorar assim: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. BRASIL. Lei de Execução Penal. Brasília, 1984.

Em 2006, a Lei 11.343 alterou a política criminal de drogas no Brasil. Atuando em diversos ângulos, a legislação trata sobre a prevenção do uso indevido de drogas pela população; as políticas públicas que serão adotadas pelo Estado, objetivando tanto o atendimento aos usuários e dependentes, quanto a reinserção no meio social e a repressão ao tráfico e produção de drogas. Denota-se um tratamento jurídico diferenciado ao usuário e ao traficante, inclusive no que concerne ao sistema de penas a serem aplicadas¹⁶¹.

Para tanto, a lei traz em seu bojo o conceito de drogas, assim consideradas, as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Conforme citado anteriormente, a Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, XLIII, que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, o tráfico de entorpecentes, drogas e afins. Em consonância com o texto constitucional, a Lei de Drogas estabelece que os crimes de tráfico, previstos nos artigos 33, caput, §1º, e 34 a 37, da lei, são inafiançáveis e insuscetíveis de graça, indulto, anistia, acrescentando, porém, a impossibilidade de sursis e a vedação à liberdade provisória e à conversão de suas penas em restritivas de direitos¹⁶².

No que se refere à proibição da fiança e à vedação da graça, do indulto e da anistia, a previsão da Lei está em consonância com a Constituição Federal. Quanto à impossibilidade de sursis, a inovação regulamentou a aplicação do instituto, sem que tenha violado a norma constitucional, uma vez que o legislador pode ampliar ou limitar a concessão dos benefícios. No entanto, no que concerne à vedação à concessão de liberdade provisória, assim como na Lei de Crimes Hediondos, o Supremo Tribunal Federal declarou a sua inconstitucionalidade, admitindo a prisão cautelar apenas quando presentes os seus pressupostos¹⁶³.

No mesmo sentido, em decisão recente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu pela possibilidade de concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, reafirmando a necessidade de motivação acerca da

¹⁶¹ MENDONÇA, Andrey Borges D.; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão D. Lei de Drogas - Comentada - artigo por artigo, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012. E-book.

¹⁶² 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. BRASIL. Lei de Drogas. Brasília, 2006.

¹⁶³ MENDONÇA, Andrey Borges D.; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão D. Lei de Drogas - Comentada - artigo por artigo, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012. E-book.

presença dos requisitos autorizadores dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva¹⁶⁴.

Quanto à vedação da conversão da pena em restritiva de direitos, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional essa proibição, haja vista a afronta ao princípio da individualização da pena, previsto na Carta Magna. Assim, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, caso preenchidos os requisitos estabelecidos no Código Penal.

3.4 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Sancionado em 22 de dezembro de 2003, o Estatuto do Desarmamento foi criado com o objetivo de reduzir o número de mortes provocadas por armas de fogo. O Estatuto buscou regulamentar o registro, a posse, o porte, a comercialização e a circulação de armas de fogo, tutelado a incolumidade pública, protegendo o direito à vida, à integridade corporal e à segurança dos indivíduos.

¹⁶⁴ HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO GENÉRICA. REVOGAÇÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ACRÉSCIMOS DE FUNDAMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. NÃO CABIMENTO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, do caráter abstrato do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).

2. É inidônea a fundamentação que contém apenas afirmações genéricas, de cunho social, sobre a gravidade do crime de tráfico de drogas e seu repúdio geral, sem que haja a análise concreta da imprescindibilidade da custódia cautelar.

3. Consoante a jurisprudência do STF e do STJ, é cabível a concessão de liberdade provisória a acusados de tráfico de drogas. Portanto, para a decretação da prisão preventiva, inclusive em crimes dessa natureza, é necessária a motivação acerca da presença dos requisitos autorizadores dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

4. O acréscimo de fundamentos pelo Tribunal a quo - com o propósito de justificar a custódia cautelar, ainda que válidas, como no caso - não se presta a suprir a motivação deficiente do juízo singular, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constritivo ao direito de locomoção do paciente.

5. Na hipótese, o Juízo de primeira instância mencionou apenas a gravidade em abstrato do delito e a impossibilidade de liberdade provisória àqueles presos em flagrante por tráfico de drogas. Não apresentou qualquer elemento concreto dos autos que pudesse justificar a custódia do acusado. A Corte estadual, a seu turno, apontou motivação idônea para demonstrar a gravidade do crime e o risco de reiteração delitiva, evidenciada pela reincidência do agente. Todavia, tal suplemento de motivação não é admitido na via do habeas corpus.

6. Ordem concedida para, confirmada a liminar outrora deferida, revogar a prisão preventiva do paciente, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, mediante decisão fundamentada, caso concretamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

(HC n. 617.579/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe de 28/10/2020.)

A lei 10.826/2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, tipifica algumas condutas e prevê penas que variam desde detenção de 1 (um) ano até reclusão de 16 (dezesesseis) anos, estabelecendo, ainda, causas de aumento de pena e cumulação com multa. Além de estabelecer as penas aplicadas, o Estatuto impossibilita, em alguns tipos penais, a fixação de fiança e a concessão de liberdade provisória¹⁶⁵.

Segundo Delmanto Jr., a vedação à concessão de liberdade provisória restringe a presunção de inocência, uma vez que a análise adota um critério abstrato, genérico e antecipado. Em que pese a possibilidade de limitação da presunção de inocência, esta deve constituir uma excepcionalidade, exigindo a concreta demonstração de seus pressupostos¹⁶⁶.

As vedações relativas à concessão de liberdade provisória e fixação de fiança, impostas pela lei, foram objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro – ADI 3112. Nela, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos. Os ministros anularam os parágrafos únicos dos artigos 14 e 15, que proibiam a concessão de liberdade, mediante o pagamento de fiança, acolhendo entendimento apresentado pelo Ministério Público Federal que apontou que o porte ilegal e o disparo de arma de fogo constituem crimes de mera conduta e não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. Quanto ao artigo 21, a inconstitucionalidade foi declarada, haja vista a violação aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Art. 14, Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

Art. 15, Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.

Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória. Brasil. [Estatuto do desarmamento (2003)]. Estatuto do desarmamento. Brasília: Senado Federal, 2003.

¹⁶⁶ DELMANTO JR., Roberto. Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.. E-book.

¹⁶⁷ 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 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. I - Dispositivos

A Lei 13.964/19, buscando enrijecer as normas, atribuindo uma maior reprimenda penal, passou a considerar os delitos previstos nos artigos 16, § 2º, 17 e 18, do Estatuto do Desarmamento, como hediondos. Essa modificação acarretou a inafiançabilidade dos crimes. Assim, àquele que comete quaisquer destes delitos, não é possível conceder a liberdade provisória com fiança. Não obstante, o Código de Processo Penal possibilita o benefício da liberdade provisória sem fiança, com ou sem imposição de medidas cautelares¹⁶⁸.

Além de considerar alguns delitos previstos no Estatuto do Desarmamento como hediondos, a Lei 13.964/19 trouxe dispositivos que alteraram a liberdade provisória. Dessa feita, as referidas alterações serão abordadas no tópico subsequente.

4 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO ATUAL QUADRO NORMATIVO E AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.964/19

A liberdade é condição inerente ao ser humano, razão pela qual, as restrições impostas a ela, devem ocorrer de forma excepcional, respeitando-se, sempre, o caráter de necessidade, adequação, suficiência, proporcionalidade e provisoriedade.

impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. 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. VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. 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. (ADI 3112, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538)

¹⁶⁸ Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

O instituto reflete os traços de autoritarismo¹⁶⁹ presentes no Código de Processo Penal brasileiro. O termo “provisória” demonstra a interinidade da medida e remonta à época em que a regra era o encarceramento durante o processo penal. Nesse período, a prisão cautelar era obrigatória e a liberdade provisória/precária/passageira.

Com a ampliação do direito à liberdade trazida pela Lei Fleury, em 1977, houve uma mudança de paradigma, na qual a liberdade tornou-se a regra e, a prisão, a exceção, devendo ser a última alternativa entre as cautelares. Em 2011, a Lei 12.403 ampliou o regime de liberdade provisória, trazendo diferentes níveis de vinculação ao processo, ao estabelecer um escalonamento gradativo, que prioriza a liberdade plena e, gradativamente, cria restrições pela imposição de medidas cautelares. Nesse escalonamento, a liberdade plena está no topo e, em *ultima ratio*, a prisão preventiva¹⁷⁰.

Insta destacar que a liberdade provisória, inserida no rol de direitos fundamentais¹⁷¹, é cláusula pétrea, razão pela qual não há como relativizá-la ou suprimi-la.

Assim, a liberdade provisória configura-se como um ato cautelar, vinculado ao desenrolar do processo, capaz de produzir um estado de liberdade. Marques considera que a liberdade provisória tem natureza de medida de contracautela, destinando-se a eliminar os danos ao direito de locomoção decorrentes da prisão cautelar¹⁷².

Discorrendo sobre liberdade provisória, Messa a define como a antítese da prisão cautelar, posto que a sua decretação só é possível quando não for o caso de prisão. Segundo a autora, a liberdade provisória é medida judicial, por ser concedida pelo juiz competente. Além disso, é medida provisória, uma vez que pode ser revogada a qualquer tempo, se ausentes os pressupostos que autorizam a sua concessão. É, também,

¹⁶⁹ Em crítica ao sistema autoritário, GOLDSCHMIDT esclarece que os princípios da nação são segmentos de sua política estatal, destacando que a estrutura do processo penal de uma nação nada mais é do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição: “Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino que lo termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el Derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro”. GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJE, 1936, pp. 109-110.

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book.

¹⁷¹ 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. BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília, 1988.

¹⁷² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 4. Campinas: Millennium, 2003, p. 115.

contracautela, posto que busca colocar em liberdade a pessoa presa em flagrante. Ademais, é medida legal, porque a lei define as hipóteses de concessão, com ou sem fiança. Salienta, ainda, que é ato vinculado e um direito público subjetivo do acusado ou indiciado, visto que se preenchidos os requisitos legais, o juiz deve concedê-la¹⁷³.

