

FUNDAÇÃO ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

ANGELA CRISTINA LOURENÇO

**INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE
PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

**MARÍLIA
2012**

ANGELA CRISTINA LOURENÇO

INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração Teoria do Direito e do Estado).

O tema está relacionado diretamente à linha de pesquisa “críticas aos fundamentos da dogmática jurídica”

Orientador:

Profº Drº. MÁRIO FURLANETO NETO

**MARÍLIA
2012**

Lourenço, Ângela Cristina

Inconstitucionalidade da vedação à Liberdade Provisória no crime de Tráfico de Drogas/ Ângela Cristina Lourenço; orientador: Mário Furlaneto Neto. Marília, SP: {123}, 2012.

123 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1.Princípios Constitucionais. 2. Inconstitucionalidade. 3. Restrição legal. 4. Liberdade Provisória

ANGELA CRISTINA LOURENÇO

INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE
PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Banca examinadora da dissertação ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr.º Mário Furlaneto Neto

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.º Ilton Garcia da Costa

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.º Edinilson Donisete Machado

Marília, 22 de Novembro de 2012.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, pois sem Ele, nada seria possível.

Aos meus filhos, **Izabela e Lucas**, cuja existência dá sentido à minha vida, faz compreender a importância do amor, do afeto e do carinho, e acreditar na possibilidade de mudança.

Ao **Elenilso**, que de um modo especial me ensinou a nunca desistir de meus sonhos e acreditar que no final tudo daria certo. Obrigada pelo seu apoio, carinho, cumplicidade e caminhada pela vida.

Às minhas queridas irmãs, **Gisleine e Priscila**.

Ao meu irmão **Reginaldo**, um exemplo de homem digno.

Aos meus pais, **Guerino e Geni**, a quem eu devo a vida e a convivência com os valores sagrados do Bem, do Belo e do Justo.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Drº Mário Furlaneto Neto, pelo incentivo, dedicação e presteza no auxílio às atividades e discussões sobre o andamento e normatização desta Dissertação.

A todos os professores do Mestrado pelo carinho, dedicação e entusiasmo demonstrado ao longo do curso.

Aos Examinadores Drº. Edinilson Donisete Machado e o Drº Ilton Garcia da Costa, pela co-orientação e dedicação na conclusão da dissertação.

Aos colegas e funcionários do Mestrado pela troca de informações e aprendizado.

Aos colegas do Trabalho que de certa maneira foram solidários.

À minha família pela paciência.

E, a DEUS pela oportunidade e pelo privilégio que me foi dado em compartilhar tamanha experiência e, ao frequentar este curso, perceber e atentar para a relevância de temas que não faziam parte, em profundidade, da minha vida.

“Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança em sua pessoa”
(artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão)”

LOURENÇO, Ângela Cristina. **Inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória no crime de tráfico de drogas**. 2012. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília, 2012.

RESUMO

Sob a ótica da inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória no crime de tráfico de drogas, descreve-se os principais conceitos referentes a respeito da restrição legal à liberdade provisória diante dos princípios constitucionais e a sua aplicabilidade a fim de resguardar os direitos fundamentais do indivíduo. Tem-se por objetivo geral analisar a restrição à liberdade provisória aos autores dos crimes pontuados no artigo 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de drogas), sob a ótica dos princípios constitucionais, a fim de apontar se a vedação à liberdade provisória imposta em norma infraconstitucional, em especial após a alteração legislativa introduzida pela Lei 11.464/2007, que a vedou em crimes hediondos, viola a Constituição Federal. Assim, por meio de uma revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, dentro da linha de pesquisa críticas aos fundamentos da dogmática jurídica, conclui-se que a regra prevista no caput do artigo 44 da lei 11.343/2006, é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, ampla defesa e do contraditório, e que, ao afastar a concessão de liberdade provisória de forma genérica, a norma retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro aos princípios constitucionais. O disposto no artigo 44 da lei 11.343/2006 torna a prisão cautelar uma regra e a liberdade uma exceção, em patente violação à Constituição Federal, em que a liberdade é a regra, exigindo-se decisão devidamente fundamentada para decretar a prisão cautelar, de forma que a liberdade do acusado deve ser analisada pelo Juiz competente, com base nos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Palavras-Chave: Princípios Constitucionais. Inconstitucionalidade Restrição Legal. Liberdade Provisória

LORENZO, Angela Cristina. Unconstitutionality seal will bail on drug trafficking crime. 2012. 123 f. Dissertation (Master of Law). University Center of Euripides Marilia, the Education Foundation "Euripides Soares da Rocha," Marilia, 2012.

ABSTRACT

From the perspective of the unconstitutionality of the seal to bail on drug trafficking crime, describes the main concepts concerning about the legal restriction on bail before the constitutional principles and their applicability to safeguard the fundamental rights of the individual. It has been aimed at analyzing the restriction on bail to offenders scored in Article 44 of Law 11.343/2006 Act (drugs), from the perspective of constitutional principles to point to seal the bail imposed on standard infra, especially after the legislative amendment introduced by Law 11.464/2007, which was sealed in heinous crimes, violates the Federal Constitution. Thus, through a literature review, legislative and judicial, in the line of research critical to the foundations of legal dogmatics, we conclude that the rule laid down in the caput of Article 44 of the law 11.343/2006 is incompatible with the constitutional principles of presumption of innocence, due process, the dignity of the human person, and the adversarial legal defense, and that, in dismissing the granting of bail in a generic way, the rule removes the trial judge the opportunity to, in this case, consider the assumptions of the need for precautionary prison in anticipation of unambiguous penalty, going against constitutional principles. The provisions of Article 44 of the law makes 11.343/2006 prison interim rule and freedom an exception in patent violation of the Federal Constitution, where freedom is the rule, requiring a reasoned decision whether to grant an injunction prison, so that freedom of the accused should be considered by the competent judge, based on the requirements of Article 312 of the Criminal Procedure Code.

Keywords: Constitutional Principles. Unconstitutionality Legal Restriction. Provisional Freedom

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	-	Artigo
CF/88	-	Constituição Federal de 1988
CPP	-	Código de Processo Penal
HC	-	Hábeas Corpus
LICC	-	Lei de Introdução Código Civil
ONU	-	Organizações das Nações Unidas
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E CONSTITUCIONAIS	14
1.1.Breve Histórico dos Direitos Fundamentais.....	16
1.1.1 As gerações dos Direitos Fundamentais.....	19
1.1.2 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	24
1.2 Princípios Constitucionais e processuais penais.....	26
2 POSTULADOS PARA APLICAÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	64
1.1 Definição	65
1.1.2 Funções.....	68
1.2 Normas: distinção entre princípios e regras	68
1.2.1 Critérios para distinção de princípios e regras.....	70
1.2.2 Conflitos entre princípios	71
1.3 Metanorma e Postulado	72
1.3.1 Postulado da Proporcionalidade	73
3 DAS FORMAS CAUTELARES DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE.....	78
3.1 Flagrante	84
3.1.1 Espécies de flagrante	86
3.2 Prisão Temporária	89
3.2.1 Prazo da Prisão Temporária.....	90
3.3 Prisão Preventiva	91
3.4 Liberdade Provisória	95
4 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.....	101
4.1 A Proibição Legal da Liberdade Provisória na Lei de Drogas.....	102
4.2 A restrição legal de Liberdade Provisória na Lei de Drogas.....	103
4.3 A posição dos Tribunais Superiores na concessão da Liberdade Provisória na Lei de Drogas.....	109
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	115
REFERÊNCIAS	119

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como principal fundamento levar ao leitor a análise das discussões que atualmente giram em torno da concessão do benefício da liberdade provisória aos acusados por tráfico de drogas.

Com base no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, ninguém pode ser levado à prisão, ou nela mantido quando a lei admite a Liberdade Provisória e ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, consagrando a presunção de inocência, por meio de um processo legal e com a garantia da ampla defesa. Assim, baseado neste artigo formulou-se o seguinte problema de pesquisa: Será que as Leis 11.343/2006 e 11.464/2007 amparadas pelos princípios constitucionais e pela Constituição Federal, podem assegurar a liberdade do cidadão ou é necessário criar outros instrumentos de amparo, proteção e direito a liberdade?

O tema do trabalho centra-se em discorrer a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória diante dos princípios constitucionais no crime de tráfico de drogas.

O Objetivo Geral deste consiste por meio de uma visão crítica analisar a restrição à liberdade provisória aos dispositivos contidos no artigo 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de drogas), sob a ótica dos princípios constitucionais.

Para o alcance dos Objetivos Específicos, houve a necessidade de centrar-se em discorrer a respeito dos seguintes:

- ilustrar os direitos fundamentais assegurados pelos princípios constitucionais e processuais penais;
- ponderar a cerca dos princípios jurídicos;
- explicar as formas cautelares de restrição da liberdade;
- abordar a questão da Lei 8072/1990 a qual prevê a restrição e proibição da fiança no caso de crimes hediondos.
- comentar a respeito dos principais aspectos da Lei de Drogas e das mudanças advindas com a Lei 11.464/2007, que modificou a redação original do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (crime hediondo).

Realizou-se este trabalho amparado por razões inúmeras. Dentre elas, pois se trata de um tema de grande discussão doutrinária, jurisprudencial e de

repercussão por afrontar e ofender garantias constitucionais que garantem o essencial à consecução da dignidade da pessoa humana, bem como a dificuldade atual que os operadores do direito passam com relação à concessão da liberdade provisória ao tráfico de drogas em face do “legalismo cego” dos nossos magistrados.

No entanto, algumas leis especiais prevêm casos nos quais, em razão da natureza do delito, a concessão da liberdade provisória é proibida, os quais serão descritos no decorrer deste.

Para isto, serão mencionadas as leis Lei 8.072/1990, 11.343/2006, 11.464/2007 e a Lei 12.403/2011.

Observa-se que, após a vigência da Lei de Drogas, adveio a Lei 11.464/2007, que modificou a redação original do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (crime hediondo) que passou a dizer que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança.

A hipótese do trabalho será baseada no fato de que antes do advento da Lei nº.11.464/2007, o antigo artigo 2º proibia a fiança e a liberdade provisória e agora porque só veda a fiança?

Quanto ao acima mencionado, tal fato surge em razão da errônea interpretação dada pela jurisprudência, doutrina e operadores do direito do conflito hoje existente entre duas normas que antagonicamente tratam sobre o benefício da liberdade provisória no tráfico de drogas.

Evidencia-se, que o Código de Processo Penal, enquanto norma infraconstitucional regulamenta o instituto da liberdade provisória em obrigatória, permitida, com ou sem fiança, conforme previsto no artigo 310, § único, do CPP, ao estipular que o agente deva ser beneficiado pelo instituto quando não houver fundamento para a manutenção da liberdade cautelar.

Nota-se, portanto, que com o advento da Lei 12.403/2011, a qual prevê várias medidas cautelares alternativas, surge um leque de opções na tutela da efetividade.

Quanto aos procedimentos metodológicos, lançou-se mão de uma pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, onde se pode abordar a questão dos direitos humanos e fundamentais assegurados pela Constituição Federal e verificar a inconstitucionalidade da prisão cautelar em face de direitos

individuais explícitos na Constituição Federal diante dos princípios constitucionais.

Para consecução da pesquisa, foi adotada a linha da crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, ocupando-se dos direitos fundamentais e direitos humanos, pretendendo por meio de uma visão crítica analisar a restrição legal à Liberdade Provisória diante da redação do artigo 44 da Lei 11.343/2006 (lei de Drogas), sob a ótica dos princípios constitucionais.

Neste, posto isto, diante das divergências de fundamento dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, buscar-se chamar a atenção dos operadores do Direito para a necessidade de enfrentamento do tema à luz da análise dos princípios constitucionais norteadores do processo penal.

Não obstante é o achar que o presente trabalho defende a impunidade ao traficante, sua liberdade sem qualquer razão à sociedade, sendo que, procura-se na realidade fática, apenas o correto emprego do direito que nos pertence, função essa exclusiva e primordial ao operador do direito.

Ademais, em razão do recente advento da Lei 12.403/2011, que instituiu as novas medidas cautelares no processo penal, traz a análise em face dos institutos da liberdade provisória e prisão cautelar em nosso País.

Dessa maneira, os princípios constitucionais devem ser sopesados de forma que não haja aniquilamento de nenhum direito em detrimento de outro, mas por si só a natureza da infração penal não justifica a prisão cautelar, é preciso analisar caso a caso, para conceder a Liberdade Provisória no crime de tráfico de drogas, não podendo “a priori” ser proibida pela lei.

