

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**KÁTIA LIA ALVES**

**A PROIBIÇÃO LEGAL DO DIREITO À CONCESSÃO DA  
LIBERDADE PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL DA VEDAÇÃO  
IMPOSTA AO ART. 44 DA LEI DE TÓXICOS NO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL, NO ANO DE 2010**

**CRICIÚMA, JUNHO 2011**

**KÁTIA LIA ALVES**

**A PROIBIÇÃO LEGAL DO DIREITO À CONCESSÃO DA  
LIBERDADE PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL DA VEDAÇÃO  
IMPOSTA AO ART. 44 DA LEI DE TÓXICOS NO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL, NO ANO DE 2010**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado  
para obtenção do grau de bacharel no curso de  
Direito da Universidade do Extremo Sul  
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Paulo Henrique Burg Conti

**CRICIÚMA, JUNHO 2011**

**KÁTIA LIA ALVES**

**A PROIBIÇÃO LEGAL DO DIREITO À CONCESSÃO DA LIBERDADE  
PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO  
JURISPRUDENCIAL DA VEDAÇÃO IMPOSTA AO ART. 44 DA LEI DE TÓXICOS  
NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO ANO DE 2011**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Processual Penal

Criciúma, 29 de junho de 2011.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Paulo Henrique Burg Conti - Orientador

Prof. Alfredo Elgemann Filho - Avaliador

Prof. <sup>a</sup> Mônica Ovinsk de Camargo Cortina - Avaliadora

**Para meus pais, que me deram o dom da vida e que, através de seus exemplos, me ajudaram a ser a pessoa que hoje sou.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por me dar a força e a coragem para seguir nessa vida confiante de que Ele sabe de todas as coisas e que todas as coisas acontecem para o nosso bem.

Agradeço ainda a Jesus Cristo, meu amigo de todas as horas, pela sua misericórdia que se renova a cada manhã e, acima de tudo, pelo seu imensurável amor que restaura e renova todo o meu ser e todos os meus sonhos.

Agradeço a minha família, pelo apoio e carinho, pela motivação e o reconhecimento, pelo amor que nos envolve e nos trás a compreensão que aqui, neste mundo, devemos amar uns aos outros.

Agradeço em especial o meu pai e minha mãe, por acreditarem em mim e investirem no meu futuro, mesmo sendo este futuro incerto. Pela educação que muitas vezes veio acompanhada de repreensões, mas que, contudo, foi através dessa educação que aprendi os valores que hoje norteiam o meu caráter. Agradeço principalmente pela paciência e dedicação para fazer do ambiente familiar um lugar repleto de amor, respeito e compreensão.

Agradeço ao Cuca, que além de irmão, é meu amigo e, que, com a sua amizade sempre estive do meu lado, confortando e acalmando meu coração nos tempos difíceis.

Agradeço a todos os amigos que compreenderam a importância da conclusão do curso de Direito e que, durante toda a vida acadêmica, permitiram que eu desfrutasse de suas companhias, mesmo que limitada pelos trabalhos, provas, estágio e pelos demais compromissos assumidos com a Universidade.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Paulo Conti, por dividir comigo seus conhecimentos, sempre se mostrando disposto e muito paciente. Agradeço, ainda, pela sua atenção e disponibilidade para me ajudar a concluir este trabalho monográfico.

Por fim, agradeço a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão deste trabalho.

**“De longe trarei o meu conhecimento, e ao meu Criador atribuirei a Justiça.”**

**Jó, 36:3**

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo demonstrar o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a concessão da liberdade provisória no crime de tráfico, em que pese haver vedações legais. Ao decidir sobre a possibilidade ou não da concessão do beneplácito, o magistrado, antes de aplicar uma sanção que implica em cerceamento da liberdade, deve observar os princípios fundamentais elencados em nossa Constituição Federal. O acusado não pode simplesmente ter sua liberdade tolhida sem ao menos ter a possibilidade de ter seu caso analisado por um juiz que, conforme a circunstância poderá conceder ou não a liberdade provisória. É nesse contexto que foi relacionado o benefício da liberdade provisória com o princípio constitucional da presunção de inocência, analisando-se os acórdãos pronunciados pelo Supremo Tribunal Federal, para fins de analisar qual a orientação jurisprudência da Corte Suprema e de que forma o artigo 44 da Lei 11.343/06 vêm sendo aplicado frente às garantias constitucionais.

**Palavras-chave:** Liberdade provisória. Tráfico de drogas. Crime hediondo. Presunção de inocência.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART - Artigo

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CF - Constituição Federal

DDHC - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

HC - Habeas Corpus

INC - Inciso

MIN - Ministro

REL - Relator

STF - Supremo Tribunal Federal



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 A TUTELA DA LIBERDADE PESSOAL E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>12</b>
2.1 Síntese histórica do princípio da presunção de inocência .....	12
2.2 Conceito de presunção de inocência e seus aspectos processuais.....	19
2.3 A presunção de inocência como elemento garantidor .....	27
<b>3 A LIBERDADE PROVISÓRIA EM CONSONÂNCIA COM AS GARANTIAS INDIVIDUAIS ESCULPIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....</b>	<b>31</b>
3.1 Conceitos e fundamento.....	31
3.2 Modalidades.....	36
3.2.1 Liberdade provisória vinculada sem fiança .....	37
3.2.2 Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação .....	39
3.2.3 Liberdade provisória mediante fiança .....	41
3.2.3.1 Artigo 323 do Código de Processo Penal .....	44
3.2.3.2 Artigo 324 do Código de Processo Penal .....	46
3.3 Prisão Provisória .....	48
<b>4 A PROIBIÇÃO DO DIREITO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA...52</b>	<b>52</b>
4.1 Requisitos autorizadores da prisão preventiva.....	52
4.2 Decisões que concedem o benefício da liberdade provisória .....	58
4.3 Decisões que mantêm a proibição do direito à concessão da liberdade provisória .....	66
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>75</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A liberdade é uma conquista constante que se alarga conforme o homem amplia seus conhecimentos sobre a natureza e sobre as relações sociais. Consiste em fazer tudo o que se quer, com tanto que não se invada os limites da liberdade do próximo. Daí a necessidade de o Estado impor limites às ações nocivas à sociedade, e, em contrapartida, garantias para limitar a insurgência do Estado sobre o *status libertatis* de todo indivíduo.

Considerando-se que a Constituição Federal está fundada sob um Estado Democrático de Direito, há, portanto, a preocupação em garantir o direito à liberdade. Nesse sentido, o renomado artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, estabelecido como regra geral de liberdade de ação, do qual emana, ainda, a correlação entre liberdade e legalidade. Vale dizer que, enquanto a liberdade é a regra, a prisão é a exceção, ao passo que somente poderá haver restrições à liberdade quando expressamente previstas em lei.

Tendo em vista que uma das finalidades do Estado é garantir a segurança jurídica da sociedade, o legislador vem buscando, da medida do possível, conter a violência e o tráfico de entorpecentes e drogas afins através da edição de leis penais mais severas, como é o caso da Lei n. 11.343/06, a qual veda a liberdade provisória aos crimes de tráfico.

O que não se pode olvidar, contudo, são os princípios constitucionais, tal qual o princípio da presunção de inocência. É fato que a sociedade clama por justiça e, este clamor, aos olhos do legislador não deve, de forma alguma, representar uma afronta às garantias constitucionais, mesmo diante da prática do delito de tráfico de drogas.

Não se pode deixar de lembrar que, enquanto não se prove a culpa, todo o réu é presumido inocente, motivo pelo qual a prisão é a exceção, até mesmo porque, sabe-se que o sistema carcerário, em vez de ressocializar o indivíduo, o torna mais propenso ao crime, devido às condições precárias em que se encontram os presídios pelo Brasil afora. Em face dos riscos decorrentes de uma possível antecipação da pena, cabe ao juiz analisar cada caso em concreto para não incorrer no erro de cercear a liberdade de um inocente.

O instituto da liberdade provisória é nada mais, que o direito que o acusado tem de responder ao processo penal em liberdade, observados os requisitos legais, em substituição antecedente à prisão processual, quando esta não se justificar como instrumento processual necessário. Em outras palavras, a liberdade provisória é uma garantia para se evitar a antecipação da pena destituída de qualquer fundamentação legal, permitindo que o acusado, durante o decurso do processo, continue ostentando a condição de inocente. Trata-se de uma aplicação do princípio da presunção de inocência, tornando-se imperioso ao Estado, para condenar um acusado, provar a existência do fato criminoso e a sua autoria.

Diante da vedação imposta ao artigo 44 da Lei n. 11.343/06, a presente monografia tem por escopo analisar o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2010, acerca da concessão do beneplácito nos crimes de tráfico. A escolha do tema justifica-se pela necessidade de fomentar debates e discussões em busca de soluções que visem aperfeiçoar a legislação em vigor, norteando-se pela premissa de que a liberdade do indivíduo constitui regra no ordenamento jurídico pátrio, cabendo ao juiz, mesmo diante de legislação especial, analisar a situação em concreto e julgar conforme os princípios constitucionalmente consagrados.

A metodologia de pesquisa aqui utilizada foi a bibliográfica, com uso de material doutrinário e consulta à legislação vigente. No último capítulo a pesquisa concentrou-se, exclusivamente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no ano de 2010, sendo que, da coleta dos acórdãos foi feita uma análise das decisões que concedem o benefício da liberdade provisória e as decisões que proíbem tal concessão.

Desse modo, dedica-se um capítulo especial para tratar do princípio da presunção de inocência, trazendo sua conceituação, evolução histórica, noções acerca das consequências processuais junto ao ordenamento jurídico, além de abordar o princípio em comento sob o prisma do garantismo penal.

O capítulo seguinte discorre sobre a liberdade provisória (com ou sem fiança), abordando de forma sucinta a história, conceito e fundamentos deste instituto. Apresenta, também, as modalidades de liberdade provisória e, respectivamente, as hipóteses de ocorrência e finalidade. Depois, será destacada a questão da prisão provisória, para, ao final, discorrer sobre o cerceamento da liberdade em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência.

E por fim, no terceiro e último capítulo, se tem uma breve disposição dos requisitos da prisão preventiva, bem como os aspectos gerais que amparam tal instituto. O capítulo derradeiro traz à baila, ainda, julgados emanados pelo Superior Tribunal Federal acerca da concessão da liberdade provisória ao acusado pela prática do crime de tráfico. Serão analisadas tanto as decisões que concedem a benesse quanto àquelas que mantêm a proibição do beneplácito.

## 2 A TUTELA DA LIBERDADE PESSOAL E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

### 2.1 Síntese histórica do princípio da presunção de inocência

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ocupando, junto aos demais, posição de destaque, porquanto, trata-se de uma garantia constitucional, fruto das lutas e reivindicações da sociedade, que somadas ao senso de justiça de nossos ilustres juristas, consagraram tal dispositivo como cláusula pétreia.

Entretanto, vale lembrar que os anseios para positivá-lo como direito individual iniciaram-se há muito tempo, mais precisamente no ano de 1789, com a notável Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a qual estabeleceu uma nova concepção de Estado, reconhecendo, em suma, os direitos individuais como limites para a sua atuação.

A DDHC avançou mais em relação aos princípios da justiça punitiva, instaurando três artigos que retratavam alguns dos pontos combatidos pelo movimento de reforma. Entre eles, a presunção de inocência, que se exprimiu do artigo IX: “Todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; e ninguém pode ser castigado a não ser em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada”. (CAMARGO, 2005, p.26-29).

Note-se que o legislador da época usou o termo “castigado”, e não “preso”, como comumente é utilizado atualmente. Isto por que, “no século XVII, o processo instaurado para verificar a culpa guarda razoável distância com as disposições que regem o Processo Penal moderno” (CAMARGO, 2005 *apud* CHURCHILL, 1960, p. 195).

O sistema adotado para processar os acusados era chamado suplício, o qual consistia em uma pena corporal dolorosa que aumentava gradativamente, conforme a gravidade do delito, sendo que a culpa não precisava estar necessariamente provada, visto que esta ia se concretizando conforme as punições iam sendo aplicadas. Sobre o tema, anotou Foucault (2002, p. 30):

O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico,

a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas.

Assim, a idéia de punição severa, com excessos de crueldade, tinha por objetivo intimidar, através do medo, os demais cidadãos (CASTELO BRANCO, 1980).

Para alcançar a eficácia desse sistema era necessário que houvesse um aumento gradativo das penas, iniciando-se com as mais leves e, no decorrer do processo, aumentando os suplícios com a aplicação de penas mais dolorosas, algumas vezes acompanhadas de “penas acessórios”, não corporais, “que comportavam uma dimensão de suplício: exposição, roda, coleira de ferro, açoite, marcação com ferrete [...]” (FOUCAULT, 2002, p. 30). Esses métodos de suplícios foram usados de forma excessiva a fim de demonstrar “o poder de quem tinha o poder de castigar” (ANITUA, 2008, p. 106/107).

Ao tratar do desenvolvimento histórico da justiça penal, Ferri (2006, 44) ensina que:

Quanto às penas, as capitais e corporais que, com conjuntamente as penas pecuniárias – até o confisco total do patrimônio – constituíam o primitivo arsenal da justiça penal, o mundo romano acrescentou os trabalhos forçados (*ad metalla*, *ad triremes*, etc.), enquanto que o *cárcere* servia não como pena, mas como guarda dos acusados e dos condenados à espera de serem mandados *ad crucem*, *ad bestias*, *ad metalla*, etc.

Desse modo, “o corpo do condenado deveria ser mantido até o momento da execução, e o encarceramento era perfeito para tanto. O condenado ficava preso enquanto aguardava a morte e o suplício que a acompanhava” (SCHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 33). Assim, restava ao acusado aguardar a aplicação do castigo, ou confessar o fato e sua responsabilidade. “Em todo caso, a tortura estava aliada à busca da confissão privada, e os castigos eram algo público, com efeitos sobre toda a comunidade” (ANITUA, 2008, p. 107). Portanto, “a culpa não começava uma vez reunidas todas as provas: peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado” (FOUCAULT, 2002, p. 41).

Foi diante deste método nada convencional que os humanistas começaram a pleitear modificações no sistema penal da época, porquanto este se apresentava deficiente e desprovido de segurança jurídica. Intelectuais comprometidos com o ideário Iluminista começaram a reunir-se e desenvolver uma função crítica de oposição, agindo diretamente no campo penal, atribuindo-lhe uma

centralidade cultural e política que contribuiu para a reforma no processo penal (DAL RI JÚNIOR, 2009).

Neste contexto, surge a figura de Beccaria que, através da obra *Dos delitos e das penas*, deu início as primeiras discussões acerca da presunção de inocência, aduzindo, em síntese, que “a pena não podia justificar-se na vingança, mas sim na utilidade, na prevenção de outros delitos” (ANITUA, 2008, p. 162), sendo que, “todo castigo que não serve para manter o contrato social é injusto”.

Dessa forma, o indivíduo não poderia ser declarado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só poderia lhe retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou o pacto social, causando algum tipo de dano a outros indivíduos (BECCARIA, 2010). Além da idéia de humanização das penas, Beccaria tratou da importância das leis e da organização política como forma de mudar as condições ambientais do indivíduo de tal modo a desviá-los do crime e moldar cidadãos virtuosos (DAL RI JÚNIOR, 2009). Ademais, Beccaria (2010) era extremamente crítico quanto ao uso de torturas, considerado-as um meio ineficaz e injusto de obter a confissão. Conforme ensinamentos de Delmanto Júnior (2001, p. 59):

[...] a declaração do direito à presunção de inocência surgiu para banir o sistema da prova legal e da tortura, oriundo das antigas ordálias ou juízos de Deus, tão freqüentes na Inquisição. Com ela, buscou-se a implementação, outrossim, do sistema da livre apreciação da prova, eliminando-se o pensamento de que o suspeito que deveria provar a sua inocência perante à sociedade [...]

Inicialmente, discutiu-se a forma de tratamento dispensado ao indivíduo, sendo vedada, por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a aplicação de medidas severas que, de certo modo, limitou o poder de punir do Estado, já que em meados do século XVII o *jus puniendi* era monopolizado pelo príncipe, visto que naquela época o regime político vigente era o absolutismo, no qual o soberano detinha o poder e em conta disso, personificava a punição como forma de vingança (FOUCAULT, 2002).

Em um primeiro momento, pela expressão da DDHC, o acusado não poderia ser tratado como culpado antes da sentença final condenatória. Isso incluiu severas limitações a todas as medidas cautelares, no curso do Processo Penal que importassem em restrições de direito para os acusados, tais como prisão preventiva sem prazo determinado e formas de antecipação da pena, como os suplícios. A partir dessa formulação instituiu-se a presunção de inocência como regra de tratamento ao acusado durante o Processo-Crime. O Estado enfrentou uma limitação do exercício do *jus puniendi*, na afirmação da necessidade de respeito às liberdades

individuais. A relação de confronto entre o poder de persecução penal e a liberdade individual estava, sob um de seus vértices, regulada pela presunção de inocência. (CAMARGO, 2005, p. 57).

Entre os séculos XVIII e XIX, estudiosos da doutrina italiana deram início a uma onda de debates acerca da presunção de inocência, tendo entre os intelectuais, destaque para Ferri (2006), o qual apontou em seus estudos que a presunção de inocência somente poderia ser invocada quando, não havendo provas suficientes nos autos, o indiciado negasse a autoria dos fatos, fazendo, inclusive, uma ressalva ao fato de que “a própria instauração do processo criminal autorizaria que se presumisse a culpa do imputado, e não sua inocência” (SCHREIBER, 2005). De igual modo, Manzini alegou que o fato de ter sido imputado um crime a determinado indivíduo impede que este seja presumido inocente, porquanto a imputação se apóia em indícios previamente colhidos.