Atuando como uma alternativa à prisão preventiva, a liberdade provisória pode ocorrer mediante a fixação de fiança ou sem fiança. Ademais, pode ser vinculada ou não à alguma outra condição. As modalidades da liberdade provisória e as alterações ocorridas com a Lei 13.964/19 serão retratadas neste capítulo.

4.1 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO CONTEXTO JURÍDICO ATUAL

A lei 13.964/19, sob a justificativa de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, provocou alterações em dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Execuções Penais, da Lei de Crimes Hediondos, dentre outras. De acordo com a exposição de motivos, as alterações visam combater o crime organizado e a macro criminalidade.

Sob o pretexto de justiça e de proteção social, mas revestida de um modelo autoritário – que se faz presente na história brasileira desde a colonização – a lei viola direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

Fraga, em colaboração à obra *Processo penal contemporâneo em debate*, organizada por Giacomolli, relata que a preponderância da utilização da prisão preventiva e o conseqüente afastamento da liberdade como regra, decorre do viés autoritário. Relembrando o período de criação do Código de Processo Penal brasileiro, o autor enfatiza a relação com Código de Processo Penal italiano, ratificando o contexto ditatorial de criação de ambos¹⁷⁴.

No que se refere à liberdade provisória, a lei estabeleceu no artigo 310, §2º, no Código de Processo Penal a vedação à liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, ao agente reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia

¹⁷³ MESSA, Ana F. *Prisão e liberdade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book.

¹⁷⁴ FRAGA, Marcos P. *Processo penal contemporâneo em debate*. Volume 6 (Lei Anticrime). Organizadores: Nereu José Giacomolli, Felipe Giacomolli, Daniela Elberg. 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. E-book.

ou que porta arma de fogo de uso restrito¹⁷⁵. Desse modo, o dispositivo torna a prisão preventiva obrigatória nessas hipóteses.

Ocorre que, conforme mencionado anteriormente, a liberdade provisória encontra-se no rol de direitos e garantias fundamentais. Por ser cláusula pétrea, o legislador infraconstitucional é incompetente para impor leis que proíbam de forma genérica e abstrata a aplicação do instituto, uma vez que são incompatíveis com os princípios da Constituição Federal.

Debatendo sobre o disposto, Lopes Jr. classifica a sua inserção como um grande retrocesso e defende a sua inconstitucionalidade. Inicialmente, em razão do *bis in idem*, ou seja, a dupla punição pela mesma circunstância (reincidência). Em seguida, pela escolha discricionária e sem justificativa das condutas em que o legislador veda a concessão de liberdade provisória. Por fim, assevera que o ponto determinante consiste na violação à natureza pré-cautelar do flagrante, uma vez que cria uma prisão que se prolonga no tempo; estabelece uma prisão (pré)cautelar obrigatória sem preenchimento dos pressupostos, além de violar toda principiologia cautelar¹⁷⁶.

Ao tratar sobre a prisão preventiva, Prado afirma que o aprisionamento anterior à sentença penal condenatória é utilizado para conferir potencial credibilidade institucional, utilizando o ser humano como meio, e não como fim, maculando, desse modo, o princípio da dignidade humana¹⁷⁷.

Nesse sentido, Assumpção assegura que o artigo 310, §2º repete iniciativas que foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Acrescenta que a regra disposta no artigo materializa a prisão *ex lege*, simbolizando o Direito Penal do Inimigo. Assim, defende a inconstitucionalidade do dispositivo, ao considerar que estado

¹⁷⁵ Art. 310 § 2º: “Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares”.

¹⁷⁶ Nessa toada, diversos autores defendem a inconstitucionalidade do dispositivo. FIGUEREDO, JUNQUEIRA e FULLER, na obra *Lei anticrime comentada: artigo por artigo*, estabelecem: “Entendemos ser inconstitucional a proibição legal absoluta da concessão de liberdade provisória (com e sem fiança), pois ela implica a obrigatoriedade (automaticidade) da conversão da prisão em flagrante em preventiva (art. 310, II, do CPP), independentemente da aferição da sua necessidade cautelar (*periculum libertatis*) no caso concreto, procedimento que viola o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) – apenas a função cautelar permite justificar a privação da liberdade durante o estado de inocência. Ademais, haveria violação da separação dos poderes (art. 2º da CF), pois compete ao juiz, no plano concreto (e não ao legislador, no plano abstrato), a aferição da necessidade cautelar (*periculum libertatis*) da prisão. Em igual sentido, o STF declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da proibição legal absoluta de liberdade provisória contida no art. 44, caput, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas)”. FIGUEIREDO, Patrícia V.; JUNQUEIRA, Gustavo O D.; FULLER, Paulo H A.; et al. *Lei anticrime comentada: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book.

¹⁷⁷ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezz. O Fator “Credibilidade” na Prisão Preventiva: a pessoa humana como meio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1.011, jan./2020, p. 197.

de inocência do cidadão é incompatível com uma norma que obriga o juízo de garantias a decidir pela constrição de sua liberdade¹⁷⁸.

A prisão *ex lege* – aquela imposta por força da lei, automática e sem fundamentação concreta – ignora o status de inocência do acusado e desconsidera a avaliação da real necessidade do encarceramento cautelar, tendo por base o delito supostamente cometido, retratando as marcas do sistema inquisitório no processo penal brasileiro, que permeiam o nosso país desde a colonização.

A imposição desse dispositivo, possivelmente, afronta o princípio da presunção de inocência e pode ofender a separação dos poderes, uma vez que ao impedir o crivo da autoridade judiciária, o Poder Legislativo ultrapassa sua competência de legislar, invadindo a função típica do Poder Judiciário.

4.2 AS MODALIDADES DE LIBERDADE PROVISÓRIA

O Código de Processo Penal dispõe sobre a concessão da liberdade provisória, estabelecendo os requisitos para a sua concessão.

Ao tratar da audiência de custódia e os procedimentos relativos ao recebimento do auto de prisão em flagrante, o *caput* do artigo 310 do Código de Processo Penal determina a realização da audiência de custódia, na qual decidirá pelo relaxamento da prisão, conversão da prisão em flagrante em preventiva ou concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Importante, nesse momento, compreender os conceitos supramencionados. O relaxamento da prisão em flagrante ou preventiva pressupõe ilegalidade, em decorrência do não atendimento dos requisitos legais. Lado outro, a revogação da prisão preventiva ou da medida cautelar diversa se vincula ao desaparecimento do *periculum libertatis*, ocorrendo quando os motivos que legitimaram a segregação ou a restrição imposta pela cautelar não mais subsistem. Já a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, consiste em uma alternativa à prisão preventiva, que impede a prisão cautelar, situando-se após a prisão em flagrante e antes da prisão preventiva. Desse modo, há uma clara vinculação entre a liberdade provisória e à prisão em flagrante¹⁷⁹.

¹⁷⁸ ASSUMPCÃO, Vinícius. Pacote Anticrime - comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book.

¹⁷⁹ Esclarecendo sobre o pedido de liberdade provisória e a utilização do *habeas corpus*, o autor explica que a liberdade provisória evita o encarceramento daquele preso em flagrante, ao impedir a conversão da detenção em prisão preventiva. Entretanto, quando o juiz nega o pedido de liberdade provisória, a prisão

Ainda segundo Lopes Jr., a liberdade provisória enquanto medida alternativa à prisão preventiva, pode apresentar o seguinte regime jurídico: liberdade provisória com fiança; liberdade provisória com fiança e outras medidas cautelares diversas da prisão; liberdade provisória sem fiança, mas com a submissão às medidas cautelares diversas da prisão e liberdade provisória sem fiança, mas com obrigação de comparecer a todos os atos do processo, quando o agente praticar o fato ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude.

No que se refere à fiança, Lopes Jr. a define como uma garantia patrimonial destinada, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação. Ademais, considerando o valor que pode atingir, é usada como fator desestimulante da fuga, na busca de garantir a eficácia da aplicação da lei penal. Esclarece, ainda, que o artigo 319 do Código de Processo Penal, permite a aplicação da fiança, como medida cautelar diversa, a qualquer tempo e, enquanto medida autônoma da liberdade, em qualquer fase do processo.

Delmanto Jr. ressalta que há duas modalidades de fiança. A primeira, arbitrada pela própria autoridade policial após a lavratura de um auto de prisão em flagrante, utilizada para crimes punidos com pena máxima de quatro anos. E a outra, aplicada pelo Juiz de Direito, nos casos punidos de forma mais grave, independentemente de qual seja a pena. Discordando da expressão “liberdade mediante fiança”, o autor alega que a fiança arbitrada com base no artigo 319, VIII do Código de Processo Penal, não se trata propriamente de liberdade, diante dos deveres impostos ao acusado, que, vinculados à natureza cautelar da fiança, assegurem o comparecimento a atos do processo, evitam a obstrução do seu andamento ou a resistência injustificada à ordem judicial¹⁸⁰.

Vale ressaltar que existem hipóteses em que a fiança é vedada. A Constituição Federal elenca, no artigo 5º, algumas dessas vedações. Assim, são inafiançáveis, por imperativo constitucional: a prática do racismo, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes

em flagrante é homologada e a preventiva é decretada. Nesse caso, a impetração do habeas corpus objetiva a concessão da liberdade provisória e a revogação da prisão preventiva ou a substituição dela por uma medida cautelar diversa. Lado outro, quando ocorre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva sem o *periculum libertatis*, busca-se a liberdade provisória ilegalmente negada a partir da impetração do *habeas corpus*. Por fim, revoga-se a prisão preventiva quando desaparece o *periculum libertatis* que fundamentou a prisão cautelar. LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book.

¹⁸⁰ DELMANTO JR., Roberto. Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.. E-book.

e drogas afins, o terrorismo, os crimes hediondos e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático¹⁸¹.

Além daquelas previstas na Constituição Federal, hipóteses de inafiançabilidade foram acrescentadas no Código de Processo Penal, ocorrendo em caso de quebraimento de fiança arbitrada, de prisão civil ou militar e quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Impende lembrar que a inafiançabilidade não obsta a concessão de liberdade provisória, posto que o juiz pode conceder liberdade provisória sem fiança, impondo uma ou mais medidas cautelares diversas. Assim, ausente o requisito *periculum libertatis*, o juiz poderá conceder a liberdade provisória sem fiança.