Deste modo, através da pesquisa no campo do direito, e ainda analisando as correntes doutrinárias e os posicionamentos jurisprudenciais, acredito ser a melhor hermenêutica ao tema, trazer uma visão crítica a respeito, salientando que conceder a liberdade provisória no crime de tráfico de drogas não é favorecer e proteger a criminalidade, mas assegurar as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E CONSTITUCIONAIS

Os direitos fundamentais resultam de um movimento de constitucionalização que começou no início do século XVIII. Encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade e são reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

Quanto ao seu surgimento, esses direitos fundamentais nascem com o indivíduo e, por isso, não podem ser considerados como uma concessão do Estado. É por essa razão que, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU-1948), não se diz que tais direitos são outorgados ou mesmo reconhecidos, preferindo-se dizer que eles são proclamados, numa clara afirmação de que eles pré existem a todas as instituições políticas e sociais, não podendo, assim, ser retirados ou restringidos por essas instituições. Essa Proclamação dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana torna claro que as instituições governamentais devem proteger tais direitos contra qualquer ofensa.

Vale ressaltar que muito têm contribuído para o progresso moral da sociedade, pois são direitos inerentes à pessoa humana, pré-existentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem, portanto, são indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária.

Embora haja várias expressões utilizadas para nomeá-los, tais como: direitos do homem, direitos naturais, direitos individuais, direitos humanos, liberdades fundamentais, todas apresentam significado semelhante.

No entender de Canotilho (1995, p. 517), as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado, poder-se-iam distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) e direitos fundamentais, que são os direitos do homem jurídico-institucionalizadamente garantidos. Os direitos do homem adviriam da própria natureza humana e daí o

seu caráter inviolável, intemporal e universal. Já os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta.

Silva, (2000, p.182) comenta que os direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias.

Bulos, (2001, p.69) afirma que os direitos fundamentais são inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem nascem, morrem e extinguem-se. Não são obras da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante.

Ao meu ponto de vista, os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser restringidos em determinadas situações, seja através do próprio texto constitucional, traçando exceções e limites a tais direitos, seja através da colisão entre esses direitos, que determina uma interpretação sistemática, com a finalidade de se verificar qual direito deverá ser restringido.

Bonavides (1997, p. 515) salienta que com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização: Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança.

Canotilho (1993, apud Moraes, 2001, pág. 56) conceitua:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativapara os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos

fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Miranda (1998, p.8) define Direitos Fundamentais enquanto:

Os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Segundo Oscar Vilhena Vieira (2006, p36), direitos fundamentais "é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional. A Constituição de 1988 incorporou esta terminologia para designar sua generosa carta de direitos".

Analisando todos os conceitos tanto de direito do homem quanto fundamental é possível compreender que cada pessoa deve ter a possibilidade de exigir que a sociedade e todas as demais pessoas respeitem sua dignidade e garantam os meios de atendimento das suas necessidades básicas e respeito das liberdades fundamentais sobre as quais repousa toda democracia.

1.1. Breve Histórico dos Direitos Fundamentais

Inicialmente pode-se definir direitos fundamentais como conjunto de direitos, essenciais para cada cidadão viver dignamente, que em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos estando inseridos na Constituição Federal e devem ser exigidos pela sociedade.

Dallari (1998, p.7) aduz que os direitos fundamentais trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser

atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas.

Já os direitos humanos são reconhecidos como inerentes a todas as pessoas humanas, sendo universal.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais são os direitos humanos que se encontram expressos na Constituição Federal.

Com exceção das primeiras tendências observadas no judaísmo, os Direitos Humanos na antiguidade não tinham a mesma conotação que têm nos dias atuais.

O conceito de dignidade humana surgiu na antiguidade grego-romana e derivava somente da posição social que o indivíduo ocupava na polis.

No Antigo Testamento, a perspectiva era de que a dignidade do indivíduo enquanto ser humano provinha da idéia dele ser filho de Deus e representar a imagem desse Deus, procurando-se assim, justificar o papel dos ricos e detentores do poder no que concerne à proteção aos desafortunados.

O Novo Testamento complementou essa imagem de homem relacionando-a com a idéia de salvação por intermédio do Cristo.

Porém, toda essa concepção teológica do cristianismo e do judaísmo não se intimidava perante a escravidão e nem de longe se comparava à idéia que temos hoje dos direitos fundamentais.

Merece destaque o posicionamento de São Tomas de Aquino (século XIII), cujo mérito se consubstancia no fato dele ter se reportado a real função do direito, relativamente ao que se refere à justeza na distribuição dos bens terrestres e no papel da jurisprudência enquanto disciplina autônoma, seguindo os critérios da razão natural. Na *Lex Naturalis*, ele ressalta a autonomia do direito como tema naturalmente humano, ao invés de um simples apêndice da teologia moral. Tomás de Aquino jamais duvidou do direito corporativo com todos os privilégios de sua época, mas defendia que os direitos humanos seriam o princípio dos direitos naturais.

Durante a Idade Média, mais precisamente na sua última fase, apareceram documentos que aparentavam serem precursores das futuras declarações de direito humanos. Tratavam-se de codificações de certos privilégios da nobreza e das pessoas livres, contratados entre príncipes e representações corporativistas. Porém realmente cuidavam de direitos de

cunho testamental direcionados a certas classes, outorgados numa sociedade econômica e socialmente desigual.

É possível citar como exemplo os direitos concedidos pelo rei Afonso IX, em 1.188, às Cortes na Espanha, como os direitos que tinha o acusado a um desenvolvimento regular do processo e à integridade de vida, honra, casa, assim como o direito de propriedade. A Magna Carta *Libertatum* de 1.215, firmada pelo Rei João Sem- Terra com bispos e barões ingleses, onde o rei garantia que homem livre não seria detido, preso, privado de seus bens, banido, ou incomodado, e proibia que fosse preso sem julgamento consoante a lei da terra.

A Reforma Protestante teve papel marcante para o nascimento dos direitos fundamentais, a partir da reivindicação que levou ao reconhecimento gradativo da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos lugares da Europa.

No século XVII resultantes de conflitos entre o poder real e os testamentos do país, surgiram em 1628, a *Petition of rights* (Petição de Direito), em 1629, a Ata de *Habeas Corpus* e em 1689, *Bill of rights* (Declaração de Direitos), não se considerando esses documentos como declarações de direitos humanos, mas apenas como a restauração e confirmação de liberdade dos ingleses e não de todos os homens.

Porém, tal evolução dos direitos, quer como fonte de inspiração para outras conquistas, quer como limitações ao poder do rei face à liberdade individual, carecia por toda a Inglaterra de uma estabilidade, pois não vinculavam o Parlamento, de sorte que, ao invés de uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais, ocorreu uma fundamentalização desses mesmos direitos.

Tiveram notável relevância para a concretude dos direitos fundamentais, as Declarações de Direitos do Povo da Virgínia que, em 1776, foram incorporadas à Constituição dos Estados Unidos e a Declaração Francesa de 1789, conseqüência da revolução que derrubou o antigo regime e instaurou a ordem burguesa na França, as quais culminaram com a evolução e a afirmação do Estado de Direito.

1.1.1 As gerações dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais foram se desenvolvendo através dos tempos. Didaticamente, os doutrinadores se utilizam do termo “gerações,” para melhor explicar tal evolução, de modo que hoje, observamos etapas diferenciadas.

O texto constitucional enumera como direitos e garantias fundamentais: - os direitos individuais e coletivos (título II, capítulo I); os direitos sociais (título II, capítulo II); nacionalidade (título II, capítulo III); direitos políticos (título II, capítulo IV) e partidos políticos (título II, capítulo V).

Moraes (2003, p. 59), ao citar Celso de Melo, classifica os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, conforme critérios de ordem cronológica que passaram a integrar a constituição:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade [...].

Também é observada divergência doutrinária quanto à distinção entre direitos e garantias fundamentais. O primeiro a diferenciá-los foi Rui Barbosa, ao referir-se aos direitos como disposições declaratórias e às garantias como disposições assecuratórias. As primeiras estabelecem os direitos, as segundas defendem estes direitos.

A esse respeito, Miranda (1998, apud Carvalho, 2.007, p. 409), indica outras distinções:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, abjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isto, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nela se projectam pelo nexa que possuem com os direitos; na acepção jusnacionalista, inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Os direitos à liberdade, conhecidos como direitos de 1ª geração, são aos direitos civis ou individuais e políticos clássicos do homem, que se opunham ao direito estatal, surgidos, institucionalmente, a partir da Magna Carta, vinculada à liberdade, igualdade, propriedade e resistência às diversas formas de opressão.

São conhecidos como os direitos de liberdade, inerentes à individualidade, bem como, atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e estabelecidos contra o Estado, tem especificidades de direitos negativos.

A liberdade do indivíduo tinha que ser resguardada face ao poder do Estado absolutista, ao mesmo tempo em que o cidadão necessitava participar desse poder. Despontaram no final do século XVII, trazendo uma limitação ao poder estatal, onde as prestações negativas impunham ao Estado uma obrigação de não fazer. São direitos de defesa e o seu exercício garante ao indivíduo a não intromissão do Poder Público na esfera íntima de cada indivíduo.

Os direitos fundamentais de primeira geração são direitos de defesa e obrigam o estado a um dever de abstenção, a observância de uma obrigação de não fazer, de inércia.

Wolkmer (2004, p.5-6) comenta que a “emergência dessa dimensão de direitos decorre da cultura do racionalismo iluminista, do livre contratualismo societário, do liberalismo individualista e do capitalismo concorrencial”.

Pode-se dizer que fazem parte desses direitos dentre outros, a liberdade de ir, vir e permanecer, a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de profissão ou de associação.

Com o passar do tempo, percebeu que a inação do Poder Público não era suficiente para garantir o bem estar das pessoas, havia necessidade de que o estado fornecesse prestações positivas, sendo que os mais capacitados e ricos, no uso da liberdade plena que lhes assegurava o estado juridicamente organizado, passaram a dominar aqueles que subordinavam ao seu concurso, sendo necessários os direitos de segunda geração.

Os direitos de segunda geração se referem a algumas necessidades básicas humanas diante do contexto social. São os direitos de natureza social, econômica, cultural e coletiva, que foram introduzidas no constitucionalismo

sob várias formas de Estado Social e referem-se à igualdade de todos, surgidos no início do século XX.

Com a crise econômica e social do final do século XIX, relacionada à industrialização, ao crescimento demográfico e ao agravamento da disparidade entre as pessoas gerou novas reivindicações fundamentadas em teorias de perfil socialista e por elas estimuladas, tendo sido necessária a intervenção do estado para suprir as necessidades das pessoas, nascendo assim os direitos de segunda geração.

Há de se mencionar que eram direitos de crédito do indivíduo para com a coletividade, tais como, o direito ao trabalho, refletido em nosso ordenamento como um princípio da atividade econômica, o da busca do pleno emprego, à saúde, à educação.

Esses direitos de segunda geração seguiram o norte dos da primeira, no sentido de obrigatoriedade de seu cumprimento pelo Estado, sob pena de haver imposição judicial do cumprimento, quer seja para a proteção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra atividade de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efetivo desses bens jurídicos fundamentais. Estes ressaltam que o Estado está obrigado a suprir as necessidades vitais do homem, como educação, a seguridade social, a proteção à saúde, a habitação, para que ele possa viver com dignidade humana.

No final do século XX, observou-se uma 3ª geração de direitos fundamentais, com a finalidade de tutelar o próprio gênero humano, direitos considerados transindividuais, direitos de pessoas consideradas coletivamente. São os direitos de fraternidade, de solidariedade, traduzindo-se num meio ambiente equilibrado, no avanço tecnológico, numa vida tranqüila, à autodeterminação dos povos, à comunicação, à paz.

Tudo isso evoluiu de tal forma que os direitos fundamentais se vêem nos dias de hoje cada vez mais presentes nos tratados internacionais, que gradativamente, conseguem se infiltrar aos direitos internos dos Estados que se prontificam perante toda a comunidade internacional a dignificar as condições de vida do homem, através do respeito aos seus direitos, independentemente de sua nacionalidade, raça, credo, idade, cor, sujeitando essa tutela unicamente à sua condição de homem.