Em contrapartida às teses defendidas pelas demais escolas penais, a Escola Clássica repugnava a ilusão “de que o remédio mais eficaz contra o crime era a pena, feroz (antes de Beccaria) ou mitigada (depois dele)” (FERRI, 2006, p. 65). Nesse sentido, pode-se dizer que foi Beccaria quem teve a “generosa e eloqüente iniciativa” de formação de uma grande corrente científica (Escola Clássica), sendo que, em suma, três são os tópicos basilares da sistematização filosófico-jurídica, conforme bem assevera Ferri (2006, p. 58/59):

Como *orientações político-social*, e por isso reação contra os excessos medievais da justiça penal, a Escola Clássica:

I – Expôs e estabeleceu a razão e os *limites do direito de punir* por parte do Estado.

II – Opôs-se à ferocidade das penas, invocando e obtendo a abolição das penas capitais, corporais e infamantes com uma *mitigação geral das penas* conservadoras (carcerárias, retentivas, pecuniárias, interditorias).

III – Reivindicou todas as *garantias para o indivíduo*, quer durante o processo, quer na aplicação da lei punitiva.

Segundo a Escola Clássica, os direitos individuais devem ocupar o patamar de garantia constitucional, não só devido à sua preocupação em proteger a inocência do acusado, mas também pelo compromisso que a justiça tem para com a sociedade de oferecer segurança jurídica. Por direitos individuais, Tucci (2009, p. 52) entende serem aqueles que, alusivos “à pessoa, são inerentes ao homem e qualificam sua natureza, enquanto coexistem socialmente dentro do Estado”.

Em suma, a grande discussão das escolas penais da Itália girava em torno do fundamento do Processo Penal, ou seja, se o fundamento estava no



indivíduo ou na sociedade. Tratava-se, ainda, de uma discussão acerca dos princípios orientadores das normas processuais:

Do longo debate entre as Escolas Penais italianas pouco se discutiu sobre o conteúdo da presunção de inocência e sobre suas consequências práticas para o Processo Penal. A verdadeira discussão travada entre os teóricos girava em torno do fundamento do Processo Penal, se deveria servir como instrumento de defesa da liberdade individual, com a tutela da inocência, ou como meio de defesa da sociedade diante dos atos lesivos dos delinquentes. Implicava, portanto, uma discussão de fundo sobre os princípios orientadores da direção das normas processuais, que se ocultava sob a aceitação ou não da presunção de inocência, o que de plano indicaria se o fundamento do Processo estava no indivíduo ou na sociedade. Neste sentido, a aceitação da presunção de inocência refere-se a um modelo de Processo Penal, de matriz liberal, que se preocupa primeiramente em proteger os direitos do indivíduo. (CAMARGO, 2005, p. 57/58).

Apesar da dificuldade de chegar a um consenso quanto ao emprego da presunção de inocência, esta foi inserida na Constituição italiana de 1948 no sentido de que, antes da sentença penal irrevogável, o acusado não pode ser considerado culpado, comungando com os postulados da Escola Clássica (CAMARGO, 2005). Desse modo:

Antes que a sentença do magistrado condene ou absolva – declarando-lhe as razões de fato e de direito – ao imputado de um crime, as normas processuais devem assegurar-lhe todas as garantias, que lhe forneçam maneiras de provar a própria inocência, a qual se deve presumir em todo ao imputado. (FERRI, 2006, p. 52).

Foi em meio desta aproximação com os direitos e garantias dos indivíduos que, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual previu em seu artigo 11.1:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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.

Assim, de acordo com a DUDH, até que se prove a culpabilidade do indivíduo, este deve ser considerado inocente, e na dúvida, o juiz poderá absolvê-lo, invocando, assim, a expressão *in dubio pro reo*, ou seja, “a favor do réu”. Implica dizer, em outras palavras, que se trata de uma regra probatória ou de juízo, na qual o magistrado deve ter ampla certeza quanta à autoria do delito e ainda, o acusado é eximido da obrigação de produzir provas contra si, reforçando a sua presunção de inocência.

O exame da presunção de inocência oriunda da DUDH restringe-se ao campo probatório, já que impõe à acusação a tarefa da produção completa das provas acerca da culpabilidade do indivíduo. Além de eximir o acusado da obrigação de produzir provas sobre a veracidade da acusação, implica em sua absolvição incondicional, caso a sua culpa não tenha sido totalmente provada, o que permitiu margem de dúvida sobre a culpa do acusado, ele deve ser absolvido. Portanto, a presunção de inocência refere-se também a uma regra probatória ou de juízo, atuante no decorrer e no deslinde final do Processo Penal. (CAMARGO, 2005, p. 58).

Oportuno citar os apontamentos de Gomes e Piovesan (2000, p. 224), ao aduzir que, levando-se em consideração o princípio da presunção de inocência recepcionado pela DUDH, têm-se, pelo menos, três garantias mínimas que consubstanciam a grande garantia do devido processo legal:

[...] a primeira vem contemplada na Constituição brasileira (art. 5º, LVII) e relaciona-se a tradicional regra de tratamento; as duas outras concernem ao âmbito probatório e estão previstas nos documentos internacionais citados. São elas: 1ª) garantia de ser tratado – “considerando” – como inocente; 2ª) garantia da “legalidade” da comprovação da culpabilidade (CADH, art. 8.2 e DUDH, art. XI); 3ª) garantia de “judicialidade” da comprovação da culpabilidade (PIDCP, art. 14.2).

Todavia, em nosso ordenamento jurídico tal princípio somente foi contemplado na Constituição de 1988, apesar de ter sua aplicação utilizada de forma velada através de outras garantias penais, tal qual o princípio do contraditório e da ampla defesa, ambos introduzidos no Código de Processo Penal. Como bem assevera Tucci (2009), o princípio da presunção de inocência foi consagrado constitucionalmente, por força da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotando, em regra, o sentido de que, sem a necessária certeza de ser o imputado autor da infração penal cuja prática lhe é atribuída, não há como considerá-lo culpado.

O princípio da presunção de inocência não se trata apenas de uma garantia constitucional, mas reveste-se também de um princípio político, haja vista ser o Brasil um Estado Democrático de Direito com compromissos com a tutela de liberdade em face do *jus puniendi* do Estado, combatendo as formas arbitrárias de aplicação da lei em detrimento dos direitos e garantias emanados da Constituição Federal (GOMES FILHO, 1991). Em meio a essa proteção conferida ao indivíduo, surge a figura do garantismo (FERRAJOLI, 2010, p. 312):

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a

dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade.

Trata-se de um sistema normativo de direito com fundamento basilar no princípio da legalidade, o qual, por sua vez, estrutura o Estado Democrático de Direito, regime político brasileiro. Para o doutrinador supra mencionado, ao adotar o garantismo penal, o jurista deve privar pelos preceitos constitucionais a fim de amenizar o conflito existente entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do cidadão, sendo este reputado bem inatingível, suscetível da proteção do Estado e garantido por lei constitucional (FERRAJOLI, 2010).

Colhe-se, ainda, dos ensinamentos de Badaró (2003, p. 283/284):

O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.

Ao delimitar o objeto do juízo, Ferrajoli procurou não apenas preservar a inocência do acusado, mas garantir a liberdade do indivíduo, porquanto se trata de uma garantia constitucional há muito consolidada em nossa Constituição, sendo que “a culpa, e não a inocência deve ser demonstrada, e é a prova da culpa - ao invés da inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo” (FERRAJOLI, 2010, p. 505). Consoante complementa Delmanto Júnior (2001, p. 67/68):

O direito à presunção de inocência, portanto, afigura-se como uma pilastra de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, abrangendo como referido não só a questão do ônus da prova, mas, também, a inadmissibilidade de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição de acusado, do direito ao resguardo de sua imagem, ao silêncio que não importa em admissão de culpa, a local condigno que lhe seja destinado na sala de audiência ou no plenário do júri, ao não uso de algemas, salvo casos excepcionalíssimos e, por um fim, a cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória [...]

Assim, diante do breve contexto histórico exposto, e, ainda, considerando-se os apontamentos pertinentes à adoção de tal garantia no ordenamento jurídico pátrio, pode-se dizer que se trata de uma conquista de suma importância para o Direito Penal, e principalmente, para a esfera dos Direitos Humanos. Como bem assevera Goes de Souza (2004, p. 60):

Verificamos que pelo princípio da presunção de inocência, o que realmente se pretendeu foi defender os acusados dos excessos que decorrem da suspeita de culpabilidade, tutelando-o contra os rigores próprios da atividade inquisitiva e não da prisão provisória arbitrária.

Pode-se ver, também, que não tão-somente houve garantias no que condiz ao tratamento imposto ao réu, mas, sobretudo às outras garantias decorrentes da presunção de inocência, tal como o ônus da prova durante o processo penal, a busca da verdade legal, a exigência de que as sentenças sejam devidamente fundamentadas, entre outras garantias referentes à privacidade, à imagem e à honra do indivíduo, sendo importante ressaltar que todas essas demais conseqüências guardam estrita ligação com os princípios constitucionais do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

## **2.2 Conceito de presunção de inocência e seus aspectos processuais**

O princípio da presunção de inocência estabeleceu novos critérios para decretação da prisão do réu garantindo maior dignidade ao acusado. Entretanto, a Constituição Federal admite a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, desde que preenchidos certos requisitos descritos em lei, não podendo olvidar que, “a regra é que o réu responda o processo em liberdade, pois, se deve receber o tratamento de inocente, não há motivo que justifique sua prisão” (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 84). Nesta esteira, complementa Goes de Souza (2004, p. 61):

Quando o inciso LVII do Art. 5º da Constituição Federal estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, é inquestionável que não se afirma que o acusado deva em todo o transcorrer da investigação policial e do processo judicial, permanecer livre e que nenhum poder cautelar possa ser contra ele, exercido.

Dessa forma, mesmo diante do princípio da presunção de inocência e em determinadas condições previstas em lei, nosso ordenamento autoriza a prisão durante o trâmite do processo. Resta esclarecer, portanto, qual o significado de “presunção de inocência”.

A necessidade de inserir um princípio garantidor da liberdade do acusado surgiu a partir do século XVIII, principalmente em razão dos abusos cometidos pelo Estado Absolutista. Segundo o entendimento de Santos (2004, p. 75):

O princípio da presunção da inocência revela claramente a nova face do Estado após a Revolução Francesa visto que, no modelo absolutista, podia

se constatar um exacerbado peso no poder da acusação calcado na fórmula inquisitorial. Desta maneira, tomando o acusado previamente por culpado e obviamente como aquele que feria o interesse do Estado (...) o pressuposto da culpa era o dogma, e a inocência provada era situação rara dentro do contexto do absolutismo.

Saturados das atrocidades cometidas pelo método inquisitorial, surgiram alguns movimentos em busca da reforma do processo penal. Nesse sentido, podem-se citar os estudiosos da Escola Clássica (FERRI, 2006), os quais buscavam maiores garantias aos acusados, e, conseqüentemente, maior segurança jurídica na aplicação da lei. Ademais, havia um forte anseio pela separação das funções, posto que, era o mesmo juiz que acusava, defendia e aplicava a pena (NETTO, 2003, p. 25):

É ele [o juiz] quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas (na origem), a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito, nenhuma garantia se confere ao acusado.

Portanto, o sistema inquisitorial revelava-se deficiente e impregnado de injustiças. Ao tratar do sistema inquisitório, Netto (2003, p. 25) expõe que “nele, não há o contraditório, e, por isso mesmo, inexitem as regras de igualdade e de liberdade processual”. Assim, o surgimento do princípio da presunção de inocência teve início com o movimento iluminista, que teve à frente, dentre outros, o Marquês de Beccaria, Voltaire, Montesquieu, Rousseau.

A partir daí, com o advento do princípio da presunção de inocência, a prova passou a ganhar novas dimensões, devendo ser plena e inteira, necessitando, para tanto, que a colheita das provas fosse baseada em fatos juridicamente possíveis. O Estado, enquanto órgão acusador tem como tarefa “produzir a totalidade das provas necessárias para a condenação, com a mais rigorosa precisão”, proporcionando, assim, maior isonomia entre as partes processuais (NETTO, 2003, p. 75). Desse modo, “a culpa do acusado deve ser amplamente demonstrada no curso processual para alicerçar uma condenação, a ponto de não permitir que nenhuma dúvida paire sobre o desfecho da sentença” (CAMARGO, 2005, p. 139). E ainda:

Não obstante, reconhece-se que a prova da culpabilidade do indivíduo cabe exclusivamente ao órgão de acusação, já que o acusado não pode ser obrigado a produzir provas que deponha contra sua inocência, nem tampouco refutar as provas apresentadas pela acusação, regras que compõem o chamado direito ao silêncio. (CAMARGO, 2005, p. 139).

Durante a construção do princípio em comento, dois foram os entendimentos atribuídos à expressão *presunção de inocência*, sendo que, de um lado, a Escola Clássica - cujo expoente máximo era Francesco Carrara - defendia a *presunção de inocência* como “forma de tratamento” ao imputado, e, em contrapartida, as Escolas Positivista e Técnico-Jurídica, representadas por Enrico Ferri e Vincenzo Manzini, defendiam a tese de uma *presunção relativa*, visto que quando se trata de um flagrante delito ou de uma confissão do processo, confirmada por outros dados, esta *presunção* perde a força lógica ou jurídica (FERRI, 2006).

Em outras palavras, segundo a acepção de Ferri e Manzini, tratava-se de um juízo de culpabilidade, já que, provada a culpa do acusado, este perdia o estado de inocente, devendo, portanto, ser tratado como culpado, inclusive, com a aplicação de penas restritivas de liberdade. A existência de um processo criminal já era suficiente para presumir o sujeito como se culpado fosse, sendo o próprio processo o meio pelo qual este dispõe para provar sua inocência (SCHREIBER, 2005). Segundo Camargo (2005, p. 237), Manzini induzia a todos a crença de que:

[...] o Processo Penal não estava a serviço da liberdade do indivíduo, mas era um instrumento aplicado para provar a culpa do acusado, utilizando-se de regras técnicas, de forma a produzir resultados com mínimas margens de erro e arbitrariedade.

Já para a Escola Clássica, durante o trâmite do processo o acusado não poderia ser considerado culpado, sendo que, somente após a sentença penal condenatória transitada em julgado, é que poderia ser atribuído ao sujeito passivo o ônus de culpa (BECCARIA, 2010). Nesse sentido:

[...] a *presunção de inocência* funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. São manifestações claras deste último sentido da *presunção de inocência* a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal. (BADARÓ, 2003, p. 284-286).

Pode-se dizer, assim, que a *presunção de inocência* trata-se de uma prerrogativa que o acusado tem de “receber a devida *consideração* bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado” (GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 224).

Da discussão travada entres as escolas penais italianas, denota-se que a principal divergência girava em torno da terminologia mais adequada, isto é: *presunção de inocência* ou *presunção de não culpabilidade*.

Na doutrina italiana prevaleceu, inicialmente, a posição de que a condição de “não culpável” de quem deve ser julgado não se identifica com a presunção de inocência. Contudo, nunca se conseguiu delimitar em que consistia a distinção, isto é, em que o conteúdo da “presunção de não culpabilidade” seria diferente do da “presunção de inocência”. As expressões “inocente” e de “não culpabilidade” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. Justamente por ser inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas idéias – se é que isto é possível – passou-se a postular a equivalência de ambas fórmulas. [...]. Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. Procurar distinguir ambas é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. (BADARÓ, 2003, p. 282/283).

No Brasil, vige o princípio da *presunção de inocência*, pois como a Convenção Americana de Direitos Humanos (incorporada em nosso ordenamento em 1992) expressamente assegura a presunção de inocência, “aqueles que, de forma equivocada, procuram distingui-la da presunção de não culpabilidade terão que concluir que ambas vigoram no ordenamento jurídico brasileiro”. (BADARÓ, 2003, p. 293).

Em consonância com o artigo 8.2 da Convenção Americana, reza o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 2011). Logo, todo rigor desnecessário deve ser severamente reprimido pela lei, sendo que a prisão do indivíduo somente torna-se indispensável quando, de fato, este for reconhecido como culpado (VIVELA, 2005).

O acusado deixa de ser um objeto do processo, e passa a ocupar o papel de sujeito de direito dentro da relação processual. Ao inserir a presunção de inocência como forma de tratamento ao imputado durante o trâmite do processo, o legislador brasileiro garantiu ao acusado não tão-somente maior dignidade, mas também “o direito à ampla defesa, o direito de recorrer em liberdade, o duplo grau de jurisdição, o contraditório, entre outros” (MARTINELLI, 2000). Na lição de Santos (2004, p. 76), a presunção de inocência não deve ser tomada somente no momento em que o magistrado analisa o mérito do processo, “mas também em todo e qualquer ato que possa vir em prejuízo do acusado”.

Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência sobre vários enfoques: a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo. [...].

A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. O estado de inocência somente será afastado

com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. (BADARÓ, 2003, p. 284).

Delimitado o significado utilizado em nosso ordenamento jurídico, resta analisar as principais conseqüências processuais do princípio da presunção da inocência frente à aplicação do processo penal vigente.

Da leitura do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, denota-se que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2011). Conforme se infere da leitura do inciso supra citado, o devido processo legal “consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei” (CAPEZ, 2006, p. 254).

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto ao âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). (MORAES, 2008, p. 124).

Pode-se dizer, portanto, que o devido processo legal tem por fundamento garantir ao réu o “contraditório, a plenitude de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais” (SILVA, 2008, p.154).