A liberdade provisória pode ser vinculada ou desvinculada. Diz-se que é vinculada quando decorre da necessidade de cumprimento de alguma condição ou medida cautelar diversa¹⁸². A possibilidade de cumular a fiança com outra medida cautelar está prevista no §4º do artigo 319, do Código de Processo Penal.

Conforme citado anteriormente, a liberdade provisória sem fiança é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, prevendo a submissão à medida cautelar diversa da prisão.

¹⁸¹ Art. 5º, XLII, da CF — “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”. BRASIL. Constituição Federal. Brasília, 1988.

¹⁸² Os artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal elencam as medidas cautelares diversas da prisão, que poderão ser exigidas pelo juiz. Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão: I - quais sejam: comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

Segundo MESSA, a liberdade provisória vinculada sem fiança consiste na decretação da liberdade do indiciado ou acusado, independentemente do pagamento pecuniário, nas seguintes hipóteses: infrações penais em que não se comine pena privativa de liberdade; quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato sob o amparo de uma excludente de ilicitude e quando a parte se comprometer a comparecer à sede do juizado especial criminal nas infrações de menor potencial ofensivo¹⁸³.

Nesse sentido, os artigos 310, §1º e 314, ambos do Código de Processo Penal¹⁸⁴¹⁸⁵ estabelecem a obrigatoriedade de concessão da liberdade provisória sem fiança, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, àquele que, preso em flagrante, praticou o fato diante de qualquer causa excludente de ilicitude.

De acordo com Batista, na liberdade provisória supramencionada, a inafiançabilidade do crime não importa, uma vez que, agindo em legítima defesa, ou em estado de necessidade, ou em cumprimento do dever legal, ou no exercício regular de direito, a sua ação não é juridicamente reprovável¹⁸⁶.

Em obediência aos artigos 282 e 321 do Código de Processo Penal, a aplicação das medidas cautelares, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, deve observar os critérios da necessidade e da adequação. A medida deve ser necessária à aplicação da lei penal, para a investigação ou à instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Além disso, deve ser adequada à medida da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado¹⁸⁷.

¹⁸³ MESSA, Ana F. Prisão e liberdade. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book.

¹⁸⁴ Art. 310, § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

BRASIL, Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

¹⁸⁵ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. BRASIL, Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.

¹⁸⁶ BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória, p. 65. Quando ao crime inafiançável: RT 523/376; JTACRESP 69/155.

¹⁸⁷ Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Segundo Lopes Jr., o juízo de necessidade da prisão cautelar é concreto, implicando a análise da situação fática, haja vista o caráter de medidas situacionais das prisões cautelares. Dessa forma, não permite uma valoração *a priori*, no sentido kantiano, de antes da experiência.

Importante consignar que, por serem provisórias, as medidas, à luz do §5º do artigo 282, poderão ser revogadas ou substituídas, diante da ausência de motivo para que subsista. Da mesma forma, a autoridade judicial pode voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Após elencadas as modalidades de liberdade provisória previstas no ordenamento jurídico brasileiro, será realizada uma análise acerca das vedações à concessão da Liberdade Provisória provocadas pela Lei 13.964/19.

4.3 VEDAÇÕES À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A concessão de liberdade provisória tornou-se objeto de controvérsia no ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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

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

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

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

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada

A Lei 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, em seu texto original, restringia a concessão de liberdade provisória aos crimes elencados naquela lei¹⁸⁸. Alvo de divergência sobre a validade substancial da norma e de questionamentos acerca de sua constitucionalidade, a referida vedação foi suprimida a partir da Lei 11.464/2007, permitindo-se a concessão de liberdade provisória¹⁸⁹. Impende destacar que a alteração provocada pela Lei 11.464/2007 alterou, também, a vedação à concessão de liberdade provisória contida na Lei 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas.

Desse modo, ao preso em flagrante delito, acusado pela prática de crimes hediondos e equiparados – tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo – poderá ser concedida a liberdade provisória. Importante frisar, no entanto, que a prisão preventiva poderá ser decretada, desde que presentes os pressupostos (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*) e a real necessidade.

Conforme demonstrado anteriormente, o Estatuto do Desarmamento estabelece que os delitos 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 são insuscetíveis de liberdade provisória.

No entanto, em que pese não tenha ocorrido alteração legislativa, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dessa vedação, uma vez que a Constituição Federal não autoriza a prisão *ex lege*, garantindo, assim, a possibilidade de conceder a liberdade provisória.

4.4 DAS PRISÕES AUTOMÁTICAS TRAZIDAS PELA LEI 13.964/19

Conforme citado anteriormente, a Lei 13.964/19 provocou inúmeras alterações no Código de Processo Penal, dentre elas, a denegação da liberdade provisória ao agente reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito.

¹⁸⁸ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança e liberdade provisória. BRASIL. Lei de crimes hediondos. Brasília, 1990.

¹⁸⁹ Com a alteração provocada pela Lei 11.464/2007, o texto do artigo passou a vigorar assim: Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. BRASIL. Lei de crimes hediondos. Brasília, 1990.

No ordenamento jurídico brasileiro, vigora a exigência de fundamentação de decisões¹⁹⁰. Nesse sentido, Espínola Filho afirma que a referida exigência, especialmente para ordenar a prisão preventiva, foi um dos postulados do direito processual penal, em todos os tempos. Assim, qualquer descuido quanto ao cumprimento desse dever não deve ser tolerado pela doutrina, pela jurisprudência ou pela própria legislação¹⁹¹.

Em que pese não deva ser tolerado descuido por parte do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, violações à exigência de fundamentação à prisão preventiva tem sido frequentes. Atualmente, a lei 13.964/19, em possível afronta à Constituição Federal, previu a prisão preventiva obrigatória, de forma abstrata, àqueles que são reincidentes ou integrantes de organização criminosa.

A fundamentação das decisões judiciais é imprescindível, tornando-se ainda mais necessária, quando passível de violar a liberdade do indivíduo. Sendo a prisão preventiva uma medida de exceção, ao julgar, o juiz deve observar detidamente os pressupostos (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*) e a real necessidade da medida.

A decretação da prisão preventiva, baseada apenas na conduta tipificada, não é suficiente para justificar o encarceramento de quem ainda não foi julgado, uma vez que a mera gravidade abstrata do delito não deve ser suficiente para fazer um juízo adequado da periculosidade do agente.

Sendo assim, a vedação à liberdade provisória, no bojo da lei 13.964/19, é abstrata, uma vez que decreta a prisão preventiva com base, exclusivamente, no tipo penal, sem que haja qualquer análise subjetiva da conduta e das circunstâncias dos agentes, contrariando o próprio instituto da prisão preventiva. Percebe-se, assim, um paradoxo existente entre dois artigos de um mesmo Código: enquanto o artigo 282, §º prevê que a decisão que decreta a prisão deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada; o artigo 310, §2º dispensa a motivação e a fundamentação, denegando a liberdade provisória, amparando-se, apenas, no tipo penal ou na reincidência do agente.

Denota-se que a vedação contida no artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal pode relativizar princípios fundamentais e pôr em risco um direito fundamental e inerente

¹⁹⁰ Art. 93, IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. BRASIL, Constituição Federal. Brasília, 1988.

¹⁹¹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal anotado, Borsoi, 1960, volume III,

ao ser humano: a liberdade. Em que pese uma possível violação à Constituição Federal e os danos ocasionados pela inserção desse artigo no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal ainda não analisou a (in)constitucionalidade dele.

Em contrapartida, decisões judiciais têm se apoiado nessa vedação imposta à concessão de liberdade provisória e decretado a prisão preventiva¹⁹².

Importante frisar o viés autoritário trazido na norma que remonta ao caráter ditatorial, presente à época da criação do Código de Processo Penal, em 1941. Utilizando-se de um discurso baseado na punição aos criminosos e proteção da tutela social, essas normas vão de encontro ao caráter garantista da Constituição Federal, uma vez que restringem direitos inerentes à condição humana¹⁹³.

Reputa-se necessário, portanto, que o Supremo Tribunal Federal decida acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma.

O tópico seguinte aborda a liberdade provisória enquanto um direito fundamental, destacando como as vedações à sua concessão afrontam os princípios do sistema acusatório. Ademais, demonstra como o Supremo Tribunal Federal tem decidido no tocante às prisões automáticas.

5 A LIBERDADE PROVISÓRIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O direito, direta ou indiretamente, influencia toda a convivência humana¹⁹⁴, implicando a vida em sociedade. No Brasil, assim como no mundo, conforme visto nos

¹⁹² HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA - ALEGADA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - INOCORRÊNCIA – OBSERVÂNCIA AO ART. 310, II, DO CPP. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - TÉCNICA DO DISTINGUISHING (ART. 315, § 2º, VI, DO CPP)-INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA. I – A conversão da prisão em flagrante em preventiva, na forma prevista pelo art. 310, II, do CPP, quando ausente o direito à liberdade provisória, é obrigação do magistrado, independentemente de provocação, e não se confunde com o decreto oficial de constrição da liberdade. II – Incorre deficiência de fundamentação na decisão que deixa de realizar a distinção (distinguishing) entre os julgados apontados, pois os precedentes a serem observados são os decorrentes de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal ou Recurso Especial Repetitivo no Superior Tribunal de Justiça, Súmula Vinculante ou Comum, ou decisões com efeito erga omnes, cujo conteúdo possa se coadunar às peculiaridades do caso sob análise. O caso concreto ostenta particularidades que o diferenciam dos precedentes invocados pela impetrante. Distinção realizada pelo julgador monocrático. Ausência de nulidade. III - Ordem denegada. COM O PARECER DA PGJ.

(TJ-MS - HC: XXXXX20208120000 MS XXXXX-89.2020.8.12.0000, Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da 45cae8d1, Data de Julgamento: 19/11/2020, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/11/2020)

¹⁹³ Nesse sentido, PACELLI assevera: “A prisão preventiva há muito tempo não é bem-vinda no ordenamento jurídico nacional, o que está mais em sintonia com o Brasil na era do totalitarismo.” PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-book.