Diversas transformações sociais verificadas nas últimas décadas, a amplitude dos sujeitos coletivos, as novas formas e de específica subjetividade e diversidade na maneira de ser em sociedade, têm projetado e intensificado outros direitos que podem ser inseridos na classificação de terceira geração, tais como:

- direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina);
- direitos da criança;
- direitos do idoso (terceira idade);
- direitos dos deficientes físicos e mentais;
- direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais); e
- novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem), estes sob novo perfil diante da modernidade tecnológica.

Modernamente, e a evolução dos direitos fundamentais revela na atualidade em diferentes momentos históricos, o surgimento de novos direitos.

Salienta-se que há autores como Moraes (2003) que entendem que são apenas três as gerações de direitos, mas há os que vêem a existência de até cinco gerações, como Bonavides (2008, p. 195/197), que faz menção à possibilidade concreta de se falar na quinta geração de direitos fundamentais, diante ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, decidiu dar lugar de destaque à paz no âmbito da proteção dos direitos fundamentais.

Mario Furlaneto Neto (2003) comenta a respeito da quinta geração de direitos fundamentais, ora com referencia a direitos emanados da realidade virtual.

A quarta geração de direitos humanos está ligada à questão do biodireito. Foi, sem dúvida, por conta das atrocidades ocorridas durante a 2ª. Grande Guerra Mundial, principalmente no que se referem a experimentos genéticos manietados pelos campos de concentração do nazismo que o direito moderno passou a se preocupar com a ética voltada para o trato das experiências com a genética e demais experiências e procedimentos médicos e biológicos, preocupação que deveria redundar na proteção da pessoa humana, quer de forma física, quer em sua dignidade, ocasionando, por sua vez, uma humanização do progresso científico.

Compreendem os direitos relativos à biotecnia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Têm vinculação direta com aspectos materiais da vida

humana e com sua reprodução assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (clonagem), contracepção e outros.

Wolkmer (2004, p. 10-12) alude que a bioética ganha importância por se revelar instrumental interdisciplinar, visa à pesquisa na área da saúde e aos meios para gerenciar de forma responsável a vida humana em geral.

Com todo o progresso da medicina e a tecnologia no campo da saúde humana, geraram preocupação sobre a regulamentação ética das relações que envolvem a biologia, medicina e a vida humana como um todo, daí o surgimento da reflexão bioética.

O direito da quinta geração classifica-se, dessa forma: os direitos advindos das tecnologias de informação (Internet), do ciberespaço e da realidade virtual, em geral.

Com a progressiva evolução da tecnologia de informação, torna-se essenciais normas que venham regular, proteger e controlar os provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa.

Sarmiento (2004, p. 46) descreve que a globalização vem esfacelando o estado social, subtraindo-lhe o poder de subordinar soberanamente os fatores econômicos e sociais que condicionam a vida de cada comunidade política. Cada vez mais se identificam a presença de fatores externos ao Estado, influentes, na economia, sobre os quais o estado não tem nenhum poder.

Vale observar que ainda que se fale em gerações, não existe qualquer relação de hierarquia entre estes direitos, mesmo porque todos interagem entre si, de nada servindo um sem a existência dos outros. Esta nomenclatura adveio apenas em decorrência do tempo de surgimento, na eterna e constante busca do homem por mais proteção e mais garantias, com o objetivo de alcançar uma sociedade mais justa, igualitária e fraterna. Por isto, a mais moderna doutrina defende o emprego do termo dimensões no lugar de gerações.

Vale salientar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º §1º CF), dependendo naturalmente da forma que foi enunciada pela Constituição para que seja afirmada se a mesma será de eficácia plena ou limitada.

1.1.2 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais foram proclamados e inseridos de maneira explícita nas constituições há bem pouco tempo, precisamente após a 2ª Grande Guerra Mundial, quando todos os povos intuíram que a preocupação internacional deveria estar voltada para uma proteção aos direitos da pessoa humana, após as violências cometidas pelos regimes fascista, stalinista e nazista, como também pelo perigo de ameaça à tranquilidade universal decorrente da instabilidade das relações entre os diversos países.

Esses direitos fundamentais são inesgotáveis, pois à proporção que a sociedade evolui, surgem novos interesses para as comunidades.

Silva (2000, p.153) discorre sobre o assunto ao salientar que:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários.

Com base nas palavras citadas acima, tudo leva a crer que futuramente, irão surgir direitos novos, que a civilização dos nossos dias desconhece.

No nosso país, iniciou-se um processo de redemocratização em 1985, depois de 21 anos de um regime excepcional iniciado com o golpe de 1964 que desembocou na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual não apenas estabelece um regime político democrático, como propicia um grande avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

O compromisso ideológico e doutrinário desses direitos fundamentais que serve de pilar básico ao Estado Democrático de Direito, aparece logo a partir do preâmbulo da nossa Lei Maior (BRASIL, 1988, p.3):

... para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como

valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias....

Esse compromisso se manifesta por todo o texto constitucional, de forma explícita, ou implicitamente, conforme podemos observar logo no seu art. 1º, no inciso II, quando se pontua o princípio da cidadania e no inciso III, quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Versam tais princípios sobre a impossibilidade de haver Estado Democrático de Direito sem direitos fundamentais, como também sobre a inexistência de direitos fundamentais sem democracia, onde devem ser garantidos pelo princípio da liberdade, não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, corolários do princípio da igualdade, imprescindíveis para a efetividade da dignidade da pessoa humana.

Passou-se a considerar o homem como o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações de poder. Tudo fica centrado no homem, nele principia e a ele se dirige.

Através do seu art. 3º, pela primeira vez, nossa Carta Magna se refere aos objetivos do Estado brasileiro, que se constituem na estruturação de:

Uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação..

O constituinte de 1988 consagrou nos arts. 1º e 3º da Lei Maior, a dignidade do homem como valor primordial, propiciando unidade e coesão ao texto, de molde a servir de diretriz para a interpretação de todas as normas que o constituem.

Foram elencados nos primeiros capítulos da CF de 1988, inúmeros direitos e garantias individuais, e lhes foi outorgado o patamar de cláusulas pétreas, conforme o art. 60, § 4º, inciso IV, priorizando assim, os direitos humanos.

A nossa Carta Magna se reveste de inovações ao inserir no seu Título II os Direitos Sociais que, sob a égide das constituições anteriores se encontravam espalhados ao longo de seus textos, demonstrando com isso, a intenção do legislador constituinte sobre a vinculação dos mesmos com os direitos individuais.

No art. 5º, parágrafo 1º, fica destacado a inovação da CF de 1988 ao dispor a aplicabilidade imediata às regras definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Isso significa uma exequibilidade instantânea derivada da própria constituição, com a presunção de norma pronta, acabada, perfeita e auto-suficiente.

Ainda, no art. 5º, parágrafo 2º, temos que:

Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Verifica-se com isso, a possibilidade da existência de outros direitos e garantias fundamentais inseridos ao longo de todo o texto constitucional, como também o fato de os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais receberem o mesmo tratamento dos direitos fundamentais, e passarem a ter a aplicabilidade imediata no direito interno.

1.2 Princípios Constitucionais e Processuais Penais

A fim de explanar os princípios que asseguram as garantias fundamentais em face da liberdade do indivíduo, pois exprimem, na verdade, um sentido mais relevante do que o da própria norma jurídica, atuando como a verdadeira razão fundamental de ser um determinado bem ou direito.

Dessa forma como toda ciência possuir suas raízes concretas e abstratas, formadas, em grande parte por princípios, a Ciência Jurídica também possui inúmeros princípios que norteiam a atuação dos juristas com a interpretação das normas e soluções dos conflitos sociais.

No tocante o Princípio do Juiz Natural e Imparcial é aquele destinado, por critérios legais, antecipados e lógicos, sem artificialismo, a analisar determinada causa concreta, guardando equidistância das partes, sendo o guardião dos direitos e garantias fundamentais.

O artigo 5º, inciso II, da CF, diz que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

A competência é a medida da jurisdição, pronta a ser exercitada dentro de determinado território, cumprindo os padrões de respeitabilidade das prerrogativas de funções.

O Juiz natural abrange o Juiz imparcial, aquele que tem condições, objetivas e subjetivas, de proferir veredicto sem a menor inclinação por qualquer das partes envolvidas, fazendo com discernimento, lucidez e razão, com a finalidade de aplicar a lei ao caso concreto.

Há de se dizer que o princípio do Juiz Natural e Imparcial é a garantia assegurada da imparcialidade do Juiz e para garantir a segurança da sociedade contra o arbítrio Estatal.

O Juiz natural é aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal.

O art. 5º, incisos XXXVI e LIII, proíbem os tribunais de exceção e consagra a garantia do processamento e julgamento da causa pelo Juiz competente, segundo regras anteriores ao fato, ou seja, visando-se atingir o ponto correto de equilíbrio entre o Poder Judiciário e o Estado democrático de Direito.

Moraes (2003) argumenta que o referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a não só proibir-ser a criação de Tribunais ou Juízos de exceção, como também exigir-se respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Ferrajoli (2002) atribui ao princípio do Juiz Natural um triplo significado, distintos, embora correlatos: Juiz pré-constituído pela lei e não concebido após o fato, impossibilidade de derrogação e indisponibilidade de competência e proibição de Juízes extraordinários e especiais.

Nucci (2007) salienta que não basta ao processo penal o Juiz natural, mas que seja igualmente imparcial motivo pelo qual o Código de Processo

Penal coloca à disposição do interessado as exceções de suspeição e de impedimento, para buscar o afastamento do magistrado não isento.

Nery (2006, p. 104) traz de forma clara o conteúdo do princípio do Juiz Natural:

O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral.

Ainda podemos firmar que o poder jurisdicional só pode advir da nossa Lei Maior, e esta, como já visto, proíbe expressamente os tribunais de exceção. Nesse sentido, Theodoro (2001, p.66) ensina que:

Só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna.

Dada à importância do princípio do Juiz natural, Grinover (2002, p. 97) chega a dizer com muita propriedade que não há função jurisdicional possível sem a observância de tal princípio:

Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.

O autor Marques (1980, p. 58) é enfático em afirmar que a jurisdição só pode ser exercida se o órgão estatal estiver previsto na Lei Maior de um país soberano:

A jurisdição pode ser exercida apenas por órgão previsto na Constituição da República: é o princípio do juiz natural ou juiz constitucional. Considera-se investido de funções jurisdicionais, tão-só, o juiz ou tribunal que se enquadrar em órgão judiciário previsto de modo expresso ou implícito, em norma jurídico-constitucional. Há previsão expressa quando a Constituição exaure a enumeração genérica dos órgãos a que está afeta determinada atividade jurisdicional. Há previsão implícita, ou condicionada, quando a Constituição deixa à lei ordinária a criação e estrutura de determinados órgãos.

Insta salientar que o princípio do Juiz natural não tem aplicação apenas no âmbito nacional, pois também é consagrado em todos os países que ratificaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pois em seu artigo 10 prevê que todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Retomando o foco central, é possível notar que ficou evidente a importância do princípio do juiz natural nos dias atuais, assim não se pode falar em jurisdição social, ou propriamente em jurisdição sem a observação de tal princípio.

Para zelarmos por uma jurisdição imparcial, que dá a cada um o que é seu de direito, é necessário que se observe as regras constitucionais que regem as atividades jurisdicionais, e nestas a proibição de criação de tribunais de exceção.

Carneiro (1999, p.48) diz que:

A atividade jurisdicional é 'indeclinável', e somente pode ser exercida, caso a caso, pelo 'juiz natural'. Taxativamente proibidos que são, pela Lei Maior (art. 153, § 15), os 'foros privilegiados' e os 'Tribunais de exceção', a jurisdição somente pode ser exercida por pessoa legalmente investida no poder de julgar, como integrante de algum dos órgãos do Poder Judiciário, previstos no art. 112 da Constituição: Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos e juízes federais, Tribunais e juízes da Justiça Militar Federal e Estadual, Tribunais e juízes do Trabalho, Tribunais e juízes eleitorais, Tribunais e juízes estaduais."

O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal. Assim, afirma Mello Filho (2007) que somente os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado, nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo.

Desde a Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25/03/1824, o Direito Constitucional brasileiro previa em seu Título VIII – Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros – extenso rol de direitos humanos fundamentais, entre eles o princípio do Juiz natural, repetido, igualmente, por nossa 1ª Constituição republicana, de 24-2-1891, que em seu Título III – Seção II, previa a Declaração de Direitos e nas demais Cartas Republicanas.

O direito a um juiz imparcial constitui, portanto, garantia fundamental na administração da Justiça em um Estado de Direito e serve de substrato para a previsão ordinária de hipóteses de impedimento e suspeição do órgão julgador. Sempre, repita-se, no intuito de garantir a imparcialidade do órgão julgador.