No sistema inquisitório, somente o juiz detinha o poder de acusar, defender e julgar. Com o advento do princípio da presunção da inocência, já não há mais essa concentração de poder, passando ao Estado a prerrogativa de acusar e, em contrapartida, outro indivíduo (advogado) cumpre o papel de defesa. Portanto, passa o acusado a contar com o instituto da ampla defesa e do contraditório.

É o contraditório que fundamenta a existência da defesa, isto é, que a torna possível. Por força do princípio da ampla defesa, por seu turno, quer a CF que ela seja plena, a mais abrangente em cada caso concreto. Em outras palavras: a defesa precisa ser efetiva. O contraditório torna a defesa possível; a ampla defesa a transforma em efetiva (em defesa plena). Os princípios do contraditório e da ampla defesa são complementares. (GOMES, 2005, p. 17/18).

Acerca da garantia do contraditório, colhe-se do escólio de Fernandes (2007, p. 52):

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenvolvimento da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária,



sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.

Segundo Tucci (2009, p. 175/176), deve-se conceder ao réu ou acusado:

[...] todas as possibilidades de efetivação da ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua *plenitude, com a participação ativa*, e marcada pela *contrariedade*, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou da execução, seja absolutória ou condenatória a sentença proferida naquele.

E ainda:

É a *garantia da ampla defesa*, com todos os meios e recursos a ela inerentes, também, uma das exigências em que se consubstancia o *due process of law*, e especificadamente no processo penal em favor dos “acusados em geral”, ou seja, do indiciado, do acusado e do condenado. (TUCCI, 2009, p.147).

No método inquisitório não há uma preocupação do julgador em analisar as provas, procurando saber sua origem, veracidade e a forma como foi adquirida. Até porque, não há a imprescindibilidade de necessidade da prova, bastando meras alegações para dar início aos interrogatórios e torturas, a fim de conseguir, finalmente, a confissão (BADARÓ, 2003).

Na nova ordem constitucional, sob a égide do princípio da presunção de inocência e em oposição ao método inquisitorial, cita-se o princípio da verdade real, isto é, a ausência de dúvida razoável, sendo que “o processo penal não pode admitir ou se contentar com a verdade formal, ou seja, com a verdade processualizada, mas deve almejar que os autos sejam o espelho fiel do fato ocorrido no mundo da vida” (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 84).

Ademais, o princípio da presunção da inocência não só garante um processo baseado em provas concretas, mas também o direito de o acusado contar com uma defesa técnica, cabendo ao Juiz, depois de colhidas as provas, julgar de forma vinculada a lei. Essa decisão proferida pelo magistrado tem a possibilidade de ser revista, o que nos remete ao princípio do duplo grau de jurisdição. Segundo Mossin (2001, p. 32), “o princípio do duplo grau de jurisdição estabelece a regra pela qual o reexame da causa se faça por órgão jurisdicional de categoria superior ao que proferiu a sentença recorrida”.

Oportuno citar, ainda, a prerrogativa conferida ao acusado de pleitear a revisão criminal, sendo imprescindível, porém, estarem presentes os requisitos elencados no artigo 621 do Código de Processo Penal. Trata-se de um pleito

revisional que tem por escopo revisar “não só o julgamento errado (aquele em que o órgão jurisdicional aplica mal o direito), como também o injusto (em que há má ou distorcida apreciação dos fatos versados nos autos do processo findo)” (TUCCI, 2009, p. 434).

Ressalte-se, ainda, que com o advento da Constituição de 1988 e pela recepção do Pacto de San José da Costa Rica na ordem jurídica interna, se passou a dar maior valor aos direitos fundamentais do acusado, sendo que, com a introdução do princípio da presunção de inocência, as prisões automáticas e obrigatórias foram excluídas do nosso sistema penal (NETTO, 2003). Assim, tem-se que, em regra, o réu deve sempre responder o processo em liberdade, mesmo após uma sentença condenatória, posto que exista a possibilidade de esta decisão ser reformada em instância superior.

Tourinho Filho (2003, p. 221/222) aduz que:

(...) não se pode, pois, presumir que o presumidamente inocente vá fugir... não se pode presumir que o presumidamente inocente seja perigoso. Tais presunções praticamente anulam o princípio constitucional da presunção de inocência. E, assim, sendo presunções odiosas que superam a da inocência, elas afrontam a Lei Maior.

Contudo, há espécies de prisão cautelar que são juridicamente possíveis em nosso ordenamento judiciário. Por prisão, entende-se “a supressão da liberdade individual mediante clausura, em decorrência de flagrante ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente” (FREITAS, 2009, p. 30). Pode ela ser dividida em duas espécies: a prisão-pena - também conhecida como *ad poenam* ou simplesmente prisão propriamente dita - e a prisão sem pena. Esta última contém as prisões cautelares, as quais podem ser chamadas de processual, provisória ou *ad custodiam*. (GONÇALVES, 2004). Ressalte-se que:

Por não constituir antecipação de pena, uma vez que inexistente trânsito em julgado de condenação, toda e qualquer prisão cautelar exige a presença dos seguintes requisitos: indícios suficientes de autoria ou participação – o *fumus boni iuris*; e existência de risco social ou processual – *periculum libertatis*, que nada mais é do que a cautelaridade. (BONFIM, 2007, p. 501)

Assim, tem-se que, somente mediante alguns requisitos previstos em lei, o magistrado, em posse de decisão devidamente fundamentada, poderá decretar a prisão do acusado, devendo adotá-la como medida de caráter excepcional. “O juiz tem que demonstrar que a segregação foi decretada para garantir a ordem pública, a instrução criminal, a ordem econômica ou a aplicação da lei penal” (BEDÊ JÚNIOR;

SENNÁ, 2009, p. 84). Desse modo, a prisão cautelar não afeta o princípio da presunção de inocência, tampouco faz daquele instituto inconstitucional, já que somente poderá ser decretada quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto às garantias decorrentes do princípio da publicidade e ratificadas com a introdução do princípio da presunção de inocência, imperioso abordar o papel da mídia, a qual pode, inclusive, influenciar no modo de vida das pessoas. Diante desse poder de convencimento e de divulgação dos meios de comunicação, muitas vezes um indivíduo respondendo um processo criminal poderia vir a ter sua reputação totalmente destruída por conta das notícias vinculadas pela televisão, rádio, jornal e, mais recentemente, pela internet (MARTINELLI, 2000).

Sob o prisma da presunção de inocência, o acusado tem o direito de ser preservado desse tipo de constrangimento, rompendo, definitivamente, com os resquícios do sistema inquisitório. Nesse sentido, Netto (2003, p. 180) ensina:

A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade, mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer em segredo dela própria. Esse segredo entra no campo da privacidade, da vida privada, e é aqui que o direito à honra se cruza com o direito à privacidade.

Ainda sobre a matéria, cumpre aduzir que nem mesmo o nome do acusado “pode ser exibido, para evitar dano à sua moral. Também, é incorreto utilizar-se de termos como “bandido”, “assassino” ou outros que possam ofender a integridade do imputado” (MARTINELLI, 2000).

Esse tipo de tratamento não mais pode ser usado para com o acusado, motivo pelo qual não foi recepcionado na nova ordem constitucional o artigo 393, do Código de Processo Penal de 1941, o qual dizia o seguinte: “São efeitos da sentença condenatória irrecorrível: I – (...); II – Ser o nome do réu lançado no rol dos culpados” (NETTO, 2003, p. 180). E acrescenta, ainda, que, como “resquício da Idade Média, o rol dos culpados servia para estereotipar o culpado, que era marcado em via pública e exposto à hilaridade dos transeuntes” (NETTO, 2003, p. 180).

Por fim, cumpre esclarecer em que momento cessa a presunção de inocência. Nesse sentido, é a lição de Bedê Júnior e Senna (2009, p. 84), ao aduzir

que “a Constituição Federal expressamente assevera que a presunção de inocência é válida até o trânsito em julgado da sentença criminal”.

Analisados os principais aspectos processuais do princípio da presunção de inocência, passa-se a abordar a função do referido princípio como elemento garantidor.

### **2.3 A presunção de inocência como elemento garantidor**

Entre o século XVII e XVIII, os ideais iluministas, contrariados ao estado absolutista, buscaram legitimar o poder do povo através de um instrumento público e escrito, de modo a reconhecer os direitos da burguesia (QUARESMA, 1999). Com a necessidade de construção de uma Lei Maior, a qual regulasse todas as demais e que tivesse a prerrogativa de assegurar direitos e garantias à sociedade, surgiu a Constituição.

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do Poder, o estabelecimento de seus próprios órgãos e os limites de sua atuação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (SILVA, 2008, p. 37/38).

Diante da qualidade de lei fundamental, pode-se dizer que a Constituição é suprema e suas normas devem estar acima de todas as demais, ao mesmo tempo em que todas essas normas existentes não poderão ir de encontro ao estabelecido na Constituição (QUARESMA, 1999). Contudo, apesar de investida de superioridade perante as demais normas, há casos em que as normas constitucionais podem entrar em conflito. Para melhor interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais foram criadas normas de interpretação.

Para Moraes (2008, p. 11), normas de interpretação são meios pelo qual se busca “a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades políticas”. Nesse contexto surgem os princípios, que, segundo Bittar (1994, p. 46):

[...] são valores que transcendem à ordem positivada do Direito, porque se situam na linha básica da proteção à essência do homem e da consecução de seu desenvolvimento natural e do seu aperfeiçoamento normal, ou seja, no fundo, de seus próprios fins na sociedade.

Assim, princípios são “verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade” (REALE, 2002, p. 60).

A presunção de inocência trata-se de uma garantia constitucional e, portanto, está contemplada no catálogo dos Direitos Fundamentais, logo no início da Constituição, no primeiro capítulo, após o preâmbulo e os princípios fundamentais.

Segundo Canotilho (2003, p. 280), os direitos fundamentais “são um elemento constitutivo” do Estado de Direito. Ferrajoli (2010) os entende como todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente às pessoas humanas.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, e como tal, deve proporcionar ao povo, primordialmente, todos os direitos previstos quando da promulgação da Constituição, através de garantias por esta também prevista. Segundo Ferrajoli (2010, p. 693), o Estado Democrático de Direito “reflete além da vontade da *maioria*, os interesses e necessidades de *todos*”. E ainda (FERRAJOLI, 2010, p. 689/690):

[...] o Estado Democrático de Direito é “entendido como sistema de limites substancial impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais”, cuja manutenção é imprescindível para a convivência harmônica e pacífica na Sociedade.

Dentre as funções dos direitos fundamentais, estes podem ser considerados como direitos de defesa destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público. A aplicação dos direitos de defesa necessita, porém, de que tais direitos sejam reconhecidos, declarados e garantidos (CANOTILHO, 2003). Surgem, então, as garantias constitucionais.

Garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política. (SILVA, 2008, p. 441).

Transportando a ideia de garantias constitucionais para o Direito Penal, tem-se, então, o chamado garantismo penal, o qual pode ser conceituado como um modelo normativo de direito compreendido sobre três aspectos: epistemológico, político e jurídico (FERRAJOLI, 2010, 684):

[...] sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que conforma normatividade.

Portanto, o garantismo penal funciona como uma solução ao desenvolvimento das divergências entre a “normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores” (FERRAJOLI, 2010, p. 683).

Nesse contexto, pode-se afirmar que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, trata-se de uma limitação ao *jus puniendi* do Estado. Tal dispositivo pode ser classificado não tão somente como um direito, mas acima de tudo como uma garantia, que, sob a lógica do garantismo penal, confere ao indivíduo a prerrogativa de invocar sua aplicação imediata sempre que o Estado ultrapasse os limites dos direitos individuais (CANOTILHO, 2003).

Para Lopes Júnior (2009, p. 47) “a presunção de inocência é um princípio reitor do processo penal constitucional e democrático, podendo-se perfeitamente avaliar o grau de civilidade do processo a partir do seu nível de eficácia”. É, portanto, uma espécie de dever de tratamento, já que obriga que o réu seja tratado como se inocente fosse. Neste sentido, assevera Ferrajoli (2010, p.689/690):

Nem se quer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra, ou seja privado sem culpa de sua liberdade [...]. A garantia destes direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica [...]

Daí a necessidade de garantir a liberdade ao acusado durante todo o curso do processo, sendo que, somente em casos específicos e observadas as disposições legais pode o indivíduo ser recolhido a uma prisão (GOMES FILHO, 1991).

Ademais, qualquer decisão determinando a prisão do acusado, seja ela em caráter temporário ou já na sentença penal condenatória, deve ser devidamente fundamentada, pois não se trata apenas de uma aplicação seca da lei, mais, sobretudo da supressão de um direito inerte à condição natural do homem, isto é, a liberdade. Somente assim será legitimada a privação da liberdade de quem constitucionalmente deve ser visto como inocente (MORAES, 2008).

Neste sentido, Lopes Júnior (2008, p.177) comenta:

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça.

Neste prisma, “negar o direito à presunção de inocência significa negar o próprio processo penal, já que este existe em função da presunção de inocência, afigurando-se em um Estado Democrático de Direito [...]” (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 64). Sob o enfoque do garantismo penal, “o juiz passa a assumir uma relevante função de *garantidor*, que não pode ficar inerte ante as violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados [...]” (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 162), ainda que para isso tenha que absolver o indivíduo quando não existirem provas plenas e legais.

Segundo o modelo garantista, há duas fontes de legitimação da jurisdição: a verdade do juízo e a liberdade do inocente. Ferrajoli (2010) ensina que tais legitimações estão vinculadas no processo penal garantista, sendo que a verdade é diretamente um valor de liberdade. O processo penal tem, portanto, o objetivo primordial de garantir a liberdade dos cidadãos através da garantia da verdade, sendo ao mesmo tempo instrumento de justiça e de efetivação dos direitos fundamentais (GRECO FILHO, 1998).

Pode-se citar, também, como consequência da função garantidora do princípio da presunção de inocência, a imperiosa necessidade de *igualdade de armas* entre a acusação e a defesa, razão pela qual, não pode a acusação (Ministério Público) abusar do poder a ela atribuído para obter privilégios em detrimento do acusado, uma vez que este, até prova em contrário, deve ser tratado como inocente (GOMES FILHO, 1991).

Neste sentido, ensina Fernandes (2007, p. 51):

A acusação normalmente está afeta a órgão oficial. Tem este todo o aparelhamento estatal montado para ampará-lo. O acusado tem de contar somente com suas próprias forças e o auxílio de seu advogado. Ademais, o direito em jogo no processo penal é a própria liberdade, que só deve ser restringida quando o juiz adquira pleno convencimento de que ficaram inteiramente evidenciadas a prática do crime e a sua autoria.

Assim, considerando o princípio da presunção de inocência como elemento garantidor, afirma-se que a presunção de inocência é uma norma de dever-ser: o indivíduo deve ser considerado inocente durante o processo penal porquanto o ordenamento jurídico brasileiro tem fundamento no Estado Democrático de Direito.

### 3 A LIBERDADE PROVISÓRIA EM CONSONÂNCIA COM AS GARANTIAS INDIVIDUAIS ESCULPIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

#### 3.1 Conceitos e fundamento

Segundo o artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 2011). Trata-se do direito do acusado de não ser preso durante a instrução do processo até seu julgamento e, em razão do caráter provisório – como o próprio nome diz -, pode, a qualquer tempo, ser revogada (GOMES, 2005).

Entre os doutrinadores, há aqueles que a denominam de *custódia*, ao passo que outros preferem chamá-la de *contracautela*. A divergência decorre de que, no primeiro, trata-se da forma utilizada para diferenciá-la da prisão decorrente de sentença transitada em julgado, a qual aplica a pena. Contracautela, por sua vez, seria àquela decorrente de fiança (ROCHA; BAZ, 2000).

A denominação *liberdade vinculada*, segundo Tucci (2009, p. 261/262), refere-se a medida preventiva de natureza cautelar, concedida ao acusado para fins de assegurar a “sua liberdade pessoal, física, numa parte ou em todo o transcorrer do procedimento instaurado”. Diz-se vinculada porquanto, uma vez que corresponde a uma medida alternativa da prisão provisória, necessário se faz a imposição de alguns deveres de caráter processual em contrapartida à concessão legal. Segundo Greco Filho (1998, p. 261) pode-se dizer que os casos de liberdade provisória “têm, sempre, como antecedente, uma hipótese de prisão provisória, que é substituída por ela, por que a lei considera a prisão processual desnecessária”.

Outro não tem sido o entendimento de Feitoza (2006, p. 705), que define liberdade provisória como um instituto processual que “substitui a prisão em flagrante, se presentes determinados pressupostos de concessão e sob determinadas condições de manutenção da liberdade”, sendo que, o descumprimento de tais condições “acarreta a revogação da liberdade e a restauração da prisão em flagrante”.



Desse modo, ocorrendo certas hipóteses previstas em lei, pode a liberdade provisória ser revogada e o acusado recolhido à prisão, conforme se infere do ensinamento de Rangel (2007). Para Greco Filho (1998, p. 261) “da mesma forma que os casos de prisão provisória trazem a presunção de necessidade, os de liberdade provisória trazem a de desnecessidade”.

Segundo Tourinho Filho (2006, p. 535), liberdade provisória trata-se de uma medida intermediária entre a prisão provisória e a completa liberdade, isto é:

[...] antes de ser definitivamente julgado, aquele que cometeu a infração penal nem fica preso nem tampouco desfruta da inteira liberdade. Ele assume uma série de compromissos que, de certa forma, privam-no da total liberdade. Concluído o processo e absolvido por sentença transitada em julgado, desfazem-se os compromissos e sua liberdade se torna completa.