¹⁹⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, vols. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983

tópicos anteriores, houve uma evolução da sociedade, ocasionando a necessidade de adequação das normas às novas concepções. Assim, as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro refletem o contexto histórico em que estavam inseridos.

Discorrendo sobre a evolução dos direitos fundamentais, Prado afirma que o surgimento dos direitos fundamentais ocorreu na Antiguidade, a partir da consciência de um Direito Superior. Entretanto, a sua promoção aconteceu através do cristianismo, em que pese as contradições históricas determinadas pelo modo de produção, que se utilizava da escravidão. O autor assevera que a partir da segunda metade da Idade Média, documentos que reconheciam direitos fundamentais foram difundidos. Aqui, destaca-se, a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João sem Terra, em 1215, na Inglaterra. A difusão de direitos básicos, aos comunas e burgos livres, relacionados à liberdade do indivíduo ocorreu na Europa Ocidental, na Baixa Idade Média¹⁹⁵.

Ainda na Idade Média, a quebra do vínculo entre a Igreja e o Estado ocasionou a liberdade religiosa, que consiste como o primeiro passo para o reconhecimento dos demais direitos fundamentais da primeira geração, presentes na *Petition of Rights* (1628), no *Habeas Corpus Act* (1679), nas declarações de independência dos Estados Unidos da América e na declaração francesa. Ademais, a união de burguesia e proletariado para retirar a aristocracia do poder, fortaleceu a ideia dos direitos fundamentais, o que configurou a primeira geração de direitos humanos¹⁹⁶.

Além disso, o autor esclarece que, nos séculos XIX e XX, impactados pela Revolução Industrial, os conflitos entre burguesia e proletariado refletiram uma nova ordem de direitos fundamentais: a segunda geração. As tensões e expectativas geradas pelo autoritarismo político, pelo totalitarismo e pelo domínio colonialista euro centrado, no intervalo entre as duas guerras mundiais, foram impactadas pela evolução dos direitos humanos. O fim da Segunda Guerra Mundial expandiu o conceito de autodeterminação dos povos, inaugurando um período de emancipações políticas que, mediante a promessa de reconhecimento dos direitos fundamentais da primeira geração, provocou a circunscrição das ex-colônias ao âmbito da Civilização Ocidental. Ocorre que os novos

¹⁹⁵ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens, 2005.

¹⁹⁶ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens, 2005.

Estados necessitam da implementação dos direitos fundamentais da segunda geração, o que não ocorreu¹⁹⁷.

No Brasil, a sucessão de regimes autoritários suprimiu a sistemática dos direitos fundamentais, demonstrando que a mera enunciação destes direitos em Declarações adotadas pelo Estado ou na própria Constituição é insuficiente para ampliá-los a todos. Dessa feita, ante a inércia estatal em executar tais direitos, organizações internacionais e entidades não governamentais de proteção aos direitos fundamentais de todas as categorias exerceram a sua difusão, implementação e fiscalização, resultando na incorporação de direitos fundamentais da terceira geração¹⁹⁸.

Desse modo, diante do surgimento de novas necessidades em uma sociedade livre e democrática, é possível conceber o aparecimento de novas categorias reivindicativas à condição de direitos fundamentais. Denota-se, assim, a essencialidade da democracia para a defesa dos direitos fundamentais¹⁹⁹²⁰⁰.

No que se refere ao sistema penal, a vigência da democracia constitucional é o elo que liga os direitos fundamentais e o poder legítimo. Neste diapasão, a operação de um sistema processual à margem da Constituição ocasiona uma política criminal repressiva, ao passo que, quando ocorre em um estado democrático e se desenvolve sem que haja respeito à dignidade humana, está condenada à incoerência normativa²⁰¹²⁰².

Nesse sentido, Lopes Jr. esclarece que a instrumentalidade constitucional é o fundamento que legitima a existência do processo penal democrático. Desse modo, a

¹⁹⁷ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens, 2005

¹⁹⁸ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens, 2005

¹⁹⁹ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens, 2005.

²⁰⁰ No tocante à classificação de direitos fundamentais, o ministro Celso de Mello, ao julgar o MS 22.164/SP, afirmou: “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”. STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

²⁰¹ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens, 2005.

²⁰² No mesmo sentido, LOPES JR. esclarece: “A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”. LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

legitimação do processo penal contemporâneo ocorre à medida que se democratiza e se forma a partir da Constituição²⁰³.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 adotou uma concepção garantista, consagrando direitos fundamentais, ao inserir princípios que visam a proteção do homem. A determinação desses princípios impõe uma harmonização em todo ordenamento jurídico, implicando em um dever de estrita observância tanto daqueles que são responsáveis pela criação e elaboração das leis, quanto dos julgadores²⁰⁴²⁰⁵.

De acordo com Ferrajoli, a ausência de efetividade do modelo constitucional nos níveis inferiores traz o risco de fazer do texto constitucional uma “simples fachada”, dotada de mistificação ideológica do conjunto^{206 207}.

Nesse sentido, em que pese a Constituição de 1988 ter ampliado o rol de direitos e garantias individuais, o Código de Processo Penal – fruto de um governo ditatorial, inspirado no Código de Processo Penal italiano – não foi ajustado para se compatibilizar à Carta²⁰⁸.

Importante frisar o entendimento de Tavares quanto à garantia e ao exercício da liberdade individual e a necessidade de sua legitimação. Segundo o autor, a liberdade individual decorre do direito à vida, estando consagrada nos pactos internacionais e nas constituições democráticas, razão pela qual não necessita de legitimação. Há, porém, necessidade de legitimar o poder de punir do Estado, que não pode resultar no direito de intervenção, sob pena de auto legitimar-se. No tocante ao poder de punir do Estado, o autor frisa que não se pode confundir criminalização de condutas e finalidades políticas de segurança pública, haja vista que, em um Estado democrático, o bem jurídico não deve

²⁰³ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

²⁰⁴ No tocante à estrutura da Constituição e a relação processual penal, PRADO assevera: “[...] a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há, portanto, de existir e se desenvolver a relação processual penal, forçando-se, assim, a adaptação do modelo vigente antes de 1988”. PRADO, Geraldo, Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

²⁰⁵ FERRAJOLI, discorrendo sobre sistema penal e Constituição, esclarece: “A sujeição do juiz à lei não é de facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a constituição”. FERRAJOLI, Luigi. —O direito como Sistema de Garantias, *in* Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 61, janeiro-março 1995, p. 41

²⁰⁶ PRADO, Geraldo, Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

²⁰⁷ Nesse contexto, LOPES JR. afirma: “Atualmente, existe uma inegável crise da teoria das fontes, em que uma lei ordinária acaba valendo mais do que a própria Constituição, não sendo raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando sua eficácia imediata e executividade. Essa recusa é que deve ser combatida”. LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

²⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derecho e Razón: Teoria Del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Editora Trotta, 2000, p. 851.

funcionar como agência seletiva de agentes merecedores de pena, mas como um limite ao exercício da política da segurança pública²⁰⁹.

Corroborando com Tavares, Lopes JR. esclarece que o processo deve ser visto como o percurso necessário para chegar, legitimamente, à pena, não devendo servir como um instrumento a serviço do poder punitivo, sob crivo de exercer o papel de limitador do poder e de garantidor do indivíduo a ele submetido. Assim, a existência do processo penal impõe observância às regras e garantias constitucionalmente asseguradas²¹⁰.

Desse modo, a inobservância do texto constitucional e de seus preceitos, pode ter o condão de despir o sistema constitucional de eficácia plena, fragilizando a proteção e as garantias conferidas ao ser humano²¹¹.

Para Lopes Jr., a democracia é a revalorização do homem. Assim, o processo penal tem como objeto primordial a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa e como sujeito efetivo no processo²¹². Corroborando com esse entendimento, Delmanto Jr. afirma que a tutela da liberdade jurídica do ser humano, consubstancia-se em um instrumento da liberdade e surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição²¹³.

Para isso, a observância aos princípios constitucionalmente estabelecidos é medida que se impõe. Nesse viés, os princípios que consagram a liberdade serão abordados adiante.

5.1 AS VEDAÇÕES À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA E A AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

²⁰⁹ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 4. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. E-book.

²¹⁰ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

²¹¹ TAVARES expõe que a busca pela responsabilidade individual pode conduzir à perda da liberdade: “Vê-se, então, que a busca dos elementos que identificam a responsabilidade individual pelo comportamento realizado, sob o pretexto de construir as bases de uma estabilidade, que na verdade é puramente simbólica, conduz também à perda da liberdade. A perda da liberdade irá suscitar, por seu turno, a discussão em torno da própria estabilidade dos conceitos que embasam a intervenção do poder”. TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 4. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. E-book

²¹² LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

²¹³ DELMANTO JR., Roberto. Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 27. E-book.

Conforme dito anteriormente, o sistema processual penal deve estar subordinado à Constituição Federal, razão pela qual deve se estruturar em consonância com os direitos e as garantias previstas ali previstos²¹⁴.

Em que pese a proteção conferida pela Constituição Federal de 1988, Lopes Jr. assevera que, diante da tensão entre o populismo punitivo e as garantias constitucionais, o Brasil ainda presencia altos e baixos direitos fundamentais. O autor cita que a banalização da prisão cautelar apresenta um simbolismo e corresponde aos anseios sociais, criados em torno da punição, provocando uma ineficácia do regime de liberdade no processo penal²¹⁵.

Segundo Tucci, o poder-dever de punir relaciona-se à realização do bem comum, que se consubstancia em um convívio dos indivíduos em paz e liberdade. Logo, o respeito à liberdade integra a própria essencialidade do poder-dever de punir, exercido exclusivamente pelo Estado. Nesse sentido, o processo penal deve buscar equilibrar a proteção dos direitos e liberdades individuais e, em contrapartida, criar instrumentos legais para a prestação jurisdicional²¹⁶.