No que tange o princípio do Promotor Natural e Imparcial é a garantia assegurada pela Lei Maior como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ressalta-se que o Ministério Público é instituição permanente e autônoma, que tem como finalidade, dentre outras, a proteção aos fracos. Nos termos do artigo 127 da CF de 1988, o “Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

No artigo 128, §5º, I, “b”, da Lei Maior, estabelece, dentre outras garantias, a inamovibilidade, salvo por interesse público e o artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, que diz que ninguém será processado, nem sentenciado senão por Autoridade competente, sendo tal princípio fundado na inamovibilidade do representante do Ministério Público.

O princípio do Promotor Natural surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita, no art. 153, § 1º, da CF de

1969. Hoje encontra guarida constitucional, elevando-se à categoria de princípio constitucional. Já antes da atual Constituição a doutrina ressaltava a necessidade de o membro do *parquet* atuar de forma imparcial.

Para Gomes (1994, p. 418):

O direito de todos os cidadãos de contar com um julgamento rigorosamente legal (*due process of law*), independente e imparcial traduz uma das mais fundamentais conquistas do moderno processo penal liberal, apoiado em bases democráticas, e representa um dos mais importantes limites ao direito do Estado de invadir a dignidade e a liberdade individuais. 1 Apontamentos sobre o princípio do juiz natural.

Em referência ao princípio do promotor natural, a CF de 1988, em seu artigo 5º, LIII, prescreve que “ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente”. Assim, a fixação do Promotor com atribuições para atuar num processo deve ser anterior ao fato.

Quanto ao princípio do promotor natural e o entendimento do STF, há divergências doutrinárias. Uma corrente determina que o STF “por maioria de votos, refutara a tese de sua existência (HC 67759/RJ, DJU de 1º.7.93) no ordenamento jurídico brasileiro, orientação essa confirmada, posteriormente, na apreciação do HC 84468/ES (DJU de 20.2.2006)”. Já outros, como Nery Junior (1992), entende que o STF de forma expressa aceita o princípio do promotor natural.

O princípio do promotor natural também é denominado princípio do promotor legal. É a extensão do princípio do juiz natural. Como não há previsão expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos do princípio do promotor natural, pode-se afirmar que o mesmo consta de forma implícita, por decorrer do postulado do juiz natural.

O réu tem o direito público subjetivo de somente ser acusado por um órgão escolhido de acordo com critérios legais previamente fixados. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – MINISTÉRIO PÚBLICO -PROMOTOR NATURAL- O promotor ou o procurador não pode ser designado sem obediência ao critério legal, a fim de garantir julgamento imparcial, isento. veda-se, assim, designação de promotor ou procurador *ad hoc*, no sentido de fixar previa orientação, como seria odioso indicação

singular de magistrado para processar e julgar alguém. importante, fundamental e prefixar o critério de designação. O réu tem direito público, subjetivo de conhecer o órgão do ministério público, como ocorre com o juízo natural (RESP 11722/SP, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, 08/09/1992).

O juiz natural é garantia do cidadão, do magistrado, do Poder Judiciário e da sociedade, sendo parte integrante e indissociável do direito de acesso à Justiça e do superprincípio do devido processo legal.

Tal garantia encontra abrigo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) e em diversos outros instrumentos internacionais.

Vale mencionar que o Princípio de Presunção de Inocência, historicamente, surge na *Magna Carta Libertatum*, de João-Sem-Terra (1215) e se consolida no período revolucionário francês, logo após a queda da Bastilha, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que fez questão de deixar registrado em seu art. 9º:

“Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”.

A mesma prescrição consta da Constituição Francesa de 1791.

O princípio de presunção de inocência tem incidência processual e extraprocessual, a nossa Magna Carta expressa no artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Tal é a importância da idéia veiculada neste princípio que, quase dois séculos mais tarde, ele continua a ser ressaltado, desta feita na Declaração Universal dos Direitos do Homem votada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, cujo artigo XI é de uma clareza solar explícita que:

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

O mesmo ideal é reproduzido no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU em 1966, cujo artigo 14, item 3, enumera um rol de garantias mínimas a qualquer pessoa acusada de um delito, sobressaindo-se na alínea “g” o direito de não ser obrigado a se confessar culpado.

Da mesma forma, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), também nominada de Pacto de São José da Costa Rica, cujo item 2, do art. 8º, celebra a idéia de que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”

Tal princípio garante a impossibilidade de que o acusado possa ser considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A presunção de inocência vem do direito romano com a expressão “*in dubio pro reo*”, tendo sido fortalecida no século XVIII, em 1789, na França, constando expressamente no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Tal princípio tem a função de garantir a proteção do acusado. E como a presunção é relacionada com a prova, acaba contribuindo na fase probatória a favor do réu.

Da mesma maneira que todos os outros princípios constitucionais, tal princípio aborda normas elementares ao direito que são básicos, mas também, vitais para o direito.

O princípio da presunção de inocência do acusado é, tecnicamente, a consideração prévia da não culpabilidade do mesmo. Consiste nela, assegurar à pessoa, o seu direito de ser considerado inocente até que haja uma sentença condenatória transitada em julgado.

Apesar de o princípio da presunção de inocência do acusado estar presente há bastante tempo, somente no ano de 1988, com a Constituição Federal, é que ele foi formalizado.

É assim que explica Câmara, (1997, p.04):

Todavia, ainda que não previsto na ordem constitucional anterior e também nas antecedentes é inegável que tal princípio sempre informou o ordenamento processual penal. Sua importância é tamanha que prescindia para seu

reconhecimento de previsão legal. Contudo e corretamente, o legislador constituinte de 1988, querendo ver reforçados os direitos do acusado, fez inserir dito princípio entre os direitos e garantias fundamentais.

É de se registrar que tal princípio surge pela primeira vez no Brasil, em 1948, com a declaração universal dos direitos do homem, feita pela ONU (Organização das Nações Unidas). Nela foi garantido o direito de locomoção do homem, e consagrado um respeito maior com o ser humano.

Atualmente, o princípio da presunção de inocência do acusado, vem sendo bem mais aplicado, analisado e aprofundado do que era antes da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, Câmara, (1997, p.42), ensina:

Salienta-se em referência ao direito pátrio que o princípio não merecera antes da entrada em vigor da nova Constituição um estudo mais aprofundado (...). Com o passar do tempo, todavia, obras mais amadurecidas surgiram conferindo a questão um enfoque mais adequado, abordando racionalmente o princípio e sua eficácia no processo penal.

A principal idéia que trás o princípio da presunção de inocência do acusado, é a de que ninguém poderá ser considerado culpado antes da sentença transitada em julgado. Dessa maneira, protege-se o acusado, para que ele não acabe sendo submetido a uma pena ou medida penal que são adotadas para as pessoas já sido condenadas.

Novamente, Câmara, (1997, p. 44-45), explica que:

O princípio da presunção de inocência impede que se admitam prisões que importem no reconhecimento da execução antecipada da pena ou que constituam consequência lógica da imputação, como ocorre nos casos de prisão obrigatória, razão pela qual se contrapõe ao princípio a previsão legislativa que nega ao acusado direito á liberdade provisória.

Ainda, pode-se dizer que o princípio da presunção de inocência está ligado também às idéias do *favor rei*, ou seja, favoráveis ao réu e a absolvição por insuficiência de provas. Ele funciona sempre de modo favorável ao réu.

É dever do Estado, na relação dos suspeitos da prática de crime ou contravenção penal, proceder à acusação formal e, ainda, durante o devido

processo legal, provar que o suspeito é o autor do crime. Assim, entende-se que o princípio da presunção de inocência do acusado não está apenas no âmbito do processo penal, mas também, no âmbito extraprocessual (foro criminal).

É garantida a pessoa, ser tratada como não criminosa, até que ela seja reconhecida dessa forma pelo sistema jurídico. E, não se identifica o princípio da presunção de inocência com o princípio do *in dubio pro reo*, pois esse sim delimita-se apenas no âmbito processual em que há incidir, tendo seu significado mais restrito que o princípio maior da presunção de inocência, que também ocorre fora do âmbito processual.

A finalidade dessa garantia processual penal é tutelar a liberdade do indivíduo, que se presume ser inocente, e é dever do Estado comprovar a sua culpabilidade.

Novamente, sobre o *in dubio pro reo*, também conhecido como princípio de interpretação das leis penais, pode-se dizer que ele decorre do princípio da presunção de inocência do acusado, pois caso exista a dúvida na interpretação da lei ou capitulação do fato, adota-se a regra mais favorável ao réu.

Lopes Júnior nos trás as três principais manifestações do princípio da presunção de inocência:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é constituído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal.
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da idéia de que ele é inocente e, por tanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.

Desde o início, onde o imputado é presumidamente inocente, não lhe é imputado o dever de provar absolutamente nada, pois existe uma presunção que deve ser destruída por quem está o acusando, sem que ele tenha qualquer dever de ajudar nessa desconstrução.

Ainda, o Decreto Lei nº 678/92, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, e nele, contém diversas garantias aos indivíduos. Mais precisamente no capítulo II, art. 7, itens 1 a 7, traz várias garantias quanto ao direito à liberdade pessoal dos indivíduos.

Concomitantemente o princípio do contraditório compõe uma das mais relevantes faces do devido processo legal, associado, sob o prisma do acusado, à ampla defesa. Por certo, não haveria processo bilateral, com igualdade de oportunidades, preservando-se o equilíbrio e a isenção estatal na condução do feito, se não houvesse contraditório.

Esse princípio decorre do brocardo romano *audiatur et altera pars* e é identificado na doutrina pelo binômio “ciência e participação”.

O contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse.

Tal princípio possui uma dialética, pois um argumento gera um contra argumento; uma prova gera uma contraprova e um pedido provoca um contra pedido ou uma contrariedade.

Possui status constitucional, nos termos do artigo 5º, inciso LV que preceitua que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

Tal princípio consiste na possibilidade das partes, em igualdade de condições, praticar todos os atos para convencimento do Juiz, bem como a necessidade da parte contrária estar ciente, dos atos praticados por uma delas.

No caso concreto o Juiz coloca-se equidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra o direito de se manifestar em seguida.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, deixa evidente que o princípio do contraditório e ampla defesa é de cumprimento obrigatório nos

processos judiciais e administrativos, não há que se falar na incidência deste princípio no Inquérito Policial, uma vez que este é mero procedimento administrativo.

A doutrina sempre defendeu que tal princípio não se aplica ao inquérito policial, pois neste não há processo, mas apenas um procedimento administrativo pré-processual inquisitório. Ou seja, como no inquérito policial não há acusação, também não há defesa.

O contraditório abriga o direito à informação como também o direito a participação, enquanto a ampla defesa abriga o direito da defesa técnica, das provas, da audiência, de ser ouvido e de estar presente em todos os atos processuais.

Fundamentado em Carnelutti, afirma que quem refletir acerca desse importante e delicado instituto perceberá os defeitos, o custo e o rendimento da ação da parte. A parte é o órgão mais pronto, mais imediato, para a transmissão do fato ao juiz: esse o rendimento. Mas é também o órgão mais poderoso: esse o custo. O referido autor menciona ainda que perigo não se elide senão por meio do contraditório, que depura a ação de cada uma das partes de demasias e superfluidades, permitindo ao juiz separar os elementos úteis dos elementos inúteis ou danosos acaso encontráveis no acervo de fatos apresentados pelo autor ou pelo réu.

Greco (2005, p.72) define o contraditório como o princípio que impõe ao Juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão e oferecimento às ambas das mesmas oportunidades de acesso à justiça e de exercício do direito de defesa.

Assim também Oliveira (2008, p.28) relata que:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.

É possível observar que a questão mais tormentosa a respeito do contraditório, no que tange as medidas cautelares, onde, em um primeiro momento estaria sendo afastado referido princípio. Entretanto, vigora na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que não há quebra de tal princípio, invocando nestes casos, o contraditório diferido, pois antes da prolação da sentença, à parte contrária se dá a oportunidade de manifestar-se sobre a medida.

Por derradeiro, as medidas cautelares estabelecidas em lei, tem-se que o direito do cidadão está sendo respeitado, e observado o devido processo legal.

Podemos destacar que o princípio da ampla defesa está expresso na Constituição Federal, também em seu artigo 5º, LV, garantindo ao réu, o direito de se defender da acusação que lhe é feita pela acusação.