Para Rangel (2007, p. 653), trata-se de “um direito constitucional que não pode ser negado se estiverem presentes os motivos que a autorizam”. Desse modo, a primeira observação que se pode fazer enquanto direito constitucional, é que a liberdade provisória é um direito fundamental, porquanto está prevista no Título II da Constituição Federal, o qual trata *dos direitos e garantias fundamentais*.

Nesse sentido, e de acordo com Silva (2008, p. 178), os direitos fundamentais “são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Conforme destaca Canotilho (2003), uma das finalidades dos direitos fundamentais é proteger os direitos do Homem contra os atos do Governo.

Colhe-se daí a importância dos princípios constitucionais, ressaltando-se que, frente à hipossuficiência do indivíduo perante o Estado, deve ser aplicado o princípio mais benéfico, ainda mais quando se tratar de conflito no âmbito do direito penal e processual penal, que é regido pelo princípio *in dubio pro reo*. Segundo Mirabate (2006, p. 42), “para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*)”.

A segunda observação que se faz é que a liberdade provisória tem aplicação imediata, conforme preceitua o artigo 2º do Código de Processo Penal, visto que é uma norma de natureza jurídica processual (RANGEL, 2007). Ademais, trata-se de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º da Constituição Federal, sendo, portanto, considerada ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-la.

Por fim, como sucedâneo da prisão provisória, o fundamento da liberdade provisória “repousa na circunstância de que ela também assegura a presença do réu ao processo, sem o vexame, a humilhação ou mesmo o sacrifício do cárcere” (TOURINHO FILHO, 2006, p. 539).

Ressalte-se que, “antes da edição da Lei 6416/1997 e da promulgação da Constituição Federal de 1988 vigorava uma inversão de valores, pois a liberdade provisória é que era considerada medida de exceção” (PELLIZZARO, 2006). De igual modo é o ensinamento de Oliveira (2008, p. 469), ao aduzir que “a liberdade provisória, àquele tempo, era uma exceção à regra da prisão, concedida mediante certas garantias, não como direito do preso, mas como faculdade do Poder Público”.

Com a inserção do parágrafo único ao artigo 310 do Código de Processo Penal, bem como através da consagração constitucional dos princípios da presunção de inocência, devido processo legal, dignidade da pessoa humana, entre outros, “a liberdade provisória passou definitivamente a ser a regra, sobrepondo-se à prisão processual, segregada esta aos casos de justificada necessidade” (PELLIZZARO, 2006). Tourinho Filho (2006, p. 535) ressalta que a Constituição Federal permite a restrição da liberdade desde que tal restrição se faça “dentro no limite do indispensável, do necessário, e, assim mesmo, cercada de reais garantias para que se evitem extra limitações do Poder Público”.

Nesse sentido, Nucci (2007) ensina que ao conceder a liberdade ao indiciado que não necessita ficar segregado, há uma homenagem ao princípio da presunção de inocência, o qual está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, com os demais princípios constitucionais penais. Rocha e Baz (2000, p. 39), por sua vez, ressalva que o princípio tem sido aceito como “base norteadora dos limites de repressão penal estatal, sem, contudo ser admitido como absoluto insusceptível de abrandamentos de acordo com a necessidade social de combate a criminalidade”.

De qualquer modo, dentro dos limites do razoável, todas as legislações

[...] têm procurado substituir a prisão provisória por outras medidas, por outras providências que sejam menos prejudiciais ao cidadão e que, de certo modo, atinjam a mesma finalidade, evitando, tanto quanto possível, a invasão inecessária da sua liberdade pessoal. (TOURINHO FILHO, 2006, p. 535).

Entre os princípios constitucionais penais, destaca-se, ainda, o princípio da legalidade, “segundo o qual, preenchidos os requisitos da lei, tem o réu o direito

subjetivo à liberdade provisória, não ficando sujeito à discricionariedade do juiz” (FERNANDES, 2007, p. 309).

Da leitura do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, denota-se que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]” (BRASIL, 2011). Nas hipóteses de prisão em flagrante, “deve o magistrado especificar as razões que ensejam a adoção da medida de exceção, que é a constrição da liberdade” (COSTA, 2011).

Para Fernandes (2007, p. 302), por força do princípio da legalidade, “só será possível negar a liberdade provisória se o acusado incidir em alguma vedação legal ou não satisfizer os requisitos”. Como bem assevera Rocha e Baz (2000, p. 39):

[...] a lei é o parâmetro fundamental da fixação das hipóteses em que pode o indivíduo ser mantido sob custódia provisória do Estado, bem como ser posto em liberdade, após ter sido preso, mediante a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Importante frisar que a segregação do acusado no curso do processo deve atender ao interesses acautelatórios deste. Portanto, para cercear a liberdade do indiciado, deve-se analisar se não foram preenchidos os requisitos necessários à concessão da liberdade provisória, bem como se não se trata de uma das hipóteses legais autorizadas da prisão preventiva, já que a liberdade provisória não é um benefício, a critério do juiz, pelo contrário. Deve ela ser encarada como um direito, já que “a liberdade é a regra, a exceção é a sua privação nos termos da lei” (RANGEL, 2007, p. 653).

[...] cabe ao magistrado, recebendo a cópia do flagrante, deliberar sobre a liberdade provisória, que é um direito do indiciado, desde que preencha os requisitos legais. [...] Não tendo sido concedida de início, pode o juiz rever sua anterior decisão a qualquer tempo, inclusive durante o andamento da instrução processual. (NUCCI, 2007, p. 583).

Quanto a contexto histórico, tem-se que a liberdade provisória teve origem entre os povos gregos e romanos, entretanto, somente foi de fato reconhecida com a troca do sistema acusatório pelo inquisitivo, o qual representou um maior reconhecimento dos direitos individuais dos cidadãos (ROCHA; BAZ, 2000).

Inicialmente, sua concessão estava atribuída ao poder discricionário do magistrado, sendo que, antes da era imperial

[...] nos casos em que o crime não atentasse contra a segurança do Estado, o imputado poderia obter o benefício de defender-se em liberdade, pagando

uma fiança ou apenas prestando compromisso pessoal de comparecer aos atos processuais, se fosse pobre. (ROCHA; BAZ, 2000, p. 20)

Se prestada a fiança e “o imputado deixasse de comparecer, quando chamado, sem apresentar as escusas razoáveis, era detido, retornando ao cárcere” (TOURINHO FILHO, 2006, p. 540).

Ora, caso fosse determinada a prisão do réu e este não fosse encontrado, seus bens eram confiscados e lhe era negado o direito de permanecer em território. Tal medida era comumente aplicada na Roma, a qual era conhecida como interdição da água e fogo (*aqua et igni interdicere*) (ROCHA; BAZ, 2000). Para os crimes cometidos contra a segurança do Estado, permitia-se ao imputado abandonar a cidade, já que, naquela época, “abandonar o sagrado solo da pátria equivalia à própria morte” (ROCHA; BAZ, 2000, p. 21). Já na Grécia, ressalvada as hipóteses de peculato e conspiração contra a ordem pública, o acusado ficava em liberdade “mediante caução ou fiança de três cidadãos, responsáveis pelo seu comparecimento em juízo” (TOURINHO FILHO, 2006, p. 541).

No ordenamento jurídico penal brasileiro, pode-se dizer que:

[...] a liberdade provisória ora se concedia mediante uma *caução de bens* (nossa atual fiança), ora sob compromissos de terceiros, os chamados “fiéis carcereiros”, ora como privilégio, como “homenagem” (em que o cidadão lograva “livrar-se solto” sob palavra), e, finalmente, por meio das chamadas “cartas de seguro”. (TOURINHO FILHO, 2006, p. 541)

Em 1832, com a vigência do Código Criminal do Império, houve a revogação da maioria das modalidades de liberdade provisória, exceto a fiança, como garantia individual do cidadão, limitadora do poder de coerção estatal. (OLIVEIRA, 2000). Rocha e Baz (2000, p. 21) ensina que:

O art. 113 daquele estatuto processual expressamente admitiu apenas a fiança como forma de liberdade provisória, abolindo as demais. Já a Constituição do Império, no art. 170, §9º, assegurava a liberdade provisória mediante fiança.

Oportuno ressaltar, por fim, que as Ordenações Afonsinas já contemplavam a fiança como “uma faculdade concedida ao réu de permanecer em liberdade mediante a prestação de caução” (ROCHA; BAZ, 2000, p. 21).

À luz da Constituição Federal de 1988, a liberdade provisória tem amparo não tão somente no artigo 5º, inciso LXVII, mas também se fundamenta no direito de locomoção, consubstanciado no inciso XV do mesmo dispositivo constitucional, bem como no inciso LXI, o qual prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito

ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]” (BRASIL, 2011).

Desse modo, pode-se ver que por força dos dispositivos supracitados, e, sempre que presentes os requisitos que a autorizem, tem o indivíduo o direito subjetivo à liberdade provisória, sendo vedada, portanto, somente nos casos em que a lei, de forma expressa, permita a prisão.

### 3.2 Modalidades

Há, em nosso ordenamento jurídico, três tipos de liberdade provisória: a) liberdade provisória vinculada sem fiança (arts. 310, § único, e 350 do CPP); b) liberdade provisória sem fiança e sem vinculação (art. 321 do CPP); e, por fim, c) liberdade provisória mediante fiança (e, conseqüentemente, com vinculação), prevista nos arts. 322 a 324 do CPP (RANGEL, 2007). Tais modalidades serão oportunamente analisadas, em especial, nos subitens seguintes.

Ressalta-se ainda, que, segundo a classificação de Capez (2006), a liberdade provisória pode ser: a) *obrigatória*, nos delitos em que o réu se livra solto (art. 321 do CPP); b) *permitida*, quando o legislador deixa a critério do juiz a concessão do benefício, que fica condicionado à comprovação da presença de excludentes da culpabilidade ou da antijuridicidade (art. 310, *caput*, do CPP), da ausência dos requisitos da prisão preventiva (art. 310, § único, do CPP) e, por fim, da demonstração da impossibilidade do pagamento da fiança (art. 350 do CPP), e c) *vedada*, como nos chamados delitos inafiançáveis (arts. 323 e 324 do CPP).

Contudo, “tal classificação não possui valor prático, pois partindo-se do pressuposto de que a liberdade provisória é um direito do acusado e não um mero benefício, ela sempre será obrigatória, restando prejudicada a classificação” (PELIZZARO, 2006 apud GRECO FILHO, 1999. p. 261).

Aqui, estudar-se-á a classificação adotada por Rangel, conforme acima citado.

### 3.2.1 Liberdade provisória vinculada sem fiança

A doutrina é unânime em conceituar tal modalidade como àquela em que o Juiz - e somente ele -, a concede “sem qualquer garantia de natureza pecuniária, exigindo, apenas, do indiciado ou réu, o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação” (TOURINHO FILHO, 2006, p. 541/542).

A primeira hipótese está inserida no artigo 310, *caput*, do Código de Processo Penal, o qual, “permite ao juiz conceder ao autor do fato liberdade provisória vinculada, sem prestar fiança, desde que sua conduta se encaixe no art. 23 do CP, ou seja, desde que haja *fumus boni iuris* de que sua conduta é lícita” (RANGEL, 2007, p. 654).

Esse entendimento pode ser interpretado de modo que, quando houver nítida impressão ao juiz de que o preso agiu dentro de uma das hipóteses do artigo 23 do Código Penal, “deve permitir que aguarde o seu julgamento em liberdade, não tendo o menor sentido mantê-lo preso. Falta, neste caso, para a sustentação da medida cautelar, o *fumus boni iuris*” (NUCCI, 2007, p. 583).

Colhe-se da doutrina, ainda, que esta modalidade de liberdade provisória permite a sua concessão até mesmo nas hipóteses de crime inafiançável, já que, segundo Bonfim (2007, p. 479), “o que não se admite nesses casos é a concessão da liberdade *mediante fiança*, não se vedando o benefício em si quando este não depender da fiança”. Nesse sentido complementa Tourinho Filho (2006), ao aduzir que da leitura da redação do *caput* do artigo 310, pode-se concluir que a liberdade provisória será admitida independente da natureza da infração, pouco importando tratar-se de infração afiançável ou inafiançável.

Desse modo, havendo fortes indícios de que há alguma das excludentes da ilicitude, melhor colocar a pessoa em liberdade do que segurá-la detida. Conforme Nucci (2007, p. 583), “o ideal é que o magistrado faça isso o mais breve possível, justamente para impedir que pessoas, sob o manto protetor das excludentes [...] permaneçam encarceradas”. Para Rangel (2007, p. 654), “se o autor do fato agiu de acordo com o direito, não há motivos para que o mesmo permaneça preso”.

Como já referido anteriormente, o *caput* do artigo 310 do Código de Processo Penal trata da primeira hipótese de liberdade provisória sem fiança, sendo

concedida quando o juiz verificar que há alguma das excludentes de ilicitude. Há, entretanto, uma segunda hipótese, consubstanciada no parágrafo único do mesmo dispositivo legal. Nesse caso, também será concedida a liberdade provisória vinculada sem fiança, independente da natureza da infração (inafiançável ou afiançável), “se o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva” (TOURINHO FILHO, 2006, p. 545).

Do mesmo modo que, verificada a ocorrência de alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, não há fundamento para a medida cautelar - já que ausente o *fumus boni iuris* -, de igual modo não há *periculum in mora* quando o juiz constatar não existirem os requisitos para a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP) (NUCCI, 2007). Rangel (2007, p. 656), de forma sucinta, explica que “se a conduta do réu amoldar-se no art. 23 do CP ou inexistirem razões para prendê-lo preventivamente, a liberdade provisória passa a ser direito subjetivo do réu”.

A terceira e última hipótese engloba aquelas situações em que o juiz verificar a impossibilidade do réu prestar fiança nos casos em que ela couber. Neste caso, deverá o acusado sujeitar-se às obrigações previstas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal (BONFIM, 2007). Tal hipótese está prevista no artigo 350 do Código de Processo Penal, sendo que, para a concessão do benefício, deve o magistrado apreciar a existência de três requisitos legais, isto é, o estado coercitivo ou sua iminência; a afiançabilidade da infração e, por fim, a prova de miserabilidade do réu, consubstanciada no artigo 31, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal (TOURINHO FILHO, 2006).

Apesar de incluída na modalidade de liberdade provisória vinculada, sem fiança, Rangel (2007) ensina que tal hipótese (miserabilidade jurídica) somente poderá ser concedida se o crime for afiançável, pois, do contrário, deverá ser tratada pelo artigo 310 do estatuto processual. Quanto às obrigações, diferente do artigo 310, aqui o réu deverá cumprir aquelas descritas nos artigos 327 e 328:

1ª) comparecer perante a autoridade (policial ou judicial) sempre que for notificado; 2ª) proibição de mudar de residência sem prévia autorização de autoridade processante [...] e 3ª) proibição de ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência sem comunicação prévia do lugar em que será encontrado. (RANGEL, 2007, p. 657)

O entendimento doutrinário é no sentido de que, “diante dessas hipóteses, estará o juiz obrigado a conceder a liberdade provisória ao indiciado ou

réu” (BONFIM, 2007, p. 479). Repita-se: a expressão *poderá*, dita no artigo 310 do Código de Processo Penal, “não expressa faculdade, mas, um dever do juiz, se estiverem presentes os motivos que ensejaram a medida. O autor do fato tem o *direito subjetivo processual* de aguardar o julgamento em liberdade” (RANGEL, 2007, p. 654).

Por fim, cumpre ressaltar que se usa o termo liberdade provisória “porque, se o réu descumprir a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, ela será revogada” (RANGEL, 2007, p. 654). Portanto, mesmo livre, o réu fica preso ao processo. Nesse sentido, colhe-se do ensinamento de Mirabete (2006, p. 405) que, “concedida a liberdade deve se lavrado termo, obrigando-se o condenado a comparecer a todos os termos do processo, única vinculação exigida, sob pena de revogação do benefício e restauração da prisão em flagrante.”

Nucci (2007) ensina que o acusado ou réu, ao receber o benefício da liberdade provisória, deve assinar um termo de comparecimento, no qual terá ciência de que sua falta implicará na revogação da liberdade, restaurando-se a força prisional do flagrante. Contudo, se o indiciado justificar, plenamente, o seu não-comparecimento, a liberdade provisória deverá ser mantida (TOURINHO FILHO, 2006).

### **3.2.2 Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação**

Essa modalidade de liberdade provisória está prevista no artigo 321 do Código de Processo Penal, podendo ser concedida em duas hipóteses, quais sejam, quando a infração seja punida, exclusivamente, com pena de multa (inciso I) ou que a pena privativa de liberdade não exceda três meses (inciso II) (RANGEL, 2007).

É a expressão utilizada pela lei processual penal para denominar a modalidade de prisão que não tem força para segurar o indiciado no cárcere, tendo por regra a menor importância da infração penal por ele cometida. (...) São os casos descritos no art. 321 do Código de Processo penal (NUCCI, 2007, p. 537).

Para Bonfim (2007, p. 502) há, ainda, duas situações:

[...] nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, não haver sido o réu condenado por outro crime doloso, em sentença anteriormente



transitada em julgado ou, qualquer caso, não houver no processo prova de ser o réu vadio (art. 323, III e IV, c/c art. 321 do CPP).

Colhe-se do escólio de Tourinho Filho (2006, p. 555) que, nesses casos, considerando a minimidade da pena cominada à infração, “a liberdade provisória é obrigatória, sem que o indiciado ou réu seja obrigado a prestar fiança ou mesmo se sujeite a qualquer obrigação”.