No que concerne aos princípios constitucionais penais, Lima define que são uma exigência de racionalização e legitimação imposta pela Constituição Federal de 1988, que proporcionam a elaboração e a operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. Acrescenta, ainda, que são limitações que estreitam e condicionam um leque de possibilidades, que vão, desde as formulações legislativas penais referentes ao encarceramento, à vida humana e aos direitos fundamentais, até a atuação judicial, no tocante à interpretação das regras criminais existentes²¹⁷.

Segundo Moraes, a própria natureza jurídica constitucional dos direitos e garantias fundamentais sobreleva-os a uma posição hermenêutica superior em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Em razão disso, as normas infraconstitucionais devem vigorar em consonância com a Constituição Federal²¹⁸.

²¹⁴ Abordando a simetria dos sistema processual e do sistema constitucional, PRADO afirma: “Na verdade, o sistema processual está contido no sistema judiciário, por sua vez espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, implementando-se deste modo um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como de círculos concêntricos, em que aquele de maior diâmetro envolve o menor, assim sucessivamente, contaminando-o e dirigindo-o com os princípios adotados na Lei Maior”. PRADO, Geraldo, Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, n.p.

²¹⁵ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

²¹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. Lineamentos do Processo Penal Romano, São Paulo: Bushatsky, 1976

²¹⁷ LIMA, Alberto Jorge Correia de B. Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book..

²¹⁸ MORAES, Alexandre D. Direito Constitucional. Barueri/SP: Grupo GEN, 2022. E-book.

A Liberdade Provisória é um instituto processual destinado a garantir ao acusado o direito de aguardar livremente o processo penal até a sentença, estando ou não associado a determinadas obrigações. Em outras palavras, se configura como uma alternativa à prisão preventiva, mediante a imposição de deveres e a restrição de outros direitos, a fim de evitar abusos ou desvios da finalidade das prisões e em obediência aos direitos inerentes ao homem, previstos na Carta Magna.

A Lei 13.964/19, ao trazer a vedação à concessão de liberdade provisória, pode afrontar alguns princípios previstos na Constituição Federal, dentre eles: presunção de inocência, livre convencimento motivado e legalidade.

Assim, passa-se à uma análise desses princípios à luz do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal.

5.1.1 O princípio da presunção de inocência e a vedação à concessão de liberdade provisória

Em que pese a previsão constitucional, a Lei 13.964/19 alterou o Código de Processo Penal, ocasionando uma possível afronta ao princípio da presunção de inocência. Inicialmente, a inovação classificou o agente como criminoso habitual, reiterado ou profissional, impedindo a propositura de Acordo de Não Persecução Penal com o Ministério Público²¹⁹. Ao desconsiderar a presunção de inocência, o artigo 310, §2º do Código de Processo Penal pode remeter a um juízo de periculosidade.

Noutro ponto, a lei trouxe, ao artigo 310, §2º, a vedação à concessão da liberdade provisória ao agente reincidente ou que que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito.

Lopes Jr. assevera que a inserção do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal é um grande retrocesso, considerando o artigo inconstitucional. Além de criticar o *bis in idem* da reincidência, argumenta que o artigo elege determinadas condutas para proibir a concessão de liberdade provisória, sem critérios para justificar a escolha dessas condutas. O autor considera, ainda, a inviabilidade de, em uma prisão em flagrante, já obter prova

²¹⁹ Art. 28, §2º, II: “se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”. BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

suficiente de que o agente preenche os requisitos que vedam a concessão de liberdade provisória²²⁰.

Assim, a vedação à concessão de liberdade provisória, torna a prisão automática, retirando do magistrado o poder de analisar o caso concreto e aferir a presença dos pressupostos e a real necessidade da prisão preventiva. Ademais, há um juízo valorativo de culpabilidade apenas pela natureza do crime, que conduz ao encarceramento antes da sentença criminal transitada em julgado e priva o acusado/indiciado do direito à liberdade²²¹.

5.1.2 O princípio da jurisdicionalidade e da fundamentação e a vedação à concessão de liberdade provisória

Conforme dito anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro consagra os princípios da jurisdicionalidade e da fundamentação. Intimamente relacionado com o *due*

²²⁰ Discorrendo sobre o princípio da presunção de inocência e as modalidades de prisão, Carvalho afirma: “A Constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. De outro lado, previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque instrumentos indispensáveis à proteção do processo e, em certa medida e indiretamente, da sociedade. Não previu, a Constituição, qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a cautelaridade e a pena. Ora, se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final, fora dos dois casos permitidos, cautelaridade e pena? Trata-se de prisão cautelar? Não, não estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Trata-se de pena? Não, pois não há pena sem o trânsito em julgado da sentença. Então, essas modalidades de prisão – decorrente da sentença condenatória recorrível e decorrente da sentença de pronúncia – não são constitucionalmente admitidas; não se enquadram nas modalidades de prisão aceitas pela Constituição como exceções necessárias ao direito natural de liberdade.

Assim, só pode existir prisão, além das hipóteses de flagrante expressamente admitidas pela Constituição, naqueles casos em que o juiz, para decretá-la, tenha de buscar fundamento no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, residentes no art. 312 do Código: a prisão preventiva e a prisão temporária. Afora esses casos, a Constituição não admite prisão.

Essa interpretação é lógica e sistemática, pois está plenamente de acordo com outros princípios adotados pela Carta, cujo espírito está claramente preocupado com os direitos e garantias individuais. É, também, uma interpretação histórica, uma vez que a Constituição, em todos os momentos, reafirma o compromisso de romper com as fórmulas deterioradas do período autoritário experienciado no País. E é literal porque decorre de seus exatos termos: ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho D. Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2014. E-book.

²²¹ Ao discorrer sobre a relação entre culpabilidade e trânsito em julgado, STRECK afirma: “Por fim, há outro componente que torna ainda mais complexa a questão: a confusão que se faz entre prisão preventiva ou cautelar, e a prisão no cumprimento de um ato punitivo do Estado, nas vias penais. Parece-me bastante óbvio que a Constituição não exige o trânsito para que se realize uma prisão. O réu pode, sim, muito bem ser preso em caráter cautelar, se isso se mostrar necessário para manter a sanidade do ato processual. Todavia, para que um réu possa cumprir a pena, em decorrência de um ato ilícito, objeto de ação penal, existem elementos que devem estar presentes. Um elemento essencial é o da culpabilidade. E a Constituição é clara ao exigir o trânsito para que se possa fazer presente o elemento de culpa. De novo, falo o óbvio. Mas falar o óbvio é tristemente necessário em tempos nos quais dois mais dois é cinco, tempos nos quais, onde se lê ‘x’, o juiz pode dizer que é ‘y’”.

STRECK, Lenio L. Jurisdição Constitucional. Barueri/SP: Grupo GEN, 2019. E-book.

process of law, a jurisdicionalidade assegura que a privação de liberdade deve ser, necessariamente, precedida de um processo (*nulla poena sine praevio iudicio*). Desta feita, consoante o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal²²², a prisão só pode ser posterior ao processo²²³.

De outro lado, o princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, norteia toda a atividade jurisdicional, estabelecendo que as decisões judiciais devem estar amparadas em argumentos fáticos e jurídicos válidos e suficientes. Além da previsão constitucional, leis infraconstitucionais também estabelecem a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais. É o caso do Código de Processo Penal, que, em seu artigo 283 prevê a necessidade de fundamentar as prisões em flagrante, temporária ou preventiva²²⁴.

Além da fundamentação das prisões processuais, a lei 13.964/19 inseriu no Código de Processo Penal, em seu artigo 315, §2º²²⁵, a exigência de motivação baseada em fatos novos ou contemporâneos para justificar a decisão que decretar a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar, necessitando, ainda, da concretude dos fatos. Assim, não são admitidas meras presunções.

Embora a Lei 13.964/19 tenha inovado e implantado avanços no Código de Processo Penal, a norma, ao estabelecer a denegação da liberdade provisória, com base na mera gravidade abstrata do delito, apresenta um retrocesso ao sistema. Isso decorre de uma possível afronta à Constituição Federal e da dicotomia provocada no Código de Processo Penal que, ao tempo que exige a fundamentação da prisão preventiva em fatos novos e contemporâneos, veda a concessão de liberdade provisória, baseada, exclusivamente, no tipo penal ou na reincidência do acusado, sem exigir qualquer análise subjetiva da conduta e das circunstâncias dos agentes.

No que tange aos princípios da jurisdicionalidade e da presunção de inocência, Lopes Jr. assevera que, a rigor, a prisão preventiva seria inadmissível. No entanto, sob a justificativa da cruel necessidade e da proporcionalidade, a referida prisão seria tolerada,

²²² Artigo 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. BRASIL. Constituição Federal. Brasília, 1988.

²²³ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book.

²²⁴ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book.

²²⁵ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

desde que emanada por autoridade judicial competente, em decisão escrita e fundamentada, baseada em fatos novos ou contemporâneos, que amparam a medida.

5.1.3 O princípio da proporcionalidade e a vedação à concessão de liberdade provisória

O princípio da proporcionalidade reflete a ponderação, atuando como um instrumento de proibição de excesso de intervenção. No âmbito das prisões cautelares, a aplicação do princípio visa sopesar os bens em jogo, norteando a conduta do magistrado, que deverá valorar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, observando, ainda, a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Essa valoração é necessária para evitar a conversão de uma medida cautelar em uma pena antecipada²²⁶.

Segundo Giacomolli, a proporcionalidade decorre da estruturação do Brasil em Estado Democrático de Direito e da fundamentação da República na dignidade da pessoa humana. Servindo de um horizonte de sentido, o referido princípio veda a intervenção arbitrária e excessiva do Estado-juiz²²⁷.

Como dito acima, a aplicação da proporcionalidade, enquanto instrumento de proibição de excesso de intervenção, evita a banalização do exercício do poder e limita a prisão cautelar aos casos excepcionais. Para isso, o juiz deve analisar a necessidade do caso concreto e fazer um juízo de ponderação entre a gravidade do crime e suas circunstâncias, além da situação pessoal do imputado.

Ocorre que, a vedação à concessão de liberdade provisória, elencada no artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, contrariando o princípio da proporcionalidade, não exige a análise subjetiva da conduta, das circunstâncias do agente, baseando-se, de forma exclusiva, no tipo penal.