Para Nucci (2007, p.34) a ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos do réu e cita o caso de ajuizamento de revisão criminal, que é vedado para acusação, bem como o poder de constituir o advogado, entre outros.

Tourinho (2007) fortalece tal posicionamento ao afirmar que em todo processo do tipo acusatório vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza de direito primário e absoluto da defesa, razão pela qual o réu deve conhecer a acusação que lhe imputado para poder contrariá-la, evitando assim que seja condenado sem ser ouvido.

Nucci (2007) afirma a importância e as razões da ampla defesa:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.

A Carta Constitucional reza pela permissividade de oposição, quando alude que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Conclui-se, sem resistência ao intérprete que, dentro dos procedimentos, cabe ao acusado resistir, discordar, apresentar sua versão, dar como imprestável e recolocar qualquer argumentos ou provas usada em juízo.

No que se refere à defesa em processos administrativos, vale lembrar que a natureza do processo, mesmo sendo administrativo, instaurado pela Administração Pública e seus órgão, não deve ser causa de supressão da defesa do réu, pois, como mostra a Carta, havendo processo, deve haver defesa.

Tourinho Filho (2007) acentua a consagração constitucional da defesa em processo administrativo ao processo instaurado pela Administração Pública para a apuração de ilícitos administrativos ou quando se tratar de procedimentos administrativos fiscais, mesmo porque, nesses casos, haverá a possibilidade de aplicação de uma sanção.

Em primorosa construção jurisprudencial, o STJ editou a súmula 343, com o teor constitucional de defesa no processo administrativo, qual seja: “É obrigatória à presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Tal dispositivo se mostra de relevância, visto que impede que o órgão da administração penalize funcionário sem que este tenha a possibilidade de se defender dos argumentos, fatos e provas apresentados durante a instrução.

Há, no entanto, parte da doutrina que considera a decisão sumulada ruim, visto que contribuiu para a dificuldade de penalização dos crimes contra a administração pública. Além de possibilitar a anulação de diversas condenações.

Nesse fundamento, decisão do RE 434059, em que o Ministro Gilmar Mendes figurou como relator e recente determinação do STF, que construiu sua 5ª súmula vinculante: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Contudo, anota a Constituição, no artigo 133, necessidade indeclinável de que haja um advogado à administração da justiça.

Consagra que o defensor é inviolável nos limites da lei:

“Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações da profissão, nos limites da lei.”

Apesar da orientação do STF, mais acertado é o respeito à garantia do cidadão ao processo justo. A pena, por suas funções e a forte incidência na esfera pessoal do acusado, deve ser imposta sobre a proteção de procedimentos bem conduzidos, com contraditório. Falta de defesa, pelo prejuízo que causa, é causa de nulidade absoluta do processo. Ademais, anota-se que a defesa técnica é imprescindível e indisponível, não pode, dessa forma, não se realizar, mesmo que não haja defensor constituído, sendo este suprido por dativo ou público. O mesmo STF, em súmula, 523, prega a nulidade absoluta dos procedimentos quando demonstrado o prejuízo.

“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

Percebe-se que a falta da defesa que traga prejuízo é causa de nulidade absoluta. Entretanto, no processo administrativo ou em outro processo, a falta de defesa, por obviedade, causa prejuízo ao réu, visto que a este não é permitido o direito de fazer reperguntas formular sua versão, descaracterizar provas, participar dos procedimentos, mostrarem suas provas, testemunhas. O enunciado do STF deve, para evitar dúvidas, ser interpretado com vistas constitucionalistas consagradoras da ampla defesa, paridade de armas e proporcionalidade. Aponta-se que, como a defesa técnica quando executada de forma ruim, a falta de defensor em procedimentos, a falta de citação válida, várias são causas de nulidade absoluta e decorre essa conjuntura de prejuízo vultoso. Se situações menores do que a falta de defesa, como conjunto, causam nulidade, deve ser causa de nulidade a falta de defesa, mesmo que seja para proteção do processo.

Fernandes defende, que a reação defensiva, além de direito do cidadão, é garantia da própria sociedade, essa visão de defesa como direito, incontestável sem dúvida, é ampliada quando a defesa é analisada numa perspectiva constitucional, não mais presa ao círculo restrito de uma ótica individual, revelando-se, então, como garantia da própria sociedade.

Outro aspecto que merece destaque são as garantias processuais ao acusado, a qual apregoa que toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as

devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um Juiz ou Tribunal competente.

Um documento que melhor espelha as garantias processuais é o Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, que também trata da ampla defesa, e expõe-se:

Artigo 8º - Garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Analisando o trecho do art. 8º, observa-se uma definição de ampla defesa que engloba, além de conceito regular, o consagrado princípio do juiz natural, o qual reza pela investidura do magistrado advinda de norma constitucional e, primordialmente, por essa investidura anteriormente ao cometimento do fato, ou seja, que o órgão jurisdicional esteja em atividade antes de o fato ser levado a juízo. Outro trecho da mesma declaração deve ter anotação, ainda no art. 8, o qual versa sobre a comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.

Percebe-se a necessidade de fundamentação e especificação da denúncia, sendo, com efeito, função do órgão ou indivíduo acusador detalhar as razões que o levam a acreditar que o fato, se cometido, é típico, ilícito e culpável.

Essa fundamentação tem uma função específica, qual seja possibilitar que o acusado se defenda de algo concreto, de uma acusação não abstrata, podendo invocar sua defesa técnica, autodefesa e defesa efetiva. Aproveita-se o mesmo artigo, sobre a necessidade de fundamentação, que elucida que a narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

O preceito anotado versa sobre a nulidade absoluta, que é a solução adequada para processo que se iniciem desrespeitando preceitos constitucionais. Denúncia ou queixa imprecisas não permitem justiça.

Referindo-se a respeito da defesa técnica, esta é a defesa do cidadão, inserido nos procedimentos do curso processual, por sujeito habilitado ante órgão responsável, OAB, e, também, tecnicamente capaz, sendo este o advogado.

De acordo com o art. 8 -7 do Pacto de San José da Costa Rica (1992), o direito é irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor.

Esse direito de ser assistido, como diz o retro mencionado trecho do Pacto de San Jose, é irrenunciável, não pode, dessa forma, o acusado dispor do mesmo e, mesmo que não pague por um defensor, o Estado lhe concederá.

Ao Estado cabe permitir a ampla defesa, na sua espécie defesa técnica, ao acusado, propiciando que este receba a devida assistência jurídica, busca das garantias constitucionais, produção de provas, questionamento de testemunhas, alegando matérias de ordem pública, no curso do processo e, com relevante alteração, já na prisão em flagrante. Sendo assim, pouco importa a condição financeira do acusado, pois, diante da concentração de poder, terá este uma porção firme de resistência contra as acusações. Sólido é o entendimento dos tribunais, tanto que quando há aferição de que o defensor não foi diligente em seus atos, como quando apenas limita-se a pedir a pena mínima, há nulidade absoluta desde o momento em que se constata a falta de esforço. Esse aspecto da ampla defesa é visto no seguinte acórdão, o qual menciona a nulidade em decorrência da ausência de defesa efetiva:

TAMG. Defesa. Ampla defesa. Estado democrático de direito. Direitos e garantias fundamentais. Princípio da ampla defesa. Princípio do contraditório. Defesa técnica deficiente. Alegações finais em que a defesa apenas pede a pena mínima. Ausência de defesa. Devido processo legal. Nulidade declarada. Considerações sobre o tema com citação de julgado do STF. CF/88, art. 5º, LIV e LV. A CF/88 constitui clara e inarredável opção pelo Estado Democrático de Direito, no qual os direitos e garantias fundamentais devem sempre prevalecer, dentre estes, alinhavados, os princípios da ampla defesa e do contraditório, erigidos à categoria de dogmas e pressupostos

para a validade da prestação jurisdicional. Sob tal ótica, repugna aos anseios da sociedade a atuação defensiva meramente formal e desencadeada em ritmo burocrático, sem o postulado da defesa efetiva, traduzida na indispensável condução dialética do processo, em diligente contradição aos fatos e alegações suscitados na acusação. A defesa assim claudicante vulnera os interesses da sociedade democrática e impõe, de ofício e sem maiores indagações relativas à existência de prejuízos concretos, a decretação de nulidade processual, desde o momento em que se apresentar falho o patrocínio técnico do acusado no juízo penal.» (TAMG - Rev. Crim. 315.547 - Diamantina - Rel.: Juiz Alexandre Victor de Carvalho - J. em 11/12/2001 - DJ 08/10/2002 - Boletim Informativo da Juruá 336/029378).

Tal prisma é, sendo assim, conjugação do direito de defesa técnica em juízo com a efetividade e a diligência.

Deve, então, a defesa técnica ser esforçada e ter seriedade e as características que compõe esse preceito formam a defesa efetiva. Portanto, a defesa efetiva é um desdobramento da ampla defesa e uma necessidade da defesa técnica, sendo que a garantia não seria realizada sem que houvesse seriedade, responsabilidade, empenho e acompanhamento por parte do defensor ao caso.

Também denominado de Autodefesa, está o direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

O Pacto de San José trata como visto acima, do direito que tem o acusado em processo de promover, em certos momentos, sua própria defesa, de ter defensor – escolhido, dativo ou público – com o qual possa se comunicar antes do interrogatório e outros atos.

Ainda nesse bojo, da citada a autodefesa, deve o acusado ser interrogado pessoal e o juiz para tal dever ser competente, além de poder participar de qualquer procedimento e ser intimado e citado pessoalmente. O ato do interrogatório é o momento de embate entre acusação e defesa, com a mediação do magistrado, o qual tem possibilidade de já iniciar a formação seu convencimento, visto que tem o réu a sua disposição assim como tem o ministério público ou ofendido e pode questionar o inquirido e estudar suas ações. O Código de Processo Penal trata da situação do artigo 185:

“Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”.

A jurisprudência e a doutrina, devido à importância do tema, consideram causa de nulidade absoluta. Isso em decorrência do prejuízo que tem o réu, que não pode apresentar ao magistrado sua versão dos fatos ou causas supervenientes, e à própria justiça, que é lesado quando não observadas as recomendações constitucionais.

Há nulidade absoluta também caso haja interrogatório sem a presença de defensor, seja este constituído, dativo ou público:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, § 2º, INCISOS I E II, DO CP, E ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/2003. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DO DEFENSOR. NULIDADE ABSOLUTA. A realização do interrogatório do réu sem a presença do defensor, após a entrada em vigor da Lei nº 10.792/2003, constitui nulidade absoluta, porquanto, a inobservância das formalidades legais previstas nos artigos 185 a 188 do CPP fere o princípio da ampla defesa e do devido processo legal. (Precedente do STF e STJ). Habeas corpus concedido. (HC 73.179/DF, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 18/6/07)”

Sobre o direito de presença ensina Scarance que a segunda garantia da autodefesa é o direito de presença, por meio do qual se assegura ao réu a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa.

Com efeito, anota-se que o acusado pode participar de qualquer ato feito no curso do processo, colhendo, junto do advogado, informações e analisando os fatos para fortalecer a defesa. Também assiste o direito de postular para si, como nos pedidos relativos à execução da pena, sendo tal manifestação da autodefesa, quando não permitida, causa de nulidade, por

manifesto prejuízo. Uma das manifestações desse direito de autodefesa é o direito de permanecer em silêncio e de não auto-incriminação. Ao pólo passivo cabe ficar em silêncio, não respondendo às questões formuladas pelo Juiz durante o interrogatório. Também é direito do acusado, segundo Scarance (2010), escolher defensor de sua confiança para, junto a si, promover a defesa. Contudo, o princípio da ampla defesa, como fundamento de proteção aos direitos do réu, não permite que ocorra a primazia da autodefesa sobre a defesa técnica e efetiva:

STJ. Recurso. Renúncia. Sentença condenatória. Advogado. Divergência entre réu e defensor. Prevalência da defesa técnica em homenagem ao princípio da ampla defesa. CF/88, art. 5º, LV. CPP, art. 392. «Em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, na hipótese de conflito entre o réu, que renunciou ao direito de recorrer da sentença condenatória, e seu defensor, prevalece a vontade da defesa técnica, com idoneidade para avaliar as conseqüências da não impugnação da decisão condenatória.» (STJ - HC 18.400 - SP - Rel.: Min. Vicente Leal - J. em 02/04/2002 - DJ 06/05/2002 - Boletim Informativo da Juruá 322/028038)

Reafirma a posição o seguinte acórdão, também, do Supremo:

“STJ. Recurso. Apelação criminal. Advogado. Ampla defesa. Conflito de vontades entre o réu, que desistiu do recurso, e a defesa técnica que o interpôs. Prevalência da vontade técnica. Precedente do STJ. CF/88, art. 5º, LV. CPP, art. 392.