Conforme se infere do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, em tese, a contravenção é geralmente a infração, no tipo penal, que comporta a previsão isolada de multa (NUCCI, 2007). Desse modo, “se a infração é tão insignificante que, mesmo a título de pena, o legislador cominou simples multa, é exagero permitir o encarceramento provisório” (TOURINHO FILHO, 2006, p. 556).

Na verdade, essa hipótese legal, contemplada na lei como sendo caso de liberdade provisória, a rigor seria liberdade definitiva pela sua natureza, visto como a infração penal, na espécie, é daquela que não comportam qualquer cominação de pena privativa de liberdade, vale dizer, o acusado nunca terá sua liberdade constrangida legalmente mercê da infração penal (ROCHA; BAZ, 2000, p. 74).

Em se tratando do inciso II, o acusado livra-se solto, salvo se for vadio ou reincidente em crime doloso. Para Rocha e Baz (2000, p. 74), houve, neste caso, bom senso do legislador, já que

[...] a duração do inquérito policial e posteriormente da ação penal, até a decisão transitar em julgado, contando-se com a eventualidade de recursos legais, inclusive, com certeza [a pena] seria sempre superior a um trimestre, pelo que o acusado permaneceria invariavelmente preso mais tempo pela custódia cautelar do que pela eventual condenação definitiva, a qual nunca seria superior a três meses de pena privativa de liberdade.

E ainda:

Justifica-se o dispositivo eis que, diante do tempo de duração do inquérito e ação penal, inclusive na fase recursal, certamente o acusado ficaria mais tempo preso em decorrência da prisão provisória do que em função da condenação final que não excederia os três meses de reclusão, detenção ou prisão simples (MIRABETE, 2006, p. 400).

O que se deve ter em consideração ao tratar do artigo 321, são as ressalvas por ele feitas, atentando-se que, no que se refere aos maus antecedentes, o legislador não exigiu o lapso de tempo previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, não importando, portanto, o tempo da condenação anterior, sendo que “é necessário apenas que haja sentença transitada em julgado e que se trate de crime doloso” (RANGEL, 2007, p. 658).

Não se deve confundir, assim, a hipótese do artigo 323, inciso III, do Código de Processo Penal com o que a lei prescreve quanto à reincidência, já que esta, nos termos do artigo 63 do Código Penal, verifica-se “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (BRASIL, 2011).

Já que somente poderá a lei cogitar o cabimento ou não de fiança se houver prisão em flagrante, cumpre citar o que dispõe a Lei n. 9.099/95, a qual, pela redação do artigo 69, parágrafo único, prevê a vedação da lavratura do flagrante se o sujeito comprometer-se a comparecer ao Juizado Especial Criminal (NUCCI, 2007). Do mesmo modo que as hipóteses previstas nos incisos do artigo 321 do Código de Processo Penal, trata-se, aí, do que alguns doutrinadores conceituam como liberdade obrigatória, que, segundo Bonfim (2007), é aquelas situações em que a lei determina que o réu deva livrar-se solto, independente de fiança, em razão de circunstâncias objetivas.

A regra geral, para a modalidade de liberdade provisória sem vinculação e sem fiança é que a liberdade será “imediate e obrigatória, sem sujeição a nenhuma obrigação, não havendo, assim, nenhum dever para o réu” (RANGEL, 2007, p. 658). Considerando, ainda, que a liberdade é a regra e a prisão a exceção, nos casos descritos no artigo 321 do Código de Processo Penal, “cabe a autoridade policial findar a lavratura do auto e determinar a soltura do indiciado, sem necessidade de recorrer ao juiz” (NUCCI, 2007, p. 582).

### **3.2.3 Liberdade provisória mediante fiança**

Sobre a modalidade de liberdade provisória mediante fiança, o Código de Processo Penal estabelece que as infrações penais que admitem caução são aquelas punidas com detenção ou prisão simples e, a *contrario sensu*, aquelas descritas nos artigos 323 e 324 da Lei Processual Penal (RANGEL, 2007). Pode-se dizer que a finalidade da referida modalidade subsiste “como mecanismo de afrouxamento da repressão estatal desencadeada ante a ocorrência de violação da ordem jurídica pelo agente” (ROCHA; BAZ, 2000, p. 113).

Significa dizer que é permitida a liberdade provisória mediante fiança sempre que o juiz não vislumbrar a necessidade de manutenção da prisão diante da ínfima possibilidade de reincidência ou do baixo potencial do ato lesivo (ROCHA; BAZ, 2000). Segundo Tourinho Filho (2006), a Lei Processual Penal não diz quais as infrações que admitem fiança, entretanto, fala-se em permissão. Assim, da leitura do artigo 322 do Código de Processo Penal, extraí-se que “a autoridade policial somente *poderá* conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples” (BRASIL, 2011).

Do mesmo modo que a liberdade provisória vinculada, também há aqui uma vinculação do acusado ao processo, isto porque, segundo Rocha e Baz (2000, p. 113):

[...] o instituto visa substituir a incômoda manutenção da prisão provisória decorrente do flagrante, compensando o perigo a que a sociedade é exposta com a soltura, sopesada a gravidade da conduta com o recolhimento pelo agente de certa quantia pecuniária voltada a mantê-lo adstrito ao processo, sem, contudo, deixar-se de atentar para as suas condições econômicas.

Por fiança entende-se o “pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso de um processo criminal” (NUCCI, 2007, p. 605).

Trata-se de garantia real, independente, portanto, da idoneidade de quem a presta, consistente na entrega de bens ao Estado, com o fim de assegurar a liberdade do indiciado ou réu durante o *persecutio criminis*, e, secundariamente, também para garantir o pagamento de custas processuais e ônus a que estiver sujeito o réu. (BONFIM, 2007, p. 503).

Sabe-se que a fiança é uma espécie do gênero caução, sendo que, entre as formas de caução, há a caução real e a fidejussória. A primeira “consiste na entrega de valores [...], feita pelo autor do fato, ou por terceira pessoa em seu favor, para que possa elidir o efeito coercitivo do ato prisional, defendendo-se de eventual (ou atual) acusação em liberdade” (RANGEL, 2007, p. 658). Já a caução fidejussória trata-se da hipótese em que a garantia dada é pessoal, isto é, “assegurada pelo empenho da palavra de pessoa idônea, de que o réu vai acompanhar a instrução e apresentar-se, em caso de condenação” (NUCCI, 2007, p. 322).

Os termos utilizados para conceituar a caução fidejussória são, na verdade, o verdadeiro conceito de fiança. Contudo, com o passar dos anos, seja pela tradição ou pela falta de técnica do legislador, passou-se a chamar fiança o que na verdade trata-se de uma caução real (RANGEL, 2007).

Assim, em nosso ordenamento jurídico diz-se fiança a garantia real consubstanciada em “depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos de dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou até mesmo em hipoteca inscrita em primeiro lugar” (TOURINHO FILHO, 2006, p. 584). Rejeita-se, portanto, a denominação caução fidejussória e, em consideração a tradição, adota-se a fiança como forma de caução real (ROCHA; BAZ, 2000).

Trata-se de uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso de um processo criminal. Considera-se a fiança uma espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança. (NUCCI, 2007, p. 560).

A finalidade da fiança pode ser dividida em duas, quais sejam, assegurar a liberdade provisória do indiciado ou réu, e garantir o pagamento das custas, da indenização do dano causado pelo crime e também da multa (art. 336 do CPP), lembrando, contudo que, sendo o réu absolvido, ser-lhe-á restituído o valor, nos termos do artigo 337 do Código de Processo Penal (NUCCI, 2007). Nesse sentido, é o ensinamento de Rocha e Baz (2000, p. 114):

O instituto tem por fim assegurar a presença do acusado aos atos do processo e a execução da pena privativa de liberdade. Secundariamente, entretanto, também tem por fim o pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, se o acusado for condenado, mesmo no caso de prescrição depois da sentença condenatória (isto é, a prescrição da pretensão executória do Estado), como dimana do art. 336 e seu parágrafo único do CPP.

Dos termos do artigo 322 do Código de Processo Penal, concluem-se, então, as hipóteses em que poderá ser concedida fiança. Em contrapartida, “não sendo o caso de infração punida com pena de detenção ou prisão simples, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá, em 48 horas, nas hipóteses do art. 323” (RANGEL, 2007, p. 660). A fiança tem sua concessão vedada, ainda, nas hipóteses elencadas no artigo 324 do Código de Processo Penal, ressaltando-se que, neste caso, a fiança torna-se inadmissível.

Ressalte-se, por fim, que “não se pode negar a fiança à não ser nas hipóteses estabelecida na lei, havendo constrangimento ilegal quando é denegada a caução apenas por motivos de política criminal” (MIRABETE, 2006, p. 408).

Analisar-se-á os artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal separadamente.

### 3.2.3.1 Artigo 323 do Código de Processo Penal

O legislador processual penal estabeleceu cinco situações em que a fiança somente será concedida após requerimento ao juiz, sendo que a primeira delas trata dos crimes punidos com reclusão, com pena mínima superior a dois anos (art. 323, inc. I, do CPP). Nesse sentido, Tourinho Filho (2006, p. 565) sustenta que quando a pena mínima ultrapassa 2 anos, “é sinal evidente tratar-se de infração de suma gravidade e, por isso, entendeu o legislador que a fiança deveria ser negada”.

Acerca da hipótese de concurso de crimes, isto é, “quando a imputação feita ao réu for relativa a vários delitos, em concurso material, cuja soma das penas mínimas ultrapassem os dois anos fixados no inciso I, do art. 323” (NUCCI, 2007, p. 607), o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 81, *in verbis*: “Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas cominadas for superior a dois anos de reclusão” (BRASIL, 2011).

Quanto à possibilidade de tentativa, entende-se que se deva reduzir o máximo previsto em lei, isto é, dois terços. Nesse sentido:

Tratando-se de tentativa, deve ser considerada a pena mínima prevista para o delito consumado, com diminuição de dois terços, uma vez que assim se chegará à pena mínima em abstrato efetivamente cominada para a hipótese do crime considerado, em sua forma tentada. (ROCHA; BAZ, 2000, p. 117).

A segunda situação, prevista no inciso II do artigo 323, refere-se às contravenções tipificadas nos artigos 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais. Nestes casos, para fins de concessão de fiança, por tratar-se de infrações penais de menor potencial ofensivo, devem estas ser analisadas sob a ótica da Lei n. 9.099/95, isto é, “se houver flagrante delito e o autor do fato assumir o compromisso de comparecer ao Juizado (ou for ele encaminhado imediatamente), não se imporá prisão em flagrante nem se exigira fiança” (RANGEL, 2007, p. 663).

Como bem assevera Rocha e Baz (2000, p. 120), somente incidirá a vedação prevista no inciso II do artigo 323 quando o autor, ao enquadrar-se no tipo penal descrito nos artigos 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais, for preso em flagrante e “*não for* imediatamente encaminhado ao Juizado e, a par disso, não

*assumir* o compromisso de a ele comparecer, conclusão que se chega interpretando-se *a contrario sensu* o art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95”.

Quanto ao disposto no inciso III do artigo 323, tem-se que não caberá fiança nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado. Em síntese, não se trata aqui da reincidência, “mas, sim, daquele que tem maus antecedentes reconhecidos por sentença transitada em julgado” (RANGEL, 2007, p. 663).

Da leitura da segunda parte do inciso supra mencionado, denota-se, ainda, que o legislador usou a expressão *crime doloso*, pouco importando tratar-se de pena sujeita a detenção ou reclusão. Desse modo, “desde que o indiciado ou réu tenha sido condenado por outro crime doloso, da mesma natureza ou de natureza diversa, vindo a cometer um segundo, também doloso, não fará jus à fiança” (TOURINHO FILHO, 2006, p. 570).

A quarta situação em que há vedação de fiança, prevista no artigo 323, refere-se àqueles casos de vadiagem, conforme se infere do teor do inciso IV, *in verbis*: “em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio” (BRASIL, 2011). Cuida-se, neste caso, “da hipótese do réu que seja ocioso, apesar de apto para o trabalho, sendo este disponível” (NUCCI, 2007, p. 609).

Para Rangel (2007, p. 664), “a razão de ser para se negar fiança ao réu vadio é que este não tem domicílio certo nem renda que lhe assegure meios lícitos bastantes de subsistência, colocando em risco o curso da instrução criminal”. Ademais, há que ressaltar que o réu vadio não tem condições de atingir uma das finalidades da fiança: o pagamento das custas e da indenização do dano e da multa se for condenado, conforme preceitua o artigo 336 do Código de Processo Penal.

No caso do inciso V, não será concedida fiança nos crimes punidos com reclusão; que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça. Aqui, a observação que faz diz respeito à expressão *clamor público* e aos crimes violentos. Quanto a estes, é o ensinamento de Tourinho Filho (2006, p. 572):

Os crimes punidos com reclusão, por si sós, demonstram certa gravidade. Quando da individualização da pena na esfera legislativa, reservou-se a da reclusão para aqueles que transgridem normas protetoras de bens de alta valoração jurídico-social. Por outro lado, se esses crimes são cometidos mediante grave ameaça ou violência física à pessoa (*vis corpore illata*), sua gravidade adquire intenso colorido, e, além disso, o agente se revela um

profundo desajustado no meio social. Daí a severidade da lei processual pena.

Segundo Rocha e Baz (2000), pouco importa se a violência é real ou presumida, sendo que em ambas as hipóteses devem ser consideradas vedada a fiança pelo legislador. Quanto ao clamor público, Nucci (2007, p. 609) ensina que se trata de uma condição supérflua, já que, “se houver clamor público, diante do cometimento do crime, punido com reclusão, abalando a sociedade, de modo a acarretar sério prejuízo a ordem pública, é mesmo caso de decretação de preventiva”. Por clamor público, entende-se “a comoção social, a indignação da sociedade diante daquele comportamento ofensivo a norma penal, é o descontentamento social” (RANGEL, 2007, p. 665).

Pode-se ver, portanto, que cinco são as hipóteses em que a fiança somente poderá ser concedida após requerimento ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas acerca da concessão ou não do beneplácito (art. 322, § único, do CPP).

### **3.2.3.2 Artigo 324 do Código de Processo Penal**

Nos casos do artigo 324, não será, igualmente, concedida fiança, ressaltando-se, contudo, que aqui a fiança é inadmissível, isto é, não há a possibilidade de análise pelo magistrado. São quatro as hipóteses.

O inciso I trata da hipótese de quebra de fiança, isto é, “significa dizer que o beneficiário da fiança deixou de respeitar as condições fixadas pelo juiz para que pudesse aguardar em liberdade o seu julgamento” (NUCCI, 2007, p. 610). Colhe-se do ensinamento de Rangel (2007, p. 666) que “a quebra da fiança consiste no inadimplemento das obrigações, na violação da confiança, na inobservância dos ônus processuais a que está sujeito o afiançado”.

Nessas circunstâncias, havendo o descumprimento das obrigações assumidas, o réu perderá metade do valor caucionado e terá que se recolher a prisão, conforme preceitua o artigo 343 combinado com 350, ambos do Código de Processo Penal. Para Tourinho Filho (2006) a finalidade de recolher à prisão o réu

que quebrou a fiança é conscientizá-lo de que prestara um compromisso muito sério. E ainda:

Como consequência do seu inadimplemento, além de perder metade do valor da caução, nos termos dos arts. 342 e 343 do CPP, deverá ser recolhido ao xadrez. Nova fiança não poderá ser prestada. Se o motivo do quebraimento puder ser identificado como uma das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva [...], uma vez preso, continuará ele impossibilitado não só de prestar nova fiança, como, também, de conseguir o benefício legal previsto no art. 310, parágrafo único, do CPP. (TOURINHO FILHO, 2006, p. 574).

Em regra, a autoridade competente para decretar a quebra de fiança é a judiciária, não podendo nunca ser da autoridade policial, já que de suas decisões administrativas não cabem os recursos previstos no Código de Processo Penal. Em contrapartida, para a decisão que decretar a quebra de fiança cabe recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, inciso VII, da legislação processual penal (RANGEL, 2007).

A fiança será inadmissível, também, em casos de prisão por mandado do juiz cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar. Para Tourinho Filho (2006), há incompatibilidade entre essas modalidades de prisão e a liberdade provisória, isto porque, as modalidades de prisões descritas no inciso II do artigo 324 “tem como objetivo compelir o preso a fazer alguma coisa ou puni-lo disciplinarmente, mantendo-se a hierarquia e a disciplina na instituição a que pertence” (RANGEL, 2007, p. 668).

Ademais, tais modalidades de prisão têm caráter diverso da prisão cautelar, o que, por si só, já justifica a incompatibilidade entre as modalidades de prisão a que se refere o inciso em comento. Extraí-se da doutrina:

São medidas voltadas a pressionar alguém a cumprir uma obrigação (pagamento de alimentos, por exemplo) ou possuem o perfil de sanções imediatas e necessárias para impor a ordem, como é o caso das militares. Enfim, a concessão da fiança frustraria, integralmente, esse caráter de coerção, que elas envolvem. (NUCCI, 2007, p. 610)

A quarta hipótese trata dos beneficiários de *sursis* e livramento condicional, conforme preceitua o inciso III, do artigo 324 do Código de Processo Penal. Segundo Rangel (2007), ao conceder o *sursis* ou o livramento condicional, o magistrado está, na verdade, concedendo uma oportunidade de o réu se ajustar socialmente. Ao cometer novo crime doloso, justificada está a incompatibilidade da



fiança com os benefícios acima mencionados, já que a ressocialização do preso longe está de ocorrer.