A ausência desse juízo de ponderação pode provocar sérias consequências ao imputado, haja vista a submissão de um presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença, baseado apenas em uma vedação abstrata.

5.2 A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE ANTECIPA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 310, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL?

²²⁶ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book.

²²⁷ GIACOMOLLI, Nereu J. O Devido Processo Penal, 3ª edição. Barueri/SP: Grupo GEN, 2016. E-book.

Conforme explicado anteriormente, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva tem sido alvo de divergências. Por um lado, a lei 13.964/19 inovou exigindo o preenchimento de pressupostos e a comprovação de real necessidade para decretação da prisão preventiva; por outro, vedou a concessão de liberdade provisória, com base, exclusivamente no tipo penal ou na reincidência do acusado.

Não obstante a dicotomia existente no Código, é importante frisar que a imposição desse dispositivo pode afrontar o princípio da presunção de inocência e ofender a separação dos poderes, pois compete ao juiz, no plano concreto (e não ao legislador, no plano abstrato), a aferição da real necessidade cautelar da prisão.

Desse modo, diante da ausência de julgamento acerca da inconstitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, imperioso se faz entender os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme dito anteriormente, o Estatuto do Desarmamento, criado em 2003, inovou ao tipificar algumas condutas, estabelecer causas de aumento de pena e cumulação com multa e impossibilitar, em alguns tipos penais, a fixação de fiança e a concessão de liberdade provisória.

Ocorre que a vedação à concessão de liberdade provisória, prevista no Estatuto do Desarmamento, violou o princípio da presunção de inocência, ao estabelecer a decretação da prisão preventiva utilizando um critério abstrato, genérico e antecipado.

Como mencionado no capítulo anterior, as referidas vedações foram declaradas inconstitucionais em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3112. A Suprema Corte entendeu que o porte ilegal e o disparo de arma de fogo constituem crimes de mera conduta e não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. Ademais, quanto ao artigo 21, a inconstitucionalidade foi declarada, haja vista a violação aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal²²⁸.

²²⁸ 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 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

Para o Supremo Tribunal Federal, a vedação à concessão de liberdade provisória conflita com os princípios constitucionais fundamentais do Estado Democrático de Direito – dentre eles, a presunção de inocência, a individualização da pena, o da proporcionalidade e o da obrigatoriedade de fundamentação – razão pela qual a inconstitucionalidade foi declarada.

Assim como o Estatuto do Desarmamento, a Lei de Drogas, em seu artigo 44, vedava a concessão de liberdade provisória. Alvo de inúmeras críticas, a norma violava a natureza pré-cautelar do flagrante, haja vista criar uma prisão em flagrante que se prolongava no tempo, infringindo princípios basilares e estabelecendo uma prisão (pré)cautelar obrigatória, sem a efetiva demonstração do *periculum libertatis*²²⁹.

Ao julgar o HC 104.339/SP, o Supremo Tribunal Federal, declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante no artigo 44 da Lei 11.343/2006, ao considerar que a vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. Ademais, a Corte Suprema considerou que ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, a Lei retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade

NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. 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. VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. 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.

(ADI 3112, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538)

²²⁹ LOPES JR, Aury Celso Lima. DIREITO PROCESSUAL PENAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book.

do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais. Em seguida, através do RE 1.038.925, em sede repercussão geral, a jurisprudência do STF fixou a seguinte tese: “É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006”²³⁰.

No tocante à execução antecipada da pena, o Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43,44 e 54, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, ao entender que o início da execução da pena, exige o trânsito em julgado^{231 232}.

Considerando os precedentes do Supremo Tribunal Federal, a análise acerca da constitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal é medida que se impõe. Isso porque, a Corte Suprema julgou inconstitucionais dispositivos semelhantes que versavam sobre a vedação à concessão de liberdade provisória, previstos na lei de drogas e no Estatuto do Desarmamento. Além disso, é importante ressaltar que a vedação abstrata interfere no poder dos magistrados, limitando a sua atuação.

5.3 A REINCIDÊNCIA E OS TIPOS PENAIIS ELENCADOS NO ARTIGO 310, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como dito alhures, constituem óbice à concessão de liberdade provisória: reincidência, integrar organização criminosa, milícia e portar armas de fogo de uso restrito. Passa-se agora a conceituação e delineamento da reincidência e dos tipos penais.

Quanto à reincidência, segundo o Código Penal, dar-se-á quando “o agente pratica novo crime, depois de ter sido condenado definitivamente por crime anterior, no Brasil ou no estrangeiro” (BRASIL, 1941). Imperioso destacar que, para efeito de reincidência, deve-se observar o momento da conduta e não o da consumação do ilícito.

Além de obstar a concessão de liberdade provisória, a reincidência, produz outros efeitos gravosos: início de pena em regime penitenciário mais rigoroso; em crime doloso,

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.038.925. Brasília, 2017, p. 01 – 07.

²³¹ Artigo 283 do Código de Processo Penal, declarado inconstitucional pelo STF: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

²³² PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.

proíbe-se a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, além de ser vedada a concessão de *sursis*; regime de progressão de pena diferenciado e revogação da reabilitação criminal.

A lei nº 12.850/2013 define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. Em seu bojo, conceitua organização criminosa, a partir de requisitos objetivos e subjetivos. Inicialmente, requer que seja formada a partir da associação de 4 (quatro) ou mais pessoas. Ademais, prevê uma estrutura ordenada, caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente. Além disso, tais organizações devem ter o objetivo específico de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional²³³.

A supracitada Lei tipifica as seguintes condutas: promoção, constituição, financiamento e integração pessoalmente ou por interposta pessoa, de organização criminosa²³⁴.

No que concerne à constituição de milícia privada, a Lei 12.720/12, dispoendo sobre o crime de extermínio de seres humanos, introduziu o dispositivo penal ao Código Penal²³⁵. Em que pese a inserção do dispositivo apenas em 2012, a formação de milícias privadas já configurava fato típico, uma vez que era abarcada pelo tipo penal genérico descrito no artigo 288 do Código Penal, denominado quadrilha ou bando²³⁶.

²³³ BRASIL. Lei de organização criminosa. Brasília, 2013

²³⁴ Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. [...] § 2º as penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. BRASIL. Lei de organização criminosa. Brasília, 2013

²³⁵ Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos. BRASIL. Código Penal. Rio de Janeiro, 1941.

²³⁶ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA ARMADA (MILÍCIA). PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PERICULOSIDADE DO AGENTE. SUPOSTO INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS. MODUS OPERANDI. INTERRUPTÃO DAS ATIVIDADES. NECESSIDADE. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INVIABILIDADE. PARECER ACOLHIDO.

1. Segundo a nossa jurisprudência, toda prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade.

2. Na espécie dos autos, encontra-se fundamentada a prisão do recorrente, principalmente no modus operandi utilizado pela quadrilha, que, formada também por policiais e ex-policiais, espalhava temor nas áreas em que atuava.

3. Recurso em habeas corpus improvido.

As milícias constituem uma forma especial de associação criminosa, exigindo que a condução das atividades seja dirigida à organização paramilitar – entendida como associação civil estruturada de forma hierarquizada, com cadeia de comando, estrutura militar e armada, atuando de modo marginal no Estado – e milícia particular – conjunto de pessoas associadas, agindo de maneira similar aos órgãos policiais, empregando seus métodos e rotina; grupo – junção de quatro ou mais pessoas, destinados a cometer os delitos previstos no Código Penal – e esquadrão – blocos organizados e armados, que funcionam como braços de organizações paramilitares ou milícias privadas, agindo como justiceiros²³⁷.

Além da vedação à concessão de liberdade provisória, a Lei 13.964/19 criou regras específicas àqueles que integrem alguma milícia privada, quais sejam: perda dos instrumentos do crime; modificação na progressão de regime, determinando o cumprimento de metade da pena transferência para regime menos rigoroso e regime disciplinar diferenciado.²³⁸

O delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito tem previsão no artigo 16 do Estatuto do Desarmamento e tipifica as seguintes condutas: “Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Por se tratar de norma penal em branco, a Lei 10.030/19 é quem define as armas de fogo de uso restrito, estabelecendo que são as armas de fogo automáticas, de qualquer tipo ou calibre, semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) não portáteis; b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules.

(RHC n. 50.318/RJ, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/12/2014, DJe de 5/2/2015.)

²³⁷ ESTEFAM, André Araújo L. Direito Penal - Vol. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book..

²³⁸ Art. 91 -A, § 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou à ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes. BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

A inovação trazida na Lei 13.964/19 ao Código de Processo Penal que veda a concessão de liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, provoca uma prisão imposta, sem que haja análise dos pressupostos e da real necessidade, que fundamentam a prisão preventiva, o que pode afrontar o princípio da presunção da inocência e o da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Desse modo, considerando a hierarquia das normas, o dispositivo que expressa a vedação à concessão de liberdade provisória deve ser submetido ao controle de constitucionalidade, haja vista que a vigência de uma lei secundária depende de sua conformação com a Constituição Federal²³⁹.

5.4 A FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO APÓS A LEI 13.964/19

Em um Estado Democrático de Direito, a prisão preventiva deve ser empregada como medida excepcional²⁴⁰, subsidiária, razoável e proporcional, haja vista que a restrição imposta por ela, não decorre de uma sanção penal, mas de uma medida que busca garantir a efetividade da conclusão do processo^{241 242}. Ocorre que, na prática, esse encarceramento é utilizado de forma ampla e não excepcional, conforme demonstrado a seguir²⁴³.

Inicialmente, cumpre destacar, que a Lei 12.403/11 provocou uma reforma das medidas cautelares pessoais. A inclusão do parágrafo único do artigo 312 permitiu a

²³⁹ STRECK, Lenio L. Jurisdição Constitucional. Barueri/SP: Grupo GEN, 2019. E-book.

²⁴⁰ O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 9, assegura o direito à liberdade e à segurança pessoais, defendendo a prisão preventiva enquanto medida excepcional: “ 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

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, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

²⁴¹ MINAGÉ, Thiago M. Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. E-book.