Existindo divergência quanto à interposição de recurso entre o acusado e o seu defensor, prevalece à vontade do último, posto tratar-se de profissional preparado tecnicamente, com melhor domínio sobre a questão jurídica, com mais experiência e condições para decidir sobre a conveniência ou não da impugnação (HC 15.007, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 22/10/2001). Ordem concedida, determinando que o Tribunal proceda a novo julgamento da apelação 1255505/8, examinando o mérito da questão como entender de direito (STJ - HC 18.393 - SP - Rel.: Min. José Arnaldo da Fonseca - J. em 13/03/2002 - DJ 29/04/2002 - Boletim Informativo da Juruá 322/028035).

Vê-se, nesse momento, que, embora haja divergência entre acusado e

defensor, suprema é a defesa técnica e efetiva, visto que tem o conhecimento jurídico, a experiência e a visão processual.

Do exposto, percebe-se a importância da ampla defesa no sistema jurídico, com breves demonstrações do acervo instrumental que tem tal princípio, o qual é sustentação tremenda ao Estado de Direito e inerente ao conceito de Justiça.

Um ponto fundamental de tal princípio é a possibilidade de autodefesa, isto é, pode o réu, em narrativa direta ao Juiz, no interrogatório, levantar as teses de defesa que entender cabíveis.

Atentas à importância do assunto, a jurisprudência e a doutrina consideram a ausência do interrogatório do acusado como causa ensejadora de nulidade absoluta, isso se ficar comprovado o prejuízo sofrido pelo réu.

Por fim, o acusado pode participar de qualquer ato do processo, colhendo, junto do advogado, informações e analisando os fatos para fortalecer a defesa.

Outro princípio que a doutrina tem-se debruçado é o princípio da proporcionalidade, muito embora não exista nenhum dispositivo explícito na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal, no artigo 5º, XLVI, estabelece as modalidades de pena, o Princípio da Proporcionalidade importa que as penas aplicadas devam estar em harmonia com a gravidade da infração cometida, funcionando como forte barreira impositiva ao legislador, em primeiro lugar, que o remédio não pode ser mais agressivo que a enfermidade. Isto é, as medidas cautelares deverão ser confrontadas com o resultado de uma provável condenação, para saber se a dose é realmente justa, ou excessiva.

O princípio da proporcionalidade tem sido utilizado nas decisões judiciais, ante a existência de colisões entre direitos fundamentais e também na elaboração de normas e limitações de direitos fundamentais pelo legislador.

Aristóteles interpreta que a proporcionalidade fazia parte do conceito de justiça. Para ele, o justo é uma das espécies do gênero proporcional.

Gomes (2006) esclarece que diversos diplomas relacionados aos direitos humanos já traziam a idéia de proporcionalidade.

A própria *Magna Charta Libertatum*, de 1215, dispunha em seu artigo 20 que “não se poderá multar um homem livre por pequena transgressão, exceto de acordo com o grau da transgressão”.

Marques esclarece que a obra de Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, certamente influenciou o artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que prevê que a legislação deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias. “Esse critério de necessidade das penas passou a constituir um dos alicerces do Direito Penal contemporâneo”

Nesse contexto, com o intuito de coibir eventuais excessos por parte do Estado, detentor do *jus puniendi*, revela-se a importância do princípio da proporcionalidade, visando controlar e proibir excessos.

Ao analisar o Estado Democrático de Direito, Claudio José Langroiva Pereira, constata que “o princípio da proporcionalidade surge como instrumento capaz de captar a sensibilidade popular às violações de normas, bem como a valorização social racional do próprio sentido das penas”.

É importante salientar, neste ponto, que incumbe ao operador do direito o dever de se basear nos critérios prescritos no próprio ordenamento jurídico, durante a interpretação de normas jurídicas.

Dentre os critérios existentes, destacam-se a hierarquia, a ordem cronológica, a especialização e a ponderação de valores, critérios que são utilizados pautados pela razoabilidade.

Bobbio (1999, p.92/96), ao afirmar que cada ordenamento jurídico constitui-se em um sistema, explica que os conflitos de normas (antinomias) tendem a ser eliminados pelo intérprete.

Para tanto, o autor sugere três regras fundamentais para a solução de antinomias: (i) critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*; (ii) o critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*; (iii) o terceiro critério, dito *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*.

Dessa forma, ao analisar as normas constitucionais e infra-constitucionais, o operador do direito deve-se pautar em uma interpretação sistemática, levando em conta todo o ordenamento jurídico.

Ao realizar a interpretação de forma sistemática, verificar-se-á uma coerente aplicação da norma geral abstrata, tornando-a norma individual no caso concreto.

No entanto, há casos em que, mesmo dentro de uma interpretação sistemática, há colisão de normas constitucionais. Surge, nesta via, a necessidade do operador do direito solucionar este conflito.

Paulo Bonavides (1997), ao tratar do princípio da proporcionalidade, esclarece que a lesão ao princípio assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos provenientes da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontestável de que um sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais.

Por sua vez, Guerra Filho (1997), afirma que para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, no Estado Democrático de Direito, em face de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ocuparem mesma posição na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando completamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu “núcleo essencial”, onde abriga o valor da dignidade humana.

Portanto, a dignidade da pessoa humana, fundamento básico do Estado Democrático de Direito pátrio, jamais poderá ser aviltada, uma vez que se trata de valor supremo e núcleo essencial a ser respeitado e protegido.

Conclui-se, assim, que sequer através do princípio da proporcionalidade, acima denominado de “princípio dos princípios”, justificar-se-ia um afrontamento à dignidade da pessoa humana, que é valor fundamental a ser observado na colisão entre princípios em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, indiscutível é a função do princípio da proporcionalidade na busca de uma solução mais equilibrada no conflito entre normas constitucionais, assegurando-se sempre a preservação da dignidade da pessoa humana.

Reale Júnior (2006, p.12), ao tratar do tema, defende que o princípio da proporcionalidade deflui do conjunto de princípios e direitos fundamentais explícitos na Constituição, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Emanada, portanto, da proibição de penas cruéis, da determinação da individualização da pena que importa, no primeiro momento, em uma individualização legislativa de acordo com a natureza do bem jurídico tutelado e depois, quando da sentença, na busca da pena justa e proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade do agente.

A Constituição da República Portuguesa revela, em dois momentos, a previsão expressa do princípio da proporcionalidade. São eles:

“Artigo 19.º - (suspensão do exercício de direitos) 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, notadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

Artigo 266.º - princípios fundamentais – 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé”.

Verifica-se, assim, que o Legislador Constituinte português elencou, entre os princípios fundamentais da Administração Pública, o princípio da proporcionalidade, ao qual se devem pautar sempre os órgãos e agentes públicos, na interpretação das normas e no exercício de suas funções.

Bonavides (1997) lembra que foi na Alemanha onde o princípio da proporcionalidade assentou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência, adquirindo natureza de princípio constitucional na segunda metade do século XX, com função de salvaguardar direitos fundamentais.

No Brasil, embora não esteja expressa na Carta Política, a doutrina tem se manifestado favoravelmente à existência do princípio da proporcionalidade, ainda que de forma implícita ao Texto Constitucional.

Destaca-se, nesta linha, a existência do princípio da proporcionalidade, cuja função primordial será orientar o operador do direito em casos onde houver colisões entre princípios consagrados na Lei Fundamental, com intuito evidente de salvaguardar o Estado Democrático de Direito.

Prossegue Bonavides (1997), constatando que no Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. É na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, com aptidão de acautelar o cidadão e toda sociedade do arbítrio do poder, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado no Direito Constitucional. A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades.

Consequentemente, ao se atentar contra um princípio fundamental, há uma ofensa severa a todo Estado Democrático de Direito, uma vez que a própria Lei Fundamental e seus princípios orientadores deixam de ser observados com o rigor que os distingue.

Nesta esteira, o princípio constitucional da proporcionalidade adquire indispensável função no ordenamento jurídico como um todo, pois trará, em sua essência, o equilíbrio necessário para a solução de conflitos entre direitos protegidos pela Constituição da República.

Deve, portanto, o Estado seguir rigorosamente o princípio da justa medida, tomando por base a Carta Política e as necessárias medidas para alcançar o objetivo do Estado Democrático, sem ofender a dignidade da pessoa humana.

Noutras palavras, o Estado deve agir sempre que normas forem violadas, assegurando o interesse público e, sobretudo, preservando ao máximo os direitos e garantias individuais, tendo como instrumento indispensável o princípio da proporcionalidade, que deverá balancear eventuais colisões de direitos, sempre em busca de valores maiores, como a Justiça e a paz social.

Araújo e Nunes Júnior (2005, p.67) entendem que o princípio da proporcionalidade orienta o intérprete na busca da justa medida de cada

instituto jurídico. Tem por objetivo a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, sendo que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários significados possíveis da norma. Em suma, deve-se ter uma aplicação razoável da norma, razão pela qual tal princípio pode ser utilizado em sinonímia com o princípio da razoabilidade.

Em sentido semelhante, os Estados Unidos da América do Norte também se preocuparam com a utilização do princípio da proporcionalidade, tomando como diretriz a noção do comportamento razoável de acordo com as circunstâncias, para fins de elaborar e tomar suas decisões.

Na ordem constitucional dos Estados Unidos da América, a idéia de proporcionalidade se encontra assentada na oitava emenda constitucional, ou seja, no artigo 8º. da Emenda de 15 de dezembro de 1791, *in verbis*: “Não se exigirá fianças excessivas, nem se imporá multas excessivas, ou se infligirá penas cruéis e inusuais”.

No ordenamento jurídico brasileiro, como frisado, mesmo de forma implícita, revela-se a proporcionalidade como um princípio norteador, que decorre do conjunto de princípios e direitos fundamentais explícitos na Lei Fundamental, tendo como base a dignidade da pessoa humana.

Stumm (1995, p.78), defende que o princípio da proporcionalidade decorre do princípio expresso do devido processo legal (o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal). Para esta autora a fundamentação do princípio em comento, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional do devido processo legal, importando a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados. O princípio da proporcionalidade tem um papel importantíssimo para a racionalidade do Estado de Direito: a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Mendes pronunciou-se sobre uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal:

“Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a

inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)".

Portanto, como corolário constitucional, o princípio da proporcionalidade tem o condão de proteger os cidadãos e toda a sociedade contra o arbítrio do poder, determinando que o Poder Judiciário, ao analisar casos concretos em que haja conflitos entre princípios constitucionais, busque uma solução pautada no princípio da proporcionalidade.

Para tanto, deve-se fazer o sopesamento entre os direitos em conflito, com a ponderação razoável acerca daquele que deve prevalecer, sem, contudo, afetar o princípio vetor do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Em síntese, sobre este princípio, Bonavides (1997), revela que atropelar um princípio, de grau hierárquico superior, significa atentar contra o fundamento de toda ordem jurídica.

Pode-se dizer que é o princípio da proporcionalidade que fala mais alto no momento em que o Juiz decide-se por uma ou outra medida cautelar, cabendo ao mesmo eleger a medida mais adequada ao caso concreto, atentando aos parâmetros de necessidade, adequação e vedação de excesso. Dessa maneira, nada justifica manter o indivíduo preso preventivamente se, ao final, a provável pena a ser imposta não será cumprida em estabelecimento prisional.

Cumpre salientar que um dos pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade consiste na sua justificação teleológica, segundo a qual somente se fundamentam as restrições a direitos individuais por razões de adequação, necessidade e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio do devido processo legal, no seu art. 5º, inciso LIV.

Este princípio, originado da cláusula do ¹*due process of law* do Direito anglo-americano, deve ser associado aos princípios constitucionais do controle

¹devido processo legal

judiciário que não permite à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e das garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, segundo o disposto nos incisos XXXV e LV do mesmo artigo da Constituição.

A garantia da prestação jurisdicional, com a devida presteza e sem procrastinações, é corolário do devido processo legal. E quando a expressão refere-se a processo e não a simples procedimento, alude sem dúvida ao processo judicial pelo Estado, segundo os imperativos da ordem jurídica, e com as garantias de isonomia processual, da bilateralidade dos atos procedimentais, do contraditório e da ampla defesa.