Ressalte-se, contudo, que conforme se infere da leitura da última parte do inciso III, “se o segundo crime que ensejou o flagrante for culposo, pode prestar fiança” (TOURINHO FILHO, 2006, p. 582).

Do ensinamento de Nucci (2007, p. 610) destaca-se:

É natural que os condenados, em gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, devem ter comportamento exemplar e prova maior disso é o não cometimento de nova infração penal. [...] A hipótese proibitiva deste inciso é aplicável, especialmente, aos que estiverem em gozo do *sursis* ou do livramento pela prática de crime culposo e, após, cometam outro crime doloso.

Em se tratando de casos em que o juiz verificar presentes os motivos que autorizem a decretação da prisão preventiva, também não serão permitidos a concessão da fiança, configurando, assim, a última situação prevista no artigo 324. Portanto, no caso do inciso IV do referido artigo, a lei reputa que se afigurará desaconselhável a concessão da liberdade, isto porque, entre a liberdade provisória e a prisão preventiva, prevalece a decretação da prisão preventiva, já que, em tese, esta modalidade de prisão caberá quando ocorrer fundado temor de que a permanência em liberdade do acusado atente contra a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a execução da pena (BONFIM, 2007).

O instituto da liberdade provisória mediante fiança, como se pode ver, é complexo e extenso. Haja vista que o objeto deste estudo não se trata tão somente desta modalidade de liberdade, limitar-se-á, aqui, à análise dos artigos acima mencionados.

### **3.3 Prisão Provisória**

Fala-se em liberdade provisória, contudo, há que discorrer, ainda, acerca da prisão cautelar, já que, segundo Tucci (2009), a liberdade provisória é uma medida alternativa ou substitutiva da prisão cautelar. Desse modo, sabe-se que em nosso ordenamento jurídico a prisão é medida de exceção, razão pela qual, deve o acusado responder o processo em liberdade. Vale dizer que, somente após o

trânsito em julgado de sentença condenatória é que se pode impor ao indivíduo uma pena privativa de liberdade. De conseguinte, “a regra deve ser a de que o acusado, presumido inocente, fique em liberdade durante o processo, só se admitindo a prisão em situações excepcionais” (FERNANDES, 2007, p. 354).

Ao tratar da possibilidade de prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado, Mirabete (2006, p. 359/360) ensina que pode ela ocorrer por razões de necessidade e oportunidade.

Essa prisão assenta na Justiça Legal, que obriga o indivíduo, enquanto membro da comunidade, a se submeter a perdas e sacrifícios em decorrência da necessidade de medidas que possibilite ao Estado prover o bem comum, sua última e principal finalidade.

Posto isso, para que haja a privação da liberdade do indivíduo, diante dos direitos fundamentais e individuais previstos na Constituição Federal, a lei estabeleceu os casos em que isso será possível. Trata-se da chamada prisão sem pena, isto é, aquela que não decorre de uma sentença transitada em julgado, sendo encontradas em nosso ordenamento jurídico por meio das chamadas prisões cautelares (GONÇALVES, 2004).

Correta é a denominação de prisão cautelar, eis que exprime de forma mais objetiva a finalidade para qual se dirige, apesar de que comumente é conhecida também como prisão processual, prisão temporária, ou, ainda, prisões *ad custodiam*. São denominadas cautelares em virtude da sua função de resguardar o bom andamento da persecução penal – seja durante a investigação criminal, seja da instrução criminal como um todo -, ou ainda, a própria ordem econômica (PRADO, 2009).

Observe-se que toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão provisória e cautelar. Segundo Oliveira (2008, p. 415), “provisória unicamente no sentido de não se tratar de prisão-pena. [...] Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública”.

Pode-se dizer que a cautelariedade da prisão, decorre, em suma, da necessidade de proteger a sociedade de indivíduo perigoso (cautelariedade social) e garantir o regular trâmite do processo (cautelariedade processual) (BONFIM, 2007). Segundo Lopes Jr. (2006) as medidas cautelares buscam garantir o normal

desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. Trata-se de medidas destinadas à tutela do processo.

Para Fernandes (2007), a atividade cautelar destina-se a garantir a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução, garantindo os resultados e objetivos da jurisdição. De igual modo é o entendimento de Gonçalves (2004, p. 2):

A prisão penal cautelar processual, por outro turno, é aquela decretada pelo juiz e se destina a tutelar os meios e fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final e possibilitar a normalidade da instrução probatória e da ordem econômica. [...] Exige, para ser decretada, a demonstração da presença dos requisitos inerentes a todas as medidas cautelares.

De fato, para ter natureza cautelar, a prisão cautelar necessita de dois requisitos: o *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, o qual se materializa no processo penal pela confirmação da presença de indicadores da existência do crime ou de sua autoria; e o *periculum in mora*, ou perigo da demora, pois com a demora no julgamento e o acusado estando solto pode vir a impedir a solução da causa ou a aplicação de uma possível pena definitiva (FERNANDES, 2007).

Moraes (2008), por sua vez, entende que, para fins de análise da cautelariedade da prisão, não deve o jurista utilizar-se das expressões *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, expressões estas que são usadas no Direito Processual Civil. Isto porque, dentro da sistemática adotada no Direito Processual Penal, o mais adequado, na verdade, são aquelas denominadas *fumus commissi delicti* – prova da materialidade do fato e de indícios de autoria -, e *periculum libertatis*, consubstanciado no perigo da liberdade.

Portanto, as medidas cautelares, por incidir diretamente no direito de liberdade do indivíduo, devem ser aplicadas com muita prudência, sendo que a limitação do arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, está no requisito da necessidade, isto é, no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris* (FERNANDES, 2007).

As espécies de prisão cautelar são previstas taxativamente pela legislação processual penal, de modo que só existem as prisões cautelares expressamente contempladas pela legislação, sendo inadmissível a aplicação de uma medida processual de constrição de liberdade sem prévia previsão legal (PRADO, 2009). Na opinião de Gomes Filho (1991, p. 57):

[...] tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à “legalidade da inteira repressão”, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.

Deste modo, compulsando o Código de Processo Penal, denota-se que a prisão cautelar pode ser dividida em três modalidades: a) prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP); b) prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP); e c) prisão temporária (prevista na Lei n. 7.960/89).

Ressalte-se que, por não constituir antecipação de pena, uma vez que inexistente o trânsito em julgado de condenação, toda e qualquer prisão cautelar exige a presença dos requisitos genéricos da cautelariedade, sem os quais se torna ilegal a decretação de quaisquer espécies de prisão sem pena. (PRADO, 2009).

Pode-se perceber, portanto, que, mesmo que a regra seja a liberdade e a prisão exceção, há, contudo, casos em que, analisados os requisitos da cautelariedade, poderá o indivíduo ter sua liberdade cerceada, sem prejuízo do princípio da presunção da inocência.

## 4 A PROIBIÇÃO DO DIREITO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

### 4.1 Requisitos autorizadores da prisão preventiva

Sabe-se que a prisão preventiva é a principal espécie de prisão cautelar, da qual derivam as demais espécies (LOPES JR., 2006). Martins (2004) define prisão preventiva como um instrumento posto à disposição do Estado-Juiz, a fim de que ele, no exercício da atividade jurisdicional, possa vir determinar o encarceramento do agente, observando-se, contudo, os requisitos da tutela cautelar, bem como aqueles previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Extraí-se do ensinamento de Nucci (2008, p. 602), ao comentar a respeito da prisão preventiva, que “trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”. De arremate, Oliveira (2008, p. 432) ensina que tal espécie “somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade”.

Com efeito, a comprovada e não apenas a alegada necessidade é o que fundamenta a existência da prisão preventiva, sendo que esta necessidade será verificada na análise dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ou, ainda, como preferem alguns doutrinadores, a análise do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (RANGEL, 2007).

Ora, por tratar-se de um cerceamento precoce da liberdade individual, é imprescindível - sob pena de incorrer em ilegalidade da prisão - a existência dos requisitos da tutela cautelar. Indispensável, ainda, àqueles previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Portanto, poderá o indivíduo ter sua liberdade privada - sem prejuízo do princípio constitucional da presunção de inocência - quando a finalidade da medida cautelar fundamentar-se na garantia da ordem pública; por conveniência da instrução criminal; ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (GOMES, 2005). Dessa forma, “para a decretação de medidas cautelares restritivas, perturbando os direitos

fundamentais, em particular, a liberdade, é essencial consolidar-se a *certeza* de sua necessidade” (NUCCI, 2010, p. 245).

Ante as consequências jurídicas – processuais e constitucionais – que decorrem da prisão preventiva, esta só poderá ser decretada pelo juiz competente, o qual deverá fazê-lo por ordem fundamentada e escrita. Ressalte-se, ainda, que, conforme o teor do artigo 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício, mediante requerimento do Ministério Público, pelo querelado, ou, ainda, através de representação da autoridade policial (PRADO, 2009).

Para o controle da eficácia do contraditório e do direito de defesa, bem como de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência, é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um de um processo penal democrático. Nessa linha, está expressamente consagrada no art. 93, IX, da CB. (LOPES JR., 2006, p. 263).

No mesmo norte são as considerações de Gomes (2005, p. 233) ao evidenciar que a prisão preventiva não conflita com a “presunção de inocência quando o juiz fundamenta a necessidade concreta da prisão (evidenciando, com base em fatos provados, a sua imprescindibilidade)”.

Quanto ao momento em que é cabível, denota-se da leitura do artigo 311 do Código de Processo Penal que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva [...]”. Por instrução criminal, entende-se “o período compreendido entre o *interrogatório* do acusado e as *alegações finais*” (RANGEL, 2007, p. 612).

O legislador, por meio do artigo 316 do Código de Processo Penal, limitou o lapso temporal da prisão preventiva, estabelecendo que, verificada a falta de motivo, poderá o magistrado revogá-la, como também poderá novamente decretá-la, se surgirem razões que a justifiquem. (PRADO, 2009). Para Gomes (2005, p. 247), “toda decisão que decreta a prisão preventiva é uma decisão *rebus sic stantibus*, ou seja, a prisão pode ser decretada e revogada quantas vezes for necessário”.

Cumprir citar que, caso seja verificada a ocorrência de qualquer das causas que excluem a ilicitude da conduta típica, tratar-se-á de causa impeditiva de decretação da prisão preventiva, conforme determina o artigo 314 do Código de Processo Penal. Neste caso, basta que o magistrado “ateste sumariamente a

existência de indícios suficientes indicando qualquer das referidas causas excludentes da ilicitude” (PRADO, 2009, p. 250).

Sabe-se que, conforme o artigo 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante as investigações, quanto no decorrer da ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação. Nesse sentido é o teor do artigo 312 do mesmo diploma legal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (BRASIL, 2011).

Ora, para decretar a prisão preventiva deve o magistrado analisar, primeiramente, os fundamentos da prisão cautelar, entre eles a “prova da existência do crime” e “indícios suficientes de autoria”, pressupostos estes previstos na última parte do artigo supracitado. Tais requisitos “constituem o que se poderia chamar de *fumus delicti* ou a aparência de direito, equivalente ao *fumus boni iuris* de todo processo cautelar” (OLIVEIRA, 2008, p. 433). Segundo Lopes Jr. (2006, p. 202):

O *fummus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos autos de investigações levados a cabo, que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menos veemência a comissão de um delito, cuja realização e conseqüências apresentam como responsável um sujeito concreto.

Do exame percuciente das expressões acima contidas, verifica-se que, a prova da existência do crime (materialidade) é a certeza de que ocorreu uma infração penal, já que, segundo Nucci (2008) não se pode determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há dúvidas acerca da existência do evento típico. Quanto ao indício suficiente de autoria, Rangel (2007, p. 615) ensina que “não são provas contundentes, robustas e que gerem a certeza absoluta da autoria do indiciado ou acusado. Bastam apontamentos de que o indigitado ou acusado é o autor do fato”. Dessa forma, equivale dizer que são indicações que o indivíduo *pode ser* o autor do fato.

Comprovada a materialidade do delito, aliado aos indícios de que o acusado é o autor do fato, deve-se analisar se há necessidade e urgência na adoção da medida cautelar.

São os chamados requisitos específicos, isto é: a) garantia da ordem pública; b) da ordem econômica, c) por conveniência da instrução criminal; ou d) para assegurar a aplicação da lei penal. Trata-se do *periculum in mora* (*periculum libertatis*), a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Acerca do assunto colhe-se o seguinte comentário:

Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova) (LOPES JR., 2006, p. 201).

Por derradeiro, antes da análise individual dos requisitos específicos, ressalte-se que são sempre, no mínimo, três requisitos para a decretação da prisão preventiva, a saber: prova da existência do crime (materialidade), indício suficiente de autoria, além de uma das situações descritas no artigo 312 do Código de Processo Penal (NUCCI, 2008).

A primeira situação se refere à garantia de ordem pública, senão vejamos.

Inicialmente, cumpre ressaltar que muitas são as interpretações conferidas a expressão garantia de ordem pública, as quais nem sempre são unânimes, razão pela qual se tornou uma expressão vaga e imprecisa. Busca-se, portanto, na jurisprudência e na doutrina o enquadramento mais apropriado (FREITAS, 2009). Segundo Rangel (2007, p. 613), o conceito de ordem pública tem haver com “a paz e a tranqüilidade social, que deve existir no seio na comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade”. Da mesma forma Nucci (2008, p. 605) ensina que a garantia de ordem pública trata-se da “indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito”.

Ainda, colhe-se do entendimento de Oliveira (2008), ao ressaltar que, ao contrário da finalidade primordial da prisão preventiva, qual seja a proteção do processo penal enquanto instrumento de aplicação da lei penal, a prisão para garantia da ordem pública trata-se de uma proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

Nucci (2008) ensina que também se apura o abalo à ordem pública através dos meios de comunicação, mas não pode ser tão somente por meio de



certos órgãos da imprensa. Segundo o autor, é preciso bom senso para distinguir “quando há estardalhaço indevido sobre determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de divulgação real da intranqüilidade da população, após o cometimento da grave infração penal” (NUCCI, 2008, p 655).

E os notáveis ensinamentos de Oliveira (2008) complementam que a prisão preventiva para garantia da ordem pública somente podem ocorrer em hipóteses de crimes gravíssimos e quando haja riscos de novas investidas criminosas, considerando, ainda, o fato de se constatar uma situação de comprovada intranqüilidade coletiva no seio da comunidade. Outro não poderia ser o entendimento defendido por Prado (2009, p. 246) ao concluir que diante da dificuldade de definir ordem pública:

[...] tem-se entendido que não se deve decretar prisão preventiva pela garantia da ordem pública com base unicamente na credibilidade da justiça; igualmente, a gravidade abstrata do delito, a repercussão do fato na mídia, a opinião pública não servem, por si sós, como fundamento para decretação de prisão preventiva.

Saliente-se, ademais, a prisão para garantir a ordem pública não pode constituir a regra geral, sob pena de afrontar a presunção de inocência do acusado ou indiciado (PRADO, 2009).

Acerca da garantia de ordem econômica, ensina Nucci (2008, p. 607) que, neste caso, a finalidade é “impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou até mesmo órgão do Estado, permaneça em liberdade [...]”. A respeito, Oliveira (2008) registra que se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o seqüestro e a indisponibilidade dos bens possíveis responsáveis pela infração. Na verdade, tal hipótese tem maior relevância para os chamados crimes do colarinho branco, praticados, via de regra, “mediante fraude, em detrimento da ordem financeira, econômica, tributária, etc. que causam ou são capazes de gerar inúmeros prejuízos” (PRADO, 2009, p. 247).

Por força do disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual prevê o devido processo legal, pode-se dizer que daí resulta a terceira situação contida no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Trata-se da conveniência da instrução criminal, isto é, a prisão decretada em razão da perturbação ao regular andamento do processo, que, em tese, ocorrerá, “quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver

intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal” (OLIVEIRA, 2008, 434). Segundo Nucci (2008, p. 607):

A conveniência de todo o processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira escoreita, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva.

O aludido requisito é também característico do *periculum in mora*, ou *periculum libertatis*, visto que “a prisão preventiva tem por escopo resguardar o processo penal propriamente dito, durante a instrução criminal, protegendo principalmente a coleta probatória” (PRADO, 2009, p. 247). A respeito desse mesmo requisito (conveniência da instrução criminal) ensina Rangel (2007, p. 614) que “a custódia cautelar justifica-se com o escopo de se garantir um processo justo, livre de contaminação probatória e seguro para que o juiz forme, *honestamente e lealmente, sua convicção*”.

É verdade que se deve respeitar o devido processo legal para a aplicação da lei penal. Porém, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico, viável é a decretação da prisão preventiva (NUCCI, 2008). Trata-se da garantia de aplicação da lei penal, a qual deverá ser decretada quando:

[...] houver provas seguras de que o acusado, em liberdade, irá se desfazer (ou está se desfazendo) de seus bens de raízes, ou seja, tentando livrar-se do patrimônio com escopo de evitar o ressarcimento dos prejuízos causados pela prática do crime. Ou ainda, se há comprovação de que se encontra em lugar incerto e não sabido com a intenção de se subtrair à aplicação da lei, pois, uma vez em fuga, não se submeterá ao império da Justiça. (RANGEL, 2007, 614).

Evidenciada, portanto, “as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não-aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória” (OLIVEIRA, 2008, p. 434), poderá o juiz decretar a prisão preventiva.

Na suposição de fuga - seja porque o acusado reside perto da fronteira, seja porque é estrangeiro, ou ainda, pelo fato de ser rico -, inviável e ilegal a decretação de prisão preventiva sob o argumento de garantir a aplicação da lei penal, podendo, inclusive, ser sanada pela via do *habeas corpus* (PRADO, 2009).