²⁴² Corroborando com o caráter excepcional da prisão preventiva, ASSUMPÇÃO assevera: “Em segundo lugar, é preciso vincular a decisão que decreta a prisão preventiva aos deveres de fundamentação que lhe são próprios. Nesse sentido, a principal obrigação é a de motivar de forma individualizada, vinculada ao caso concreto, apontando fatos novos ou contemporâneos e, ainda, justificando o não cabimento das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP”. ASSUMPÇÃO, Vinícius. Pacote Anticrime - comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book.

²⁴³

decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Além disso, possibilitou a decretação das medidas cautelares pelo juiz ou a requerimento das partes.

A possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício era alvo de críticas, haja vista a violação do *ne procedat iudes ex officio*. Para Lopes Jr., a referida conversão equivale à decretação da prisão preventiva e, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório e da imposição de imparcialidade do juiz, não lhe cabe agir de ofício²⁴⁴.

Em 2019, a lei 13.964 inovou ao inviabilizar a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva, uma vez que suprimiu a expressão ‘de ofício’ que constava no artigo 282, §2º e do artigo 311²⁴⁵. Assim, atualmente, a prisão preventiva só poderá ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, se houver provocação do Ministério Público, mediante representação da autoridade policial ou a partir de requerimento do querelante.

A inovação provocou um rompimento cultural, contribuindo para a implantação do sistema acusatório e resguardando a imparcialidade do julgador. Isso decorre do fato de que, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, o juiz assume uma postura ativa, inquisitória e incompatível com a imparcialidade²⁴⁶.

Desse modo, a conversão das prisões processuais não ocorre automaticamente, exigindo, ainda, a devida fundamentação. Nela, o juiz deve indicar, o *fumus comissi delicti*, e *periculum libertatis* e o motivo de as medidas cautelares previstas no artigo 319, do CPP, serem inadequadas ou insuficientes.

Lopes Jr. argumenta que o flagrante já constitui a verossimilhança de autoria e a materialidade necessárias, assim, a comprovação da presença do *fumus comissi delicti* não constitui o maior problema. Lado outro, a demonstração da existência de um perigo decorrente da liberdade do acusado – *periculum libertatis* – necessita de um suporte fático e probatório suficiente para legitimar a medida, não bastando meras presunções ou ilações. Ademais, ainda que se tenha a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, o juiz deverá comprovar que não há medida cautelar diversa, que isolada ou

²⁴⁴ LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos D.; ROSA, Alexandre Morais. Pacote Anticrime: um ano depois. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book.

²⁴⁵ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. BRASIL, Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

²⁴⁶ LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos D.; ROSA, Alexandre Morais. Pacote Anticrime: um ano depois. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book

cumulativamente, seja adequada e suficiente para proteger a situação de perigo. Deve haver, portanto, uma análise minuciosa, garantindo-se a aplicação da norma em consonância com os princípios constitucionais.

Minagé reforça que, para configurar o *periculum libertatis*, o risco para a ordem pública ou para a ordem econômica ou para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, devem ser efetivamente comprovados. Assim, meras menções genéricas ou citações de intuições do magistrado não são suficientes. Quanto ao *fumus comissi delicti*, o autor destaca a necessidade de conjugar a infração penal, mesmo que de forma aparente, à um mínimo de informação que fundamente uma suspeita sobre a existência do fato e a participação do suspeito, acusado ou indiciado, na autoria do respectivo fato²⁴⁷.

Além do preenchimento dos pressupostos e da demonstração da necessidade, o Código de Processo Penal estabelece os limites de incidência da prisão preventiva, que será admitida nas seguintes hipóteses: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la²⁴⁸

A decretação da prisão preventiva deve, portanto, ser utilizada em *ultima ratio*. O Código de Processo Penal prevê a utilização de inúmeras medidas cautelares diversas da prisão, que podem ser usadas para proteger e resguardar a liberdade do imputado. São elas: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da Comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga;

²⁴⁷ MINAGÉ, Thiago M. Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. E-book.

²⁴⁸ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. BRASIL, Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 2019.

suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória; fiança e monitoração eletrônica²⁴⁹.

Ademais, vale lembrar que não poderá ser decretada prisão preventiva se o agente praticou o fato em estado de necessidade; legítima defesa e em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Para isso, basta a presença de indícios mínimos, não sendo necessária a prova plena da excludente, em razão do *in dubio pro reo*²⁵⁰.

Em consonância com a legislação atual, o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela inadmissibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício, haja vista a consolidação de um sistema acusatório, que pressupõe a separação das funções de investigar, acusar e julgar²⁵¹.

²⁴⁹ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica. BRASIL, Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

²⁵⁰ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

²⁵¹ Agravo regimental no agravo regimental no habeas corpus. 2. Penal e Processo Penal. 3. Descaminho (art. 334, caput, do Código Penal). 4. Prisão preventiva decretada de ofício. Impossibilidade. O processo penal pressupõe a separação das funções de investigar, acusar e julgar para pessoas distintas. A consolidação de um sistema acusatório é elemento fundamental da dogmática processual penal, com a separação das funções de investigar, acusar e julgar. Trata-se de medida indispensável para efetividade da imparcialidade do Poder Judiciário. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental desprovido.

(HC 191886 AgR-AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-010 DIVULG 20-01-2022 PUBLIC 21-01-2022)

PRISÃO EM FLAGRANTE – PREVENTIVA – CONVERSÃO DE OFÍCIO. Ante a superveniência da Lei nº 13.964/2019, revela-se inadmissível conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva – inteligência dos artigos 282, parágrafos 2º e 4º, e 311 do Código de Processo Penal. PRISÃO PREVENTIVA – CONDENAÇÃO – PENA – REGIME SEMIABERTO – INCOMPATIBILIDADE. A fixação do regime de cumprimento semiaberto é incompatível com a prisão preventiva.

(HC 193366, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 16-06-2021 PUBLIC 17-06-2021)

Desse modo, a inovação trazida pela Lei 13.964/19, que impossibilita a conversão de ofício de prisão em flagrante em preventiva, contribui com a ideologia de implantação de um sistema acusatório, que defende e assegura os direitos e garantias dos indivíduos.

Entretanto, se por um lado, a lei 13.964/19 inovou, impossibilitando a conversão de ofício de prisão em flagrante em preventiva e, dessa forma, contribuindo com a ideologia de implantação de um sistema acusatório; por outro, vedou a concessão de liberdade provisória aos acusados de praticarem determinados tipos penais. Essa vedação abstrata, conforme detalhado anteriormente, dispensa qualquer análise subjetiva da conduta e das circunstâncias dos agentes, o que contraria o próprio instituto da prisão preventiva.

6 CONCLUSÃO

As considerações finais aqui apresentadas, decorrem de uma ampla pesquisa científica, baseada em uma análise normativa, doutrinária e jurisprudencial, com ênfase nas ideias que permeiam os juristas sobre o tema, inter-relacionando a criminologia, a sociologia e a antropologia. e na literatura, em busca de compreender o instituto da liberdade provisória, as suas vedações e as violações ao texto constitucional provocadas pelo artigo 310, §2º do Código de Processo Penal.

A presente dissertação analisou e desvendou a ideia de que o reforço penal é uma medida adotada para reduzir a criminalidade, na qual requer o estabelecimento de um vínculo entre o Estado e o poder punitivo, e o uso deste para exercer o controle político sobre o primeiro. Nesse sentido, a lei nº 13.964/2019 foi utilizada como marco punitivo estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro.

Durante a análise, percebeu-se a ligação entre a atuação legislativa no campo criminal nos últimos anos e a ascensão do punitivismo na população, o que levou ao uso do poder punitivo como meio de controle político, reforçado pelo “populismo criminoso”, em que se implantou na população um medo aguçado e sensacionalista para, enfim, legitimar o uso indevido da lei penal por atores políticos. Ressaltou-se que os pontos específicos da lei nº 13.964/2019 condizem com o viés excessivamente punitivo.

Ademais, é indicada uma avaliação do chamado “direito penal do inimigo” seguido pelo sistema penal brasileiro, incluindo tentativas de criar guerra entre cidadãos e criminosos, suprimindo os direitos destes últimos. Há razões para acreditar que indivíduos que vivem para o crime não merecem a alcunha de sujeitos de direitos.

A afirmação de que o reforço penal reduz a criminalidade revela-se completamente infundada, pois a linha punitiva sempre existiu no ordenamento jurídico penal do ponto de vista histórico/teórico, mas nunca se mostrou eficaz. De fato, à medida que o dogmatismo se desenvolveu, o mesmo aconteceu com penas mais leves e importantes princípios orientadores do direito penal. Sob o ponto de vista dos princípios, o excessivo preconceito punitivo é totalmente incompatível com o estado democrático de direito, o princípio da dignidade da pessoa humana e todos os seus derivados estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, o direito penal deve desempenhar um papel coadjuvante, agindo apenas de forma proporcional e humanitária para proteger os interesses legítimos mais importantes. Diante disso, os perigos que cercam a aplicação ilegal de leis criminais

parecem se traduzir para a sociedade como um todo, com consequências para os países democráticos de direito. Portanto, tanto o poder público quanto o legislativo precisam primeiro reconhecer a ineficácia do modelo punitivo, afinal, não existe uma forma 100% eficaz de lidar com o crime, mas sabe-se que o modelo punitivo não vale a pena.

Dadas as exposições deste estudo, pode-se inferir que pela regulamentação que proíbe a liberdade provisória concedida, legisladores retiraram, de juízes, o poder da prudência, ao impedir a análise subjetiva e a particularidade do caso concreto, que fundamenta a decisão judicial é necessário mencionar que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade envolve princípios fundamentais do direito constitucional, em que não é possível relativizar exceções a princípios fundamentais e a estruturalidade, enquanto princípio da liberdade humana.

Através da análise dos resultados deste estudo, conclui-se que as disposições legais que violam direitos e princípios são inconstitucionais, caso contrário a lei estará no processo de retroceder em vez de avançar. Destarte, é necessário a visão garantida do dever extenso, tocando todos os três poderes, bem como executores. A vedação contida no artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, reporta ao regime ditatorial e ao viés autoritário contido no sistema penal brasileiro. Sob a justificativa da proteção social, pautada no efficientismo penal, que busca ocasiona o incremento da criminalização secundária – utilizando-se da seletividade penal – e reduz ou elimina garantias individuais.