Há de se mencionar ainda que a igualdade perante a lei e o devido processo legal são princípios constitucionais complementares entre si, pois os princípios da legalidade e da isonomia, essenciais ao Estado Democrático de Direito, não fariam qualquer sentido sem um poder capaz de fazer cumprir e pôr em prática, para todos, com a necessária presteza, a Constituição e as leis do País. No Direito Constitucional americano, onde se inspira o princípio do devido processo legal, e introduzido no Brasil pela Constituição de 1988, as cláusulas do *due process of law* e da *equal protection of the laws*² complementam-se reciprocamente, a partir da 14ª Emenda à Constituição de 1787 dos Estados Unidos, ratificada pelo Congresso em 1868.

Tão importante princípio, o do devido processo legal, teve sua origem histórica, como se sabe, na Magna Carta de 1215 que se referia inicialmente ao processo ³*by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*, ou na expressão original em latim *per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*, o que significa que ninguém pode ser processado "senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do País".

A 5ª Emenda à Constituição Americana de 1787 foi, porém, que introduziu a expressão *due process of law*, estabelecendo que "nenhuma pessoa pode ser privada da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal". E a 14ª Emenda, em 1868, vinculou os Estados da Federação à cláusula, o que permitiu à Suprema Corte Americana, especialmente nos

² igualdade perante a lei .

³ pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra

anos 60, durante o período do *Chief Justice* Earl Warren, desenvolver jurisprudência de proteção aos direitos civis assegurados no *Bill of Rights*.

A cláusula do devido processo legal no Direito Constitucional americano refere-se, numa primeira fase, como se sabe, apenas a garantias de natureza processual propriamente ditas, relativas ao direito a ⁴*orderly proceedings*, procedimentos ordenados por princípios como, no campo processual penal, a proibição de *bill of attainder* (ato legislativo que importa em considerar alguém culpado pela prática de crime, sem a precedência de um processo e julgamento regular, em que lhe seja assegurada ampla defesa) e de leis retroativas (*ex post facto law*), além da vedação de auto-incriminação forçada (*self incrimination*), do julgamento duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e do direito a ampla defesa e ao contraditório. No campo processual civil, como no processo trabalhista, do direito constitucional à tutela jurisdicional do Estado e do devido processo legal resultam a instrução contraditória, o direito de defesa, o duplo grau de jurisdição e a publicidade dos julgamentos dentre outras garantias. Segundo sua concepção originária e adjetiva, portanto, a cláusula do devido processo legal não visava a questionar a substância ou o conteúdo dos atos do Poder Público, mas sim, a assegurar o direito a um processo regular e justo. Por isso, nesse sentido, aplica-se a denominação *procedural due process*.

A partir de 1890, incorporou-se à cláusula do *due process of law*, já na vigência da 14^a Emenda à Constituição Americana, o sentido de proteção substantiva dos direitos e liberdades civis assegurados no *Bill of Rights*. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial e baseando-se em critérios de razoabilidade, passou a promover a proteção dos direitos fundamentais contra ação irrazoável e arbitrária ⁵(*protection from arbitrary and unreasonable action*). Estas são, em síntese, às razões do desenvolvimento da teoria do *substantive due process*.

A doutrina constitucional americana tem se modificado ao longo dos anos sobre a extensão e o significado da cláusula do devido processo legal. O renascimento do *substantive due process*, a partir das decisões da Suprema Corte nos casos *Griswold v. Connecticut* em 1965 e *Roe v. Wade* em 1973,

⁴ processo ordenado

⁵ proteção contra a ação arbitrária e irracional.

volta a enfatizar a importância da proteção de valores fundamentais contra ação arbitrária e irrazoável. Nas investigações criminais, segundo a doutrina e a jurisprudência norte-americana, a *disclosure*, isto é, a revelação de dados sigilosos, somente pode ocorrer existindo *probable cause* (fundada suspeita), o que somente se apura obedecidos os ditames do *due process of law*. A excepcionalidade da medida relativamente à privacidade dos cidadãos, assegurada na Constituição, somente pode ser verificada no âmbito do Poder Judiciário, fundada em critérios de razoabilidade e interesse público relevante.

A Constituição Brasileira de 1988, inspirada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, adota, no seu art. 5º, inciso LVI, o princípio da invalidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Consagra, assim, no nosso sistema constitucional, a famosa doutrina constitucional americana sintetizada na expressão ⁶*fruits of the poisonous tree*, observada em alguns casos pelo Supremo Tribunal Federal.

O princípio do devido processo legal nos Estados Unidos tem também sido aplicado, em muitos casos, pela jurisprudência, especialmente da Suprema Corte, para limitar a ação administrativa do Estado na esfera individual e o poder de polícia, garantindo aos cidadãos a proteção contra os abusos e a violação de garantias procedimentais e de direitos fundamentais. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

Finalmente, a importância da garantia constitucional do *due process of law* é reconhecida no Direito Comparado e no Direito Internacional ao incluí-la na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, das Nações Unidas, segundo dispõem os seus arts. 8º e 10 expressamente: "Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei;" e "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela".

⁶ frutos da árvore venenosa

Devido processo legal é a expressão que deriva do inglês *due process of law*, sendo princípio vetor do processo e em matéria penal é chamado de devido processo legal.

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, igualmente previsto no artigo XI, da Declaração Universal dos Direitos do Homem que garante que:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

O devido processo legal deve ser entendido como a garantia do cidadão, que ao ser acusado de um crime, somente será privado de sua liberdade após ser seguido passo a passo o devido processo legal.

Moraes (2002, p.112) lembra que tal princípio configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, tendo como corolários a ampla defesa e o contraditório.

Bonfim, (2009, p.39), afirma que basicamente, a garantia de que o conteúdo da jurisdicionalidade é a legalidade (*nullus actum sine lege*), ou seja, o rigor de obediência ao previamente estabelecido na lei. De fato, a origem histórica do princípio é inglesa (artigo 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem Terra aos barões ingleses), muito embora a concepção moderna do que venha a ser o devido processo legal se deve, em grande medida, à construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana.

O devido processo legal é um princípio antigo, contudo, atual, e base do Direito Processual e das principais democracias do mundo moderno.

Dessa maneira, tal princípio deve ser observado pelo Estado no combate à criminalidade estabelecendo leis a serem seguidas, as quais tanto servem como instrumento do Estado em sua persecução penal, como também limites impostos ao próprio Estado visando proteger o cidadão contra possíveis desmandos.

O princípio da livre convicção das provas, teve início em meados do século XVIII, quando o sistema da prova legal foi substituído pelo da livre convicção, onde o juiz era livre para apreciar as provas produzidas.

Significa que o juiz não mais fica preso ao formalismo da lei, antigo sistema da verdade legal, sendo que vai embasar suas decisões com base nas provas existentes nos autos, levando em conta sua livre convicção pessoal motivada.

É evidente que a análise levada a efeito pelo Juiz atende ao princípio do livre convencimento motivado, pelo qual, a partir do caso concreto que lhe foi posto, e após a apresentação de provas e argumentos dispostos pelas partes, tem ele liberdade para decidir acerca de seu conteúdo de forma que considerar mais adequada conforme seu convencimento e dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição, e dando motivação à sua decisão.

A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no art. 5º, CF, trazendo conseqüentemente à exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado).

Assim sendo, ao fundamentar a sua decisão judicial, o juiz estará operando, também, pelo respeito à sua independência jurídica como magistrado. A fundamentação é o momento em que o juiz deverá expor os fundamentos de fato ou de direito nos quais se baseou para tomar determinada decisão.

É nesse ato que o juiz deve motivar seu convencimento, referindo-se a todos os fatos relevantes, como a admissibilidade ou não de determinada prova, com o intuito de deixar explícitos os motivos que o levaram a determinado julgamento. É de suma importância dizer que este convencimento do juiz se dá através do que os doutrinadores chamam de persuasão racional, ou ainda, princípio do livre convencimento motivado.

Deste modo, neste sistema, o juiz tem total liberdade para apreciar as provas e as questões constantes nos autos, para assim, formar seu convencimento. Após chegar a um posicionamento, além de proferir a decisão, deverá o juiz, através da fundamentação, dizer como valorou as provas contidas nos autos, justificando assim o seu julgamento.

Vale dizer que os objetos de análise do magistrado devem estar presentes nos autos, caso contrário, estaria ele fazendo uso de conhecimento particular, infringindo, portanto, o princípio do contraditório. Observa-se, assim, que embora o juiz seja livre para escolher os elementos que embasam o seu julgamento, por conta da prevalência do princípio do livre convencimento, em contrapartida, deverá fundamentar suas decisões, a fim de garantir a segurança e a efetividade das relações entre os jurisdicionados e o Estado.

É necessário salientar que toda decisão deve ser fundamentada, como versa o art. 93, IX da Constituição Federal, porém, em algumas situações enunciadas pela lei, essa fundamentação pode ser feita de forma concisa. Dessa maneira, observamos que mesmo sendo superficial e restrita a motivação do magistrado ao proferir determinada sentença, desde que tenha sido abordada a matéria em julgamento na decisão, esta será válida, pois, trata-se de um requisito essencial para fins de evitar análises desvirtuadas dos fatos e direitos apresentados no processo e, para garantir a imparcialidade sobre a apreciação.

É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional.

Já o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, desde o preâmbulo da Constituição da República Brasileira, fica clara a centralidade do ordenamento jurídico brasileiro na pessoa humana como valor essencial, consagrada nos seguintes termos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna

e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição da República Brasileira se refere a todos os “humanos” titulares de direitos fundamentais.

Etimologicamente, dignidade vem do latim *dignitas*, que significa cargo, honra ou honraria. No vocabulário (Dicionário Aurélio), dignidade significa respeitabilidade, autoridade, moral, honra honestidade, um tema de imensa complexidade.

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 e pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

O princípio da dignidade da pessoa humana, partindo do conceito filosófico tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem, sendo que através dele se pode fazer uma sociedade política.

Com base na abordagem da filosofia Kantiana o homem é demonstrado como ser racional, que existe como fim em si e não simplesmente como meio. Os seres racionais estão submetidos à lei segundo a qual cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meio, mas sempre e simultaneamente como fins em si.

Isso, em suma, quer dizer que só o ser humano, o ser racional, é pessoa.

Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores.

A dignidade é atributo intrínseco da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente.

Cabe registrar que se a dignidade humana consta como princípio nas constituições modernas, isso se deve a uma conquista histórica, ou ainda, ao reconhecimento de que independentemente das circunstâncias ou dos regimes políticos, todo ser humano, pelo fato de ser pessoa, deve ter reconhecido pelo

Estado e pela sociedade em geral o seu valor e a garantia de todos os direitos que lhe são inerentes, como por exemplo, o direito à vida, à saúde, à liberdade, à educação e também à convivência familiar.

Com o passar do tempo à palavra dignidade, referindo-se a pessoa humana, passa a respeitar a integridade, a intangibilidade e a inviolabilidade do homem.

A Carta das Nações Unidas de 1945 traz em seu preâmbulo a referência à dignidade da pessoa humana, bem como a Declaração dos Direitos do homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas, em 1948, também inicia com o princípio em seu preâmbulo.

Sendo o valor supremo e fundamental a dignidade humana é transformada em princípio de direito a integrar os sistemas constitucionais preparados e promulgados.

Vale destacar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem começa afirmando que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade e justiça e da paz no mundo”, e que, a essas palavras, se associa diretamente a Carta da ONU, no qual, à declaração de que é necessário “salvar as gerações futuras do flagelo da guerra”, segue-se logo depois a reafirmação da fé nos direitos fundamentais do homem.

A respeito de tal princípio, Nery (2006, p. 68) explana que:

É o fundamento axiológico do Direito, é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro.

O reconhecimento da dignidade humana atuou por lentas e dolorosas conquistas. Segundo Miranda (1996, p.78):

O resultado de avanços, ora contínuos, ora esporádicos, nas três dimensões: democracia, liberdade, igualdade. Erraria quem pensasse que se chegou perto da completa realização. A evolução apenas se iniciou para alguns povos; e aqueles mesmos que alcançaram, até hoje, os mais altos graus ainda se acham a meio caminho. A essa caminhada corresponde à aparição de direitos essenciais a personalidade ou à sua

expansão plena, ou à subjetivação e precisão de direitos já existentes.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser notado desde a antiguidade, reconhecida primeiramente na religião, e posteriormente pela ordem do direito natural e finalmente positivada, com o surgimento nas constituições de diversos países.