Há respaldo constitucional para impetrar *habeas corpus* quando a prisão preventiva com fundamento na garantia da aplicação penal justificar-se em meras

especulações de fuga, isto porque é inconcebível a presunção de fuga diante do princípio constitucional da presunção de inocência (ESBICK, 2008). No mesmo sentido é o ensinamento de Rangel (2007, p. 249), ao ressaltar que “a fuga não pode ser presunção judicial, mas sim fruto de elementos nos autos do processo que demonstrem, cabalmente, que o acusado deseja se subtrair à ação da justiça”.

Resta, portanto, evidenciada as hipóteses em que o magistrado poderá decretar o cerceamento antecipado do indivíduo sem prejuízo dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e, sobretudo, da presunção de inocência, princípio este que norteia todo o Processo Penal brasileiro.

#### **4.2 Decisões que concedem o benefício da liberdade provisória**

Da análise minuciosa dos julgados do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à vedação da liberdade provisória no crime de tráfico, observa-se que, apesar de o entendimento majoritário ser no sentido de não concessão do beneplácito, há decisões que, em consideração aos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, permitem que o acusado da prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins responda o processo em liberdade, mesmo diante da vedação legal do artigo 44, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e da inafiançabilidade disposta na Constituição Federal.

De modo geral, as decisões que concedem a liberdade provisória, fundamentam-se, sobretudo, quando a decisão da prisão preventiva não é devidamente fundamentada, isto é, quando não observados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso significa dizer que, diante da inexistência de decisão na qual demonstrada a necessidade da prisão preventiva, pode-se conceder a liberdade ao acusado preso em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes (HC 98.966/SC, rel. Min. Eros Grau, julgado em 02/02/2010).

Colhe-se do voto do Min. Cezar Peluso (HC 97.579/MT, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/02/2010) que:

[...] os institutos da fiança e da liberdade provisória não se confundem, e, conseqüentemente, a vedação constitucional à concessão de fiança aos

acusados por crimes hediondos, ou a eles equiparados, não proíbe a concessão de liberdade provisória sem fiança.

Desse modo, oportuno citar o que dispõe o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, *in verbis*:

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, 2011)

Sabe-se que há, em nosso ordenamento jurídico, basicamente duas espécies de liberdade provisória: a vinculada e a não vinculada, sendo que:

A *liberdade vinculada* abrange a concessão mediante prestação de fiança, assim como a determinada sem essa garantia, nas situações alvejadas nos arts. 310, e seu parágrafo único, e 350 do CPP. E a *não vinculada* às estatuídas nos arts. 321 e 408, §2º, do mesmo diploma legal. (TUCCI, 2004, p. 318).

E ainda:

A liberdade provisória, como gênero, pode apresentar-se como espécie *vinculada* à fiança (liberdade provisória *com fiança*) ou de forma *independente* (liberdade provisória *sem fiança*). As duas modalidades de liberdade provisória têm previsão constitucional no art. 5º, LXVI. (HC 97.579/MT, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/02/2010).

Da leitura do inciso supramencionado, tem-se que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 2011). Segundo o Min., “tem-se aí, de um lado, a proibição da fiança e, de outro, a garantia da concessão de liberdade provisória. A questão é, portanto, precisar o alcance de cada uma dessas normas” (HC 97.579/MT, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 02/02/2010).

Nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o juiz poderá conceder a liberdade provisória quando verificar, pelo auto de prisão em flagrante, “a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)” (BRASIL, 2011). Essa espécie de liberdade provisória é aquela concedida sem fiança.

Ao tratar da inafiançabilidade, Nucci (2007, p. 348) ensina que é a “impossibilidade legal de se estabelecer o benefício da liberdade provisória, com fixação de fiança”. Desse modo, não há óbice para a liberdade provisória sem fiança, isto é, àquelas situações elencadas nos artigos 310, parágrafo único, e 350 do Código de Processo Penal.

Com a edição da Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos, permanece a proibição, apenas, da concessão de liberdade provisória, com fiança, aos autores de delitos hediondos e equiparados (dentre eles, o tráfico ilícito de drogas). Porém, liberou-se o magistrado para a concessão da liberdade provisória, sem fiança. (NUCCI, 2007, p. 349)

Portanto, a vedação constante no inciso LXIII é tão-somente à liberdade sob fiança e da possibilidade de graça ou anistia. Nesse sentido colhe-se do ensinamento de Franco (2007, p. 456/457), citado pelo Min. Cezar Peluso no Habeas Corpus 97.579/MT (Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/02/2010):

O texto constitucional deixa à mostra, para quem quiser ler, que o instituto da liberdade provisória tem uma área de significado bem mais extensa do que a fiança, na medida em que guarda aplicabilidade em relação a infração penal que não comporta fiança. E nisso o legislador constituinte seguiu à risca a doutrina. Não obstante ocorra relação de gênero e espécie entre a liberdade provisória e a fiança, não há possibilidade de fundir ou confundir os dois conceitos. Daí a possibilidade de concessão de liberdade provisória até mesmo nos casos em que a infração penal seja inafiançável.

De igual modo Greco Filho (1990, p. 135) acrescenta que:

Problema que o legislador e o intérprete deverão enfrentar é o de se saber se a proibição de fiança atinge, também, nessas infrações, a liberdade provisória sem fiança, conforme prevista no Código de Processo Penal (art. 310, parágrafo único), hipótese em que o juiz pode colocar o réu em liberdade se, em situação análoga, ele, juiz, não decretaria a prisão preventiva. Essa forma de liberdade aplica-se a qualquer infração penal, inclusive as inafiançáveis [...]. [O] próprio constituinte, em outro inciso, faz a distinção entre liberdade provisória com ou sem fiança (inc. LXVI), de modo que, se desejasse abranger as duas hipóteses com a proibição, teria a elas se referido expressamente.

Desse modo, segundo o entendimento do Min. Cezar Peluso, “a Constituição da República, ao prescrever a *inafiançabilidade* de certos crimes, não estendeu a vedação ao instituto da *liberdade provisória sem fiança*” (HC 97.579/MT, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/02/2010). Ademais, há que se considerar, ainda, os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (HC 100.745/SC, rel. Min. Eros Grau, julgado em 09/03/2010).

Inicialmente, cumpre analisar a liberdade provisória sob o prisma do princípio da presunção de inocência, esculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Sobre o tema, é o escólio de Fernandes (2000, p. 313):

Tanto o preso como o solto devem, em princípio, ser vistos como inocentes. A diferença entre eles é que o primeiro deve ter sua situação alterada, a fim de ser posto em liberdade, enquanto o segundo deve ser mantida a sua

situação, permanecendo em liberdade. [...] Quem foi preso em flagrante, em relação ao qual a possibilidade de condenação é maior, poderá ser liberado, mas ficará, em maior ou menor intensidade, vinculado ao processo.

Segundo Moraes (2004, p. 133) a presunção de inocência é “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”. Em face do aludido princípio constitucional, pode-se dizer que “há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total árbitro estatal” (MORAES, 2004, p. 133).

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. (LOPES JR., 2008, p. 179).

Denota-se que a presunção de inocência não é tão-somente uma garantia constitucional em favor do acusado, mas também como uma segurança social, de modo que todos os cidadãos sejam resguardados por tal princípio de quaisquer penas aplicadas arbitrariamente pelos magistrados. Nesse sentido, nas palavras de Delmanto Júnior (2001, p. 64), “negar o direito à presunção de inocência significa negar o próprio processo penal, já que este existe em função da presunção de inocência, afigurando-se em um Estado Democrático de Direito [...]”.

Da leitura do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, denota-se que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2011). Trata-se do princípio do devido processo legal, o qual é, sem dúvidas, um dos mais importantes do nosso ordenamento jurídico, isto porque, trata-se de uma garantia ao processo:

e quando se fala em processo, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais. (SILVA, 2008, p. 432).

Segundo Tucci (2004, p. 83), o inciso LIV impõe uma asseguaração ao indivíduo envolvido numa *persecutio criminis*, consubstanciada no:

[...] livre acesso ao juiz natural, com o direito de participar, em igualdade de condições com os agentes estatais da persecução penal, e em inafastável contraditoriedade, de todo o iter procedimental, orientado por mecanismos de controle e exatidão de desfecho do processo, num prazo razoável.

Ora, já que é o processo palco no qual devem se desenvolver as atividades do Estado e das partes (FERNANDES, 2000), o princípio do devido processo legal oferece, em suma, duas garantias:

1ª) um garantia material, e não de um direito, que consiste em todo cidadão não poder ser privado de sua liberdade e de seus bens sem um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (CF, art. 5º, LIV), ou seja, é a garantia do justo processo (garantia das partes, do processo, da jurisdição e da ordem constitucional).

2ª) uma garantia procedimental que consiste no prévio conhecimento de regras procedimentais que regulam o justo processo, obrigando, assim, o Estado-Administração de justiça (a Justiça) a respeitá-las. (GOMES, 2005, p. 9)

Diante de tais garantias e considerando a finalidade do devido processo legal, Von Rondow (2002) afirma que referido princípio é, na verdade, “uma cláusula de abertura do sistema na busca por resultados formal e substancialmente justos”.

Há que se discorrer, ainda, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que, além de um princípio constitucional, trata-se, também, de um dos fundamentos da República, já que está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse sentido, colhe-se do ensinamento de Sarlet (2001, p. 110):

Importa considerar, neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

Conforme preceitua Moraes (2004, p. 52):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

Trata-se de um valor irrenunciável, inviolável, inalienável e intangível. Por ser uma condição inerente à pessoa, afirma-se que é um direito irrenunciável, devendo ser reconhecido, respeitado e protegido (SARLET, 2001). Segundo Piovesan (2005) a condição humana trata-se de um requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos.

Pode-se ver, portanto, que a dignidade da pessoa humana trata-se de uma qualidade inerente à pessoa humana, e, exatamente por conta desta condição, o referido princípio “não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo” (SARLET, 2006, p. 60). Ressalte-se, ainda, que:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2001, p.108/109).

Daí a razão pela qual o princípio da dignidade da pessoa humana foi inserido junto ao Título I da Carta Magna, representado, assim, um alicerce para todo o aparato constitucional.

Desse modo, considerando os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, e, ainda, da dignidade da pessoa humana, o Min. Eros Grau assinala que “é inadmissível, ante tais garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado”, e, ainda, impossibilitado de usufruir do benefício da liberdade provisória (HC 100.745/SC, rel. Min. Eros Grau, julgado em 09/03/2010). Colhe-se do voto do Min. no Habeas Corpus 97.579/MT (Rel. Min. Ellen Gracie. DJ julgado em 02/02/2010):

A inafiançabilidade não pode e não deve, por si só, em face dos princípios da presunção da inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal, constituir causa impeditiva da liberdade provisória. A Constituição é uma totalidade, que se supõe não conter em si antinomias, contradições.

E acrescenta:

Inexistem antinomias na Constituição do Brasil. A regra nela estabelecida, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso LXII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. O confronto com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal seria flagrante. (HC 100.745/SC, rel. Eros Grau, julgado em 09/03/2010)

Do exame percuciente dos Habeas Corpus 100.872/MG (Rel. Min. Eros Grau, julgado em 09/03/2010) e 98.103/RS (Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 16/03/2010), denota-se que a fundamentação é idêntica, isto é, foi discorrido sobre a



possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança e, sobretudo, sobre a afronta aos princípios constitucionais acima mencionados.

Ressalte-se que o Min. Eros Grau menciona o princípio da ampla defesa, isto é, o “asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário” (MORAES, 2004, p. 125).

Para Tucci (2004, p. 174), trata-se de “uma das exigências em que se consubstancia o *due process of law*, e especificada no processo penal em favor dos ‘acusados em geral’, ou seja, do indiciado, do acusado e do condenado”. Por derradeiro, é o entendimento de Gomes (2005, p. 19), ao aduzir que “a defesa ampla é a mais abrangente possível. A mais plena possível. Não pode haver cerceamento infundado, sob pena de nulidade do processo”.

Destarte, por haver ofensa aos princípios constitucionais acima citados, há entendimento de que o artigo 44 da Lei de Tóxicos é inconstitucional. Pronunciando-se a respeito, o Min. Eros Grau acentua:

O preceito legal – artigo 44 da Lei n. 11.343/06 -, que veda a liberdade provisória, a ensejar o cumprimento integral da pena sem decisão transitada em julgado, é, repito, flagrantemente inconstitucional. (HC 97.579/MT, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/02/2010)

Além disso, como mencionado inicialmente, o Supremo Tribunal Federal tem concedido a liberdade provisória nos crimes de tráfico quando ausentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312, do CPP). Tem, ainda, deliberado no sentido de que “a simples menção ao caráter hediondo do crime, divorciada de qualquer das hipóteses estatuídas no art. 312 do Código de Processo Penal, não constitui fundamentação idônea para a decretação da custódia cautelar” (HC 98.966/SC, rel. Min. Eros Grau, julgado em 02/02/2010). Acerca do assunto colhe-se o seguinte comentário proferido pelo Min. Eros Grau:

Não obstante, a regra consagrada no nosso direito positivo é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede à exceção somente em situações excepcionais, assinaladas pela demonstração cabal da necessidade da segregação *ante tempus*, impondo-se, contudo, e sempre, ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso cautelarmente, assim permanecendo. (HC 97.579/MT, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/02/2010)

E ainda:

Como se sabe, a custódia cautelar deve ser decretada, segundo o prudente arbítrio do magistrado, pressupondo, a presença da materialidade delitiva e

de indícios suficientes de autoria para a sua decretação. Deve, contudo, guardar relação direta com os elementos fáticos da ação penal no bojo n qual é decretada. (HC 99.717, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 09/11/2010)

Sabe-se que, nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o juiz poderá conceder a liberdade provisória ao réu preso em flagrante delito, quando verifique a não ocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Contudo, quando se trata de crimes considerados hediondos e a ele equiparados, têm-se aí uma subtração do Poder Judiciário ao exame da matéria de fato, uma vez que, nesses casos, a prisão cautelar não dependeria da verificação de concreta necessidade (HC 98.966/SC, rel. Min. Eros Grau, julgado em 02/02/2010). Nesse sentido, é o voto do Min. Cezar Peluso no Habeas Corpus 97.579/MT (Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/02/2010):

A prevalecer a interpretação de que a vedação da liberdade provisória aos crimes considerados hediondos e a ele equiparados decorre da inafiançabilidade constitucional (art. 5º, XLIII, CR), o encarceramento preventivo do acusado durante todo o processo será determinado pela autoridade policial, à luz da qualificação jurídica do fato no momento da lavratura do termo.

Desse modo, o que ocorre é a retirada do poder do Estado-juiz de verificar a necessidade da prisão, caso a caso. “Fica [o juiz] impedido de liberar a pessoa presa em flagrante quando as circunstâncias do caso evidenciar não ser necessária a conduta” (FERNANDES, 2000, p. 322).

Destaca-se a decisão mais recente:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIMINAR QUE CONCEDE A LIBERDADE PROVISÓRIA E POSTERIORMENTE É CASSADA. PRISÃO DETERMINADA NO JULGAMENTO DE MÉRITO DO WRIT IMPETRADO NA CORTE LOCAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO HÁBIL A JUSTIFICAR A SEGREGAÇÃO. VEDAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I – Não obstante a jurisprudência majoritária desta Corte ser no sentido de que no crime de tráfico de entorpecentes não cabe liberdade provisória, o caso dos autos revela excepcionalidade a justificar tal hipótese. II – Paciente que teve liberdade provisória concedida em razão de liminar deferida em habeas corpus, sendo a prisão preventiva determinada no julgamento de mérito da impetração, sem qualquer dos fundamentos elencados no art. 312 do CPP. III – O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. IV – Ordem concedida. (HC 99.717/DF; rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 09/11/2010).

Como se pode notar, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma posição inovadora no que concerne à concessão da liberdade provisória no crime de

tráfico de entorpecentes e drogas afins, fundamentando suas decisões na possibilidade de concessão de *liberdade provisória sem fiança*, quando ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, já que tal modalidade de liberdade provisória pode ser concedida até mesmo nos crimes inafiançáveis.

Note-se, também, que as decisões analisadas têm respaldo não tão somente na inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei de Tóxicos, mas, sobretudo, nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do devido processo legal (arts. 1º, inc. III, e 5º, incs. LIV e LVII, da Constituição Federal)

Resta analisar, portanto, as decisões que não concedem o beneplácito, as quais, mesmo diante do posicionamento de alguns Ministros, continuam sendo a corrente majoritária do Supremo Tribunal Federal.

#### **4.3 Decisões que mantêm a proibição do direito à concessão da liberdade provisória**

O Supremo Tribunal Federal tem majoritariamente adotado o entendimento que o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 - que veda a concessão da liberdade -, é constitucional, independente da fundamentação ou não da decisão que decreta a prisão preventiva, isto porque a proibição decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (HC 104.155/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 21/09/2010). Sobre o tema extraí-se do corpo do Habeas Corpus 102.558 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 13/03/2010):

É sedimentada a jurisprudência atual desta Corte quanto à irrelevância da discussão acerca da existência ou não de fundamentação da prisão em flagrante do acusado de tráfico ilícito de entorpecentes, haja vista que a proibição de liberdade provisória, nestes casos, decorre da inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal e da vedação legal imposta pelo art. 44 da Lei n. 11.342/06.

Nesse sentido, os Habeas Corpus 103.513/GO (Julgado em 24/08/2010), 103.599/RS (Julgado em 31/08/2010) e 104.616/MG (Julgado em 21/09/2010), todos relatados pelo Min. Ricardo Lewandowski.