Denota-se que a lei 13.964/19 criou uma rigidez no sistema, por meio de punições agressivas e medidas severas, baseadas unicamente em gravidade abstrata das infrações listadas no artigo 310 parágrafo 2º do CPP. A Prisão automática estabelecida pelo dispositivo viola toda a principiologia cautelar, ao passo que provoca o bis in idem da reincidência, elegendo, à la carte e sem critério para justificar, as condutas em que será vedada a concessão de liberdade provisória.

Em clara afronta ao caráter garantista da Constituição Federal de 1988, a vedação à concessão de liberdade provisória pode ocasionar danos irreversíveis ao indivíduo, ao suprimir o direito fundamental e inerente à condição humana: a liberdade.

Ao violar o princípio da presunção de inocência - que tem previsão no texto constitucional e em tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos – o dispositivo aplica um juízo valorativo de culpabilidade, utilizando como parâmetro apenas a natureza do crime. Esse juízo de culpabilidade desarrazoado conduz ao

encarceramento antes da sentença criminal transitada em julgado e retira do indivíduo uma condição que é inerente ao ser humano: a liberdade.

Há, ainda, violação ao princípio da jurisdicionalidade, haja vista o encarceramento anteceder ao processo. Afronta, também, o princípio da fundamentação das decisões judiciais, que prevê que todas as decisões devem estar amparadas em argumentos fáticos e jurídicos válidos e suficientes.

No que concerne ao princípio da proporcionalidade, a violação decorre da ausência de ponderação entre a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, uma vez que a prisão é automática e não há exigência da análise subjetiva da conduta.

Nesse sentido, leis que previam essa vedação à concessão de liberdade provisória, utilizando critérios abstratos, genéricos e antecipados, foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

É o caso da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3112, que ao analisar a vedação imposta pelo Estatuto do Desarmamento, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos, ante a violação aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

De igual maneira, o dispositivo que previa essa vedação na Lei de Drogas, teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 104.339/SP. A Corte Suprema reiterou que a vedação apriorística e genérica, é incompatível com o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, além de retirar, do juiz, a oportunidade de analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, o que provoca uma antecipação da pena. Em seguida, o RE 1.038.925, em sede de repercussão geral, fixou a tese da inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” no artigo 44 da Lei 11.343/06.

Ainda no que se refere à execução antecipada da pena, o Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, reconheceu a inconstitucionalidade da redação dada pela Lei 12.403/11 ao artigo 283 do Código de Processo Penal, por entender que o início da execução da pena exige o trânsito em julgado.

Portanto, que vedações apriorísticas e genéricas são inconstitucionais, por violação aos princípios da presunção de inocência, da jurisdicionalidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e da fundamentação das decisões judiciais.

Como visto, o tema central desta pesquisa se concentrou na análise da constitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal que veda a concessão

de liberdade provisória ao agente reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito.

Acerca do problema apresentado, a hipótese foi confirmada. A inconstitucionalidade do referido artigo resta evidente, uma vez que a prisão automática viola o princípio da presunção de inocência, da jurisdicionalidade, da fundamentação, da proporcionalidade e da individualização da pena, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal que julgaram inconstitucionais os dispositivos semelhantes que versavam sobre a vedação à concessão de liberdade provisória, previstos na lei de drogas e no Estatuto do Desarmamento.

Inicialmente, a fim de solucionar o problema, considerando o rol de legitimados, sugere-se que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil proponha uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando a validade constitucional do artigo 310, §º do Código de Processo Penal.

O referido questionamento se justifica ante a incompatibilização existente entre o artigo supracitado e o texto constitucional. O Poder Judiciário brasileiro defende a hierarquia normativa. Assim, a vigência de uma lei secundária depende de sua conformação com a Constituição, razão pela qual, qualquer dispositivo de lei que possa violar o texto constitucional, deve submeter-se ao controle de constitucionalidade.

Sugere-se, ainda, a criação de um novo Código de Processo Penal, em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, visando a um sistema acusatório, em que haja respeito aos direitos e garantias individuais.

Por fim, propõe-se a realização de cursos de atualização e reciclagem para magistrados, a fim de que se altere a concepção inquisitória, visando a absorção de uma cultura acusatória e de um processo penal democrático, garantindo, assim, o respeito à principiologia que rege e fundamenta a Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. O bacharelismo liberal da política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 23.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de derecho procesal penal**. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986.
- ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:
<https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf> Acesso em: 29 nov. 2022.
- ASSUMPCÃO, Vinícius. **Pacote Anticrime - comentários à Lei n. 13.964/2019**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555591514. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591514/>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- BRASIL **Lei n° 13.964, de 24 de Dezembro de 2019**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 12 abr. 2021.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007**. Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm#art1. Acesso em: 22 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.038.925**. Brasília, 2017, p. 01 – 07. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13625646> . Acesso em: 28/11/2022.
- CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1941. Disponível em:
https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf Acesso em: 22 nov. 2022.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho D. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502224308. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224308/>. Acesso em: 26 dez. 2022.

CASARA, Rubens R. R. **Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32-33.

CASARA, Rubens. **Processo Penal do espetáculo (e outros ensaios)**. 2ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 19.

CASARA, Rubens Roberto R. **Mitologia processual penal**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502626034. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626034/>. Acesso em: 23 dez. 2022.

CERQUEIRA, Gisálio. **A questão social no Brasil: crítica do discurso político**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 1998, p. 187.

DELMANTO JR., Roberto. **Liberdade E Prisão no Processo Penal - As Modalidades De Prisão Provisória E Seu Prazo De Duração**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553612956. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal anotado**. Borsoi, 1960, volume III, Exposição de motivos lei 13.964/19. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 19 nov. 2022.

ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal**. v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596526. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596526/>. Acesso em: 29 nov. 2022.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal, **RT**, v. 670, p. 257. Disponível em: Acesso em: 29 nov. 2022.

FERNANDES, Florestan. **Apontamentos sobre a “Teoria do Autoritarismo”**. São Paulo: Hucitec, 1979, p. 03.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como Sistema de Garantias. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, nº 61, jan./mar.1995, p. 41

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 490

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 113.

FIGUEIREDO, Patrícia V.; JUNQUEIRA, Gustavo O D.; FULLER, Paulo H A. *et al.* Lei Anticrime Comentada: Artigo Por Artigo. São Paulo:Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555595512. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595512/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

FRAGA, Marcos P. **Processo penal contemporâneo em debate**. Volume 6 (Lei Anticrime). (org.) Nereu José Giacomolli, Felipe Giacomolli, Daniela Elberg. 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. E-book.

FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e sistema penal. 2011. 373 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011, p. 62-72

GIACOMOLLI, Nereu J. Devido **Processo Penal**, 3. ed. . São Paulo: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 137.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del Proceso II**. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: EJEJA, 1936, pp. 109-110.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7782/material/Livro%20-Sistema%20Acusatorio%20-%20Geraldo%20Prado.pdf>
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19398-11-novembro-1930-517605-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=DECRETA%3A,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico>. Acesso em: 29 nov. 2022.

LIMA, Alberto Jorge Correia de B. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**, 1. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502146426. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502146426/>. Acesso em: 26 nov. 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620117. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620117/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

LOPES JR., Aury.; PINHO, Ana Claudia Bastos D.; ROSA, Alexandre Morais. Pacote **Anticrime: um ano depois**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9788553618453. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618453/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

LOPES, José Antônio Mouraz. **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 12.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARQUES, Leonardo Augusto e SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. **Revista Jurídica Cesumar**, jul./dez. 2015, v. 15, n. 2, p. 379-398.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 4. Campinas: Millennium, 2003, p. 115.

MARQUES, Marcelo P. Da possibilidade de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e delitos equiparados, inclusive para fatos pretéritos. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 26, p. 203-208, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-26/artigo-das-pags-203-208> acesso em: 20/11/2022

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal, da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 102-103).

MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. E-book.

MENDONÇA, Andrey Borges D.; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão D. **Lei de Drogas - Comentada - artigo por artigo**, 3. ed.. Rio de Janeiro: GEN, 2012. E-book. ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4559-6/>. Acesso em: 21 nov. 2022.

MESSA, Ana F. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502178694. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502178694/>. Acesso em: 23 nov. 2022.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. E-book.

MONTEIRO, Antônio L. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502625754. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502625754/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. Barueri/SP: GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>. Acesso em: 26 nov. 2022.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. 2. Ed. Niterói: UFF, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

ORDENAÇÕES AFONSINAS <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg181.hm>
ORDENAÇÕES AFONSINAS, Li/vro V. Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15ind.htm>. Acesso em: 20/11/2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966**. Disponível em: <http://oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Políticos.pdf> Acesso em: 21/12/2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-book.

PAXTON, Robert. A **anatomia do fascismo**. Tradução de Patrícia Zimbre e Paula Zimbre. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 358-359.

PEREIRA, André M. **Populismo penal e política criminal brasileira**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. E-book.

PRADO, Geraldo, **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens, 2005.

PRADO, Luiz R. **Direito Penal Constitucional**. A (Des)construção do Sistema Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991586. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991586/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezz. O Fator “Credibilidade” na Prisão Preventiva: a pessoa humana como meio. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.011, jan./2020, p. 197.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das letras, 2019. E-book.

SOARES, Odacir. **Exposição de Motivos da Lei nº 8.072**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8072-25-julho-1990-372192-exposicao-demotivos-150379-pl.html> Acesso em: 20/11/2022.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015.

STOPPINO, Mario. Verbete “Autoritarismo”. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (org.). **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.ed., 1998, p. 94.

STRECK, Lenio L. **Jurisdição Constitucional**. Barueri/SP: GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530987497. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 26 nov. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.112/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1480234>. Acesso em: 29 nov. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 3112 DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19152934/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3112-df-stf>. Acesso em: 24 de nov. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. hc-104339-sp. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869940/habeas-corpus-hc-104339-sp-stf>. Acesso em 22 de novembro de 2022.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. E-book.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do Processo Penal Romano**. São Paulo: Bushatsky, 1976

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999, p.141-142.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003.