E ainda:

Apesar de a matéria ainda não ter sido apreciada definitivamente pelo plenário desta Suprema Corte, a atual jurisprudência é firme no sentido de que é legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII, da Carta Magna e da vedação estabelecida no art. 44 da Lei 11.343/06. (HC 104.281/CE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 03/08/2010)

Pode-se ver, portanto, que em suas decisões, o Supremo Tribunal afirma, reiteradamente, que a proibição da liberdade provisória nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins tem amparo na legislação ordinária (art. 44 da Lei de Tóxicos) e, acima de tudo, no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, o qual trata da inafiançabilidade de determinados crimes, *in verbis*:

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, 2011)

Ao tratar do instituto da inafiançabilidade, Nucci (2007, p. 348) ressalta que:

O legislador brasileiro ainda não se deu conta de que o magistrado pode conceder para qualquer crime – exceto para os hediondos e equiparados – liberdade provisória *sem* fiança, desde que não estejam presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Da leitura do artigo 2º, incisos I e II, da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), tem-se que:

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, 2011).

Primeiramente, cumpre fazer um breve esboço histórico de como o tráfico ilícito de entorpecentes passou a equiparar-se aos crimes hediondos.

O uso de substâncias alucinógenas, entorpecentes e afins é tão antigo quanto o próprio ser humano, e sempre apareceu, na história da humanidade, como parte de rituais mágicos e religiosos, além de serem utilizados para fins medicinais. Com a popularização da maconha, a qual foi fortemente difundida entre os movimentos culturais da década de 60, houve um considerável aumento do uso de entorpecentes, o que fez com que o Governo voltasse os olhos para o problema das drogas (CARVALHO, 2010).

Desse modo, a temática ganhou o espaço público e, por conta disso, houve um grande apelo da sociedade, o que culminou na produção de leis para conter o uso desenfreado de entorpecentes. Assim, segundo Pacheco (2005), em razão do considerável aumento do número de usuários e, sobretudo, da difusão do comércio ilícito de drogas, o Estado vem, ao longo dos anos, buscando impor normas mais rígidas aos traficantes.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins trata-se de crime inafiançável e insuscetível de graça ou indulto, conforme se infere da leitura do artigo 5º, inciso XLII. “O lance derradeiro do processo de recrudescimento no trato aos traficantes deu-se com a entrada em vigor da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)” (PACHECO, 2005, p.11).

A Lei nº 8.072/90, editada em atendimento à determinação constitucional e também como resposta a considerável reclamo social, expressamente *veda* a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória aos agentes do tráfico devido à lesividade deste delito, que compromete a força de trabalho, prejudica, sobretudo, a saúde da juventude, provoca corrupção, homicídios, chacinas, sequestros, extorsões e toda sorte de crimes violentos [...] (MORAES, 2004).

Com a edição da Lei n. 11.343/06, o legislador procurou repreender de forma mais severa o traficante e, em contrapartida, reinserir o usuário no âmbito social. Segundo Silveira da Rosa (2009, p. 38-39), a Lei n. 11.343/2006 abrange as duas tendências, sendo que “a proibicionista ocupa-se contra a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas, enquanto que a prevencionista é aplicada para o usuário e para o dependente”.

Em consequência da intenção do legislador em aplicar um tratamento mais “severo” aos traficantes, pode-se citar o teor do artigo 44, *caput*, da referida lei, o qual veda a concessão da liberdade provisória, *in verbis*:

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. (BRASIL, 2011).

O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, por tratar-se de crime mais grave, equipara-se aos crimes hediondos, e por tanto, é proibida a concessão de liberdade provisória (NUCCI, 2007).

[...] a norma que se extrai do inciso XLIII do art. 5º da CF/88 autoriza o entendimento que a prisão em flagrante pela prática de crime hediondo

opera por si mesmo. O que legitima o indeferimento do benefício da liberdade provisória, independente dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP). (HC 103.339/SP, rel. Min. Ayres Britto, julgado em 22/06/2010).

Ao julgar o Habeas Corpus 103.715/RJ, em que foi relatora a Min. Cármen Lúcia (Julgado em 23/11/2010), esta reafirmou o entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 104.515/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 03/08/2010; HC 100.573/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 24/08/2010), no sentido de ser insusceptível a liberdade provisória aos presos em flagrante por crimes hediondos ou equiparados.

Por segundo, o que tem se discutido no Supremo Tribunal Federal é se com a supressão da expressão *liberdade provisória* do artigo 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos, poderá permitir-se o beneplácito aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes. Nesse sentido, destaca-se o julgado mais recente:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu ao comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual. A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável à espécie vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Paciente, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar. Precedentes. 5. Ordem denegada. (HC 103.715, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 23/11/2010).

Vale destacar o voto exarado no Habeas Corpus 103.715/RJ (Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 23/11/2010), em que a Min. Cármen Lúcia declara ser irrelevante “o fato de ter alterado a Lei n. 11.464/2007 o texto do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, para suprimir a expressão ‘(...) e liberdade provisória’”, já que a

inafiançabilidade imposta ao crime de tráfico basta para impedir a concessão da liberdade provisória. Ressalte-se a fundamentação do Rel. Min. Ayres Brito (HC 103.399/SP, julgado em 22/06/2010):

É que o inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, quando impedia a fiança e a liberdade provisória, de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional, tal ressalva era desnecessária. Redundância que, para a generalidade dos delitos hediondos, foi corrigida pelo legislador ordinário (Lei 11.464/2007), ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, o instituto da fiança.

Denota-se, ainda, que em sua fundamentação o Min. Ayres Brito cita Tourinho Filho (2006, p. 639), ao conceituar o instituto da fiança como “uma garantia real ou caução. É uma contracautela com o objetivo de deixar o indiciado ou réu em liberdade [...]. Prestada a caução, o indiciado ou réu obterá a sua liberdade provisória, até o pronunciamento final da causa”.

O que acontece é que, conforme bem assevera o Min. Ricardo Lewandowski, a liberdade representaria uma porta aberta para a continuidade delitiva (HC 104.155/MG, julgado em 21/09/2010), já que é do conhecimento geral que, mesmo recolhidos à prisão, há traficantes que comandam o tráfico de drogas por intermédio de outros criminosos. Quem dirá se possível fosse responderem o processo em liberdade, ou ainda, diante do alto valor aquisitivo que arrecadam com o tráfico ilícito de entorpecentes, permitida fosse a fiança para tais delitos. Certamente que a vedação imposta ao artigo 44 da Lei de Tóxicos perderia sua finalidade, isto é, a repreensão dos traficantes.

É dizer: há uma presunção constitucional de periculosidade da conduta protagonizada por todo aquele que é preso em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Presunção constitucional de periculosidade que surte efeitos até a prolação de eventual sentença de primeiro grau, oportunidade em que o julgador deve lançar fundamentação idônea quanto à necessidade de manutenção da custódia processual, nos termos do art. 312 do CPP. (HC 103.399/SP, rel. Min. Ayres Brito, julgado em 26/06/2010)

E ainda:

Nesse particular, não é possível olvidar que para o legislador, tanto o constituinte quanto o ordinário, a periculosidade do agente, no caso dos crimes hediondos e assemelhados, é presumida, merecendo, assim, maior reprimenda legal. Tanto é que o legífero ordinário (reiterando o seu pensamento consignado na Lei dos Crimes Hediondos, ao editar a nova legislação antitóxicos - Lei n.º 11.343/06) asseverou expressamente que os crimes punidos naquela lei eram, dentre outras coisas, insusceptíveis de liberdade provisória ou fiança. (BATISTA, 2007).

Desse modo, verifica-se que embora haja decisões que concedem a liberdade provisória, o Supremo Tribunal Federal mantém majoritariamente a proibição do beneplácito, por tratar-se de uma imposição constitucional, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Em suas fundamentações, alegam, ainda, que a nova redação conferida ao artigo 2º, inciso II, da Lei de Crimes Hediondos, não deu ensejo à concessão da liberdade sem fiança, já que a inafiançabilidade dos crimes de tráfico ilícitos de entorpecentes, além de estar disposta em lei especial (art. 44 da Lei n. 11.343/06), decorre da própria Constituição, sendo que a supressão do termo *liberdade provisória* foi feita não para permitir tal benefício, e sim para corrigir uma redundância.

Esses fundamentos aplicam-se inteiramente aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, podendo-se afirmar, conforme se infere dos julgados acima citados, que, independentemente de fundamentação cautelar idônea na decisão que decretou a prisão preventiva do acusado ou réu, não se pode falar em ilegalidade da proibição da liberdade provisória, a qual se ampara, conforme visto, na inafiançabilidade imposta pela Constituição Federal.



## 7 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como intuito demonstrar a incompatibilidade da Lei n. 11.343/06 frente à proteção dos direitos fundamentais do cidadão, sobretudo, o direito à liberdade. Não se mostra mais aceitável o cerceamento da liberdade sem antes analisar a necessidade da prisão, eis que em nosso ordenamento jurídico vigora o entendimento que, antes da sentença condenatória transitada em julgado, presume-se o acusado inocente.

Não se discute que o legislador adote medidas para garantir a segurança pública. Contudo, o que não se pode permitir é a violação das garantias individuais em face do *jus puniendi* do Estado. É certo que há um anseio da sociedade por maior repreensão aos crimes, principalmente o delito de tráfico de drogas, o qual dá ensejo à maioria dos problemas sociais que hoje o Brasil custa a combater. Porém, não é através da violação dos direitos do acusado, isto é, a liberdade, a dignidade e o estado de inocente, que se encontrará a solução.

Deve-se lembrar, acima de tudo, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e nesta condição, deve primar pelos direitos explícitos e implícitos da Constituição Federal.

Conforme foi visto no decorrer do trabalho, a vedação legal do artigo 44 da Lei 11.343/06 não pode ser o único aspecto a ser analisado para embasar o indeferimento da liberdade provisória, devendo, igualmente, ser analisado se estão presentes os requisitos da prisão preventiva, preservando-se, dessa forma, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, e, em especial, o princípio da presunção de inocência.

O que ocorre é que, na ânsia por justiça, o legislador tem deixado tais princípios em segundo plano, esquecendo que, na história do Direito Penal, difícil foi a construção de maiores direitos aos presos e acusados em geral. Antecipar uma pena a um indivíduo sem ao menos analisar a necessidade da medida cautelar mostra-se como um retrocesso no direito do Estado punir. Até porque, em face do aludido princípio da presunção de inocência, não se torna razoável manter o réu ou acusado aprisionado quando não haja ameaça à ordem pública ou à ordem econômica, a conveniência da instrução penal, ou a aplicação da lei penal.

Note-se que a Lei 11.343 foi editada em 2006 e, de lá pra cá, não se pode afirmar que a criminalidade diminui, senão às vezes, parece até mesmo ter aumentado, já os traficantes não mais se intimidam com manutenção da prisão, e, de dentro dos presídios, continuam os suas atividades ilegais.

Ademais, vale lembrar que a vedação do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal é tão-somente à liberdade provisória com fiança e da possibilidade de graça ou anistia. Assim, não há por que se falar em vedação da liberdade provisória em relação aos crimes de tráfico de drogas, pois mesmo existindo o artigo 44 da Lei 11.343/06, o benefício poderá ser deferido com base na ausência dos requisitos da prisão preventiva, em respeito aos ditames constitucionais da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Isto porque, as garantias constitucionais se sobrepõem à vedação legal.

Tanto é verdade que as jurisprudências colacionadas à monografia mostram, de forma contundente, que, apesar de o entendimento majoritário ser, ainda, no sentido de manter a proibição, o entendimento do Superior Tribunal Federal tem sido no sentido de que a liberdade provisória deverá ser concedida sempre que não preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Apesar de que há, hoje, duas correntes no Pretório Tribunal, não se pode esquecer que a concessão ou não da liberdade provisória deve decorrer da lei, isto é, cabe ao julgador observar os dispositivos legais e correlaciona-lo com as garantias e os princípios constitucionais.

Percebe-se, portanto, que a orientação dos julgados da Suprema Corte está indo ao encontro das garantias individuais esculpidas na Constituição Federal e, ainda, em consonância com o princípio da presunção de inocência. Lembrando, ainda, que a justiça somente é eficaz quando aplicada de acordo com a lei, sendo injusta qualquer forma de supressão de garantias constitucionalmente instituídas.

Por fim, cumpre ressaltar que o presente trabalho foi elaborado antes da promulgação da Lei n. 12.403 de 4 de maio de 2011, a qual deu nova redação a alguns artigos usados para fundamentar o estudo ora apresentado. Oportuno citar, ainda, que, dentre os artigos que sofreram alterações com a edição da aludida lei, destaca-se o artigo 323, o qual teve o inciso II modificado, sendo que, a partir do 03 de julho do corrente ano passará a vedar, expressamente, a concessão de fiança nos crimes de tráfico de entorpecentes e drogas afins.

Desse modo, note-se que a vedação inserida com a nova lei veda tão somente a concessão de fiança, indo ao encontro com os julgados que concedem a liberdade provisória, isto porque, liberdade provisória e fiança são institutos que não se confundem, não havendo, pois, óbice para a concessão da liberdade provisória *sem* fiança, conforme pretendeu-se demonstrar no decorrer deste trabalho monográfico.

## REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Richi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATISTA, Fernando Natal. **A questão da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados no âmbito dos Tribunais Superiores**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1334, 25 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9532>>. Acesso em: 31 maio 2011.

BECCARIA, Cesare. . **Dos delitos e das penas**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. **Princípio do Processo Penal: Entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de processo penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/De13689.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

BRASIL, **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_Ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2011.

BRASIL, **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 81.** Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/sumulas\\_stj.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/sumulas_stj.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC 100.573/MT, Relator Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Primeira Turma, julgado em 21/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC 100.745/SC, Relator Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Segunda Turma, julgado em 09/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC 100.872/MG, Relator Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Segunda Turma, julgado em 09/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC 103.399/SP, Relator Ministro Ayres Britto, Órgão Julgador: Primeira Turma, julgado em 22/06/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC 103.513/GO, Relator Ministro Ricardo Lewandoski, Órgão Julgador: Primeira Turma, julgado em 24/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC 103.599/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandoski, Órgão Julgador: Primeira Turma, julgado em 31/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC 103.715/RJ, Relator Ministra Carmen Lúcia, Órgão Julgador: Primeira Turma, julgado em 23/11/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC 104.155/MG, Relator Ministro Ricardo Lewandoski, Órgão Julgador: Primeira Turma, julgado em 21/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 104.281/CE, Relator Ministro Ricardo Lewandoski, Órgão Julgador: Segunda Turma, julgado em 24/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 104.515/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandoski, Órgão Julgador: Primeira Turma, julgado em 03/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 104.616/MG, Relator Ministro Ricardo Lewandoski, Órgão Julgador: Primeira Turma, julgado em 21/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 97.579/MT, Relator Ministra Ellen Gracie, Órgão Julgador: Segunda Turma, julgado em 02/02/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 97.717, Relator Ministro Ricardo Lewandoski, Órgão Julgador: Primeira Turma, julgado em 09/11/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 98.103/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Segunda Turma, julgado em 10/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 98.966/SC, Relator Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Segunda Turma, julgado em 02/02/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípios da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Const. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. **Criminologia: Biológica, Sociológica, Mesológica**. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980.

COSTA, Eduardo Henrique. **A inconstitucionalidade da vedação absoluta à concessão de liberdade provisória**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2842, 13 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18895>>. Acesso em: 7 maio 2011.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **Iluminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ESBICK, Fabiana. **Prisão preventiva em sentido estrito. Os fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal e a motivação do decreto prisional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1763, 29 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11216>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Sorocaba, São Paulo: Minelli, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporaria**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOES DE SOUZA, Marcelo Agamenon. **Cautelaridade da prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias. 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. . **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1990.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. v.1.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4. ed. rev., atual. e ampl Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 23. ed. atual. até a EC n.56/07. São Paulo: Atlas, 2008.



MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Presunção de inocência e direito à ampla defesa.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4; n. 44, ago. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=163>. Acesso em: 19 set. 2010.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória:** medida de exceção no direito criminal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os tratados internacionais de direitos humanos como fonte do sistema constitucional de proteção de direitos.** Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 18, p. 120-124, jul./set. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero18/artigo23.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. . **Direito constitucional.** 16. ed. atual. até a EC n.44/04 São Paulo: Atlas, 2004.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal.** São Paulo: Atlas, 1998.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal – Sistemas e Princípios.** Curitiba: Juruá Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal:** comentado. 6. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais:** comentadas. 2. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal e execução penal.** 4. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACHECO, José Ernani de Carvalho. **Tóxicos. Prática, Processo e Jurisprudência Criminal**. 7. ed. v. 3. Curitiba: Juruá, 2005.

PELLIZZARO, André Luiz. **Liberdade provisória em crimes hediondos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1077, 13 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8522>>. Acesso em: 7 maio 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988**. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 94, n. 833, p.41-53, mar. 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com : Lei Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira; BAZ, Marco Antonio Garcia. **Fiança criminal e liberdade provisória**. 2.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Pedro Sérgio dos. **Direito processual penal e a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica**. Curitiba, PR: Juruá, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7198>>. Acesso em: 17 nov. 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucion. São Paulo: Malheiros: 2008.

SILVEIRA DA ROSA, Rodrigo. **Comentários à nova lei de combate às drogas que causam dependência. Prevenção e repressão**. Sorocaba-SP: Editora Minelli, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VILELA, Alexandre. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

VON RONDOW, Cristian de Sales. **Devido processo legal à luz do acesso à justiça como garantia constitucional do autor e do réu**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2939>>. Acesso em: 7 jun. 2011.