Na Grécia antiga há existência de reflexão filosófica sobre o homem e sua dignidade. Historicamente, os autores apontam que a garantia da dignidade da pessoa humana está ligada ao cristianismo e se fundamenta na idéia de que o Homem foi criado á imagem e semelhança de Deus, considerando a pessoa humana são dotadas de um valor próprio insuscetível de ser reduzido a mero objeto ou instrumento.

Dessa maneira, foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo.

Somente no final do século XVIII, com Kant inicia-se a construção do conceito de dignidade como um atributo da pessoa, sendo o sujeito capaz de ser responsável por seus próprios atos e de ter consciência de seus deveres.

Silva (2000, p.91) comenta que a:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos exigência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc.,

não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Em poucas palavras Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p.118), se referem a tal princípio como fundamental do direito, sendo o primeiro, o mais importante.

Nesse sentido, Andrade (2007, p.69) salienta que a dignidade humana não se define pelo que é, mas sim pelo seu oposto, ou seja, pelo que não é. Não sendo digna a vida humana que é desprovida de saúde elementar, de alimentação mínima, de saúde básica ou de educação fundamental.

Para Zisman (2005, p.39), a consciência da dignidade do homem, a evolução da humanidade que se verifica com a aceitação da necessidade do respeito do homem como pessoa, leva ao entendimento de que a dignidade depende do respeito aos direitos fundamentais por parte de cada indivíduo da sociedade e também por parte do Estado.

No livro Humanismo de Maritain e Sistema Jurídico Brasileiro, Pozzoli (2001), diz que é digno de realce, e temos o respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento da Lei maior do país, e ainda prossegue dizendo que da letra da lei à realidade à distância, mas já foi dado um grande passo no caminho da sua efetiva aplicação, pois agora existe um instrumento jurídico à disposição do cidadão.

O princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana possui dois prismas, sendo eles o objetivo e subjetivo. No que tange ao prisma objetivo, quando envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo artigo 7º, inciso IV, da CF/88, cuidando do salário mínimo e incluindo em seu contexto os custos com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Não existe dignidade da pessoa humana se não dispuser de condições básicas de vivência.

Salienta-se que sob o prisma subjetivo, cuida do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, vivendo-se em comunidade e merecendo que todos os direitos fundamentais sejam respeitados pelo Estado.

Por isso que esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito.

Poder-se-á citar como exemplo o HC 70034718825-RS (3ªC.C, rel. Odone Sanguiné, de 08.04.2010, m.v), que faz alusão a mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que considerou inconstitucional a vedação legal à concessão de liberdade provisória contida no artigo 44 da lei antidrogas, por ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Todo homem é notado de valor de dignidade, seja por sua existência como ser humano, sua autonomia, aptidão para as regras da vida, que lhe pertence de forma inata, por isso, é irrenunciável e inalienável.

Por fim, e pelo acima exposto, adotar-se-á a corrente que entende ser a dignidade da pessoa humana inerente a qualquer ser humano desde seu nascimento, independente de qualquer característica. Sendo assim, o ser humano poderá desenvolver sua dignidade através da sua liberdade, que é inerente ao conceito de dignidade, de forma a traçar seu destino conforme se apresentarem as circunstâncias da vida.

2 POSTULADOS PARA APLICAÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios jurídicos estão presentes no texto constitucional, e cada vez mais estão sendo utilizados pelos operadores do direito na interpretação e aplicação das normas, sendo que anteriormente os princípios jurídicos não tinham força de norma jurídica, eram considerados idéias de direção e sugestão, somente com o tempo e a evolução do direito é que os princípios foram sendo reconhecidos como verdadeiras normas com eficácia e aplicabilidade.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, dando plena efetividade à normatividade constitucional, no que tange aos direitos fundamentais, quaisquer cidadãos podem invocar para fazer valer seus direitos e o Poder Judiciário, representado pelo Juiz, aplicá-los em quaisquer hipóteses que violam a seara constitucional.

Hodiernamente, os princípios são a base, a fundamentação de todo ordenamento jurídico, dotados de efetividade e juridicidade, devendo ser obedecidos por todos.

Dessa maneira, todo o sistema precisa dos princípios, sem os quais haveria o risco de aplicar o direito sem fazer justiça.

Mello (2000, p.748) comenta que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, costumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

No nosso ordenamento Pátrio os princípios encontram em posição superior, sendo o alicerce para a fundamentação do nosso diploma, exatamente pelo caráter de regra estrutural que apresentam.

Saliento que os princípios jurídicos, enquanto princípios constitucionais estão na mais alta normatividade no sistema jurídico.

Vale mencionar que o Direito Natural é como um conjunto de amplos princípios é aquele que se compõe de princípios inerentes à própria essência humana, podendo citar: o bem deve ser feito, não lesar outrem, dar a cada um o que é seu, respeitar a personalidade do próximo, o direito à vida, à liberdade, à participação na vida social, à igualdade de oportunidades.

O direito natural tem a origem no próprio homem, quando ele descobriu ser dotado de razão e por isto precisou disseminar e utilizar da justiça para que pudesse dar continuidade a sua espécie, transformando-a no que hoje conhecemos por sociedade, apresentando, em nossas codificações, de forma a trazer uma proteção ao indivíduo, possibilitando-lhe dispor de todos seus Direitos e Garantias, conforme expresso em Lei.

Ressalto que há corrente contrária como o Juspositivismo que, portanto, nega sua concepção de valor enquanto norma implícita em nossas codificações justificam que não é possível vivermos somente com os princípios de Direito Natural ou Jusnaturalismo, pois desta forma estaríamos retornando ao aterrorizante Estado de Natureza descrito por Hobbes, que colocaria todos contra todos; ninguém teria direito a nada, onde viveríamos o “olho por olho”, “dente por dente”.

O Jusnaturalismo revela-se, assim, como um meio ou instrumento a atacar todas as formas de totalitarismo, traçando as linhas dominantes de proteção ao homem, para que este tenha as condições básicas para realizar todo o seu potencial para o bem.

Nessa seara, os princípios podem ser definidos como normas de valores fundamentais de grande relevância, sendo aplicadas no ordenamento jurídico como o parâmetro de toda fundamentação e interpretação.

1.1 Definição

No que tange a sua definição, a expressão princípio é definida, em geral, como diretriz geral para o embasamento jurídico, sendo orientação dos direitos fundamentais. Em especial, indica o início, a origem de alguma coisa, enquanto no plural, refere-se a elementos básicos ou alicerce da formação de algo.

Por sua vez, princípios jurídicos são fundamentos jurídicos expressos em lei, mas também originados a partir de uma consciência jurídica universal, que influencia todo sistema normativo, na interpretação, integração e aplicação da lei.

Alguns destes princípios alcançam status de princípio constitucional ao serem recepcionados de forma expressa ou implícita pelo texto da lei maior.

Para Nucci (2007, p.59-60):

Os princípios gerais de direito, de um modo geral, estão presentes em todo sistema jurídico-normativo como elementos fundamentais da cultura jurídica humana, enquanto que os princípios constitucionais são eleitos para figurar na lei fundamental de um povo, de forma que possam servir de norte para toda legislação infraconstitucional, além de informar a própria aplicação das normas constitucionais.

Para Ricardo Guastini (2003, apud Ávila, 2009), a definição de princípios jurídicos não deveria sequer buscar uma definição unitária, mas apenas aceitar, primeiro, que alguns autores o utilizam com um significado e outros com outro e, segundo, que o termo princípio pode referir-se a vários fenômenos, e não somente a um só.

O referido autor ainda comenta que muitos autores utilizam o termo princípio de forma diversa, sem que a consistência de sua argumentação seja perdida em proveito da ambiguidade. É dizer: o problema não está em qualificar esta ou aquela norma ou este ou aquele fenômeno de princípio, mas em não perceber a diferença estrutural das normas ou dos fenômenos que se procura descrever.

É cediço que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que as normas jurídicas mais importantes de um ordenamento jurídico são os princípios.

Josef Esser (1961, apud Ávila, 2009) ressalta que princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado.

Mello (2000, p.747-748) define princípio enquanto:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para

sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Carraza (2002, p.33):

[...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Com base nas definições mencionadas pelos supracitados autores, princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, sendo normas que tem papel essencial no ordenamento jurídico, construindo a base para aplicação do direito.

1.1.1 Características

Os princípios jurídicos possuem algumas características como de normatividade, pois os princípios são espécies da qual a norma é gênero. Outra característica a ser mencionada é a imperatividade, ou seja, eficácia, pois devem ser obedecidos em sua plenitude e a eventual observância pode ser reparada judicialmente.

Barroso e Barcellos (2003, p.168) comentam que a eficácia é um atributo associado às normas e consiste na consequência jurídica que deve ressaltar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessária.

A eficácia pode ser positiva ou negativa.

É positiva quando há a possibilidade de se exigir judicialmente um direito subjetivo garantido por um princípio. Outro aspecto da eficácia é a vertente da interpretação, ou seja, a necessidade de se interpretar as normas inferiores em conformidade com as superiores, sendo que os princípios possuem superioridade sobre as demais.

Já se referindo à eficácia negativa determina que todas as normas ou atos que sejam incompatíveis com os princípios sejam declarados inválidos. Ressalta-se que a eficácia vedativa do retrocesso está intimamente relacionada

à eficácia negativa e os princípios fundamentais, pois podem ser exigidas do Poder Judiciário.

1.1.2 Funções

Os princípios jurídicos são de suma importância possuindo funções normativas, integrativas e interpretativas, as quais serão brevemente descritas a seguir.

A primeira função dos princípios é normativa, podendo ser concretizadas e gerando direitos subjetivos.

Outra função do princípio concerne à hipótese da lacuna jurídica, podendo ser suprimida com a sua utilização, exercendo a função integrativa em face das omissões legislativas, como reza o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil (LICC): “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

A terceira função de um princípio é a interpretativa, pois em cada caso concreto o interprete fará a interpretação levando em conta os princípios jurídicos.

Pode-se perceber, com base nos dados mencionados aqui que quanto as funções dos princípios, estas podem ser normativas, integrativas e interpretativas, de acordo com o caso e a ocasião em questão.

1.2 Normas: distinção entre princípios e regras

Nem sempre o ordenamento jurídico contempla todas as hipóteses legais necessárias à solução da lide. Assim, os princípios jurídicos preenchem as lacunas, pois a lei não pode prever todos os fatos pelo direito abarcado.

Primeiramente, antes de distinguir os princípios das regras, faz-se importante saber o que se entende por normas.

Ávila (2009, p.30) define que normas não são textos nem o conjunto deles, mas sim os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.

Por sua vez, Silva (2001, p.95), conceitua a norma como:

Preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoa ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

Para distinguir regras e princípios, Canotilho (1998) explica que os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, enquanto as regras têm sua abstração reduzida.

Salienta de maneira que, os princípios são vagos e indeterminados e necessitam de intervenções que os concretizem, estabelecendo padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria idéia de direito, enquanto as regras são precisas, podem ser aplicadas diretamente, sendo normas vinculativas com conteúdo apenas funcional (CANOTILHO, 1998).

Ávila (2009) comenta que foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípio recebeu decisiva contribuição.

Segundo o autor (Ávila, 2009), a finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao positivismo, sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios. Para ele, as regras são aplicadas do modo “tudo ou nada”. Os princípios ao contrário, não determinam vinculativamente à decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Alexy (2008), partindo das considerações de Dworkin, discorreu ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual é estabelecido deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas (Ávila, 2009).

Nesse sentido, Alexy pontua as possibilidades normativas, sob a ótica de que a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem, enquanto, para as fáticas, o conteúdo dos princípios como

normas de conduta só podem ser determinadas quando diante dos fatos (ÁVILA, 2009).

Do outro lado, as regras são normas que podem ou não podem ser realizadas. Quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige nada mais ou nada menos.

Rothemburg, (2003, p.40), relata que quando uma regra passa a vigor, ela jamais exclui, por completo, um princípio que com ela se relaciona. Os princípios estão sempre abertos a novas regras que podem surgir na medida em que a sociedade evolui e delas necessite. O fato de uma regra indicar um caminho em determinado sentido para um determinado princípio não impede que, no futuro, outra regra seja editada indicando sentido oposto ao mesmo princípio. Vale citar, então que as regras apresentam-se, portanto, como objeto da incidência dos princípios.

Para uma melhor compreensão do tema, torna-se necessário enfrentar a distinção de princípios e regras, o que se fará a seguir no próximo item.

1.2.1 Critérios para distinção de princípios e regras

Referindo-se a teoria dos princípios, Ávila (2009) faz alusão a critérios utilizados para distinção de princípios e regras, os quais seguem.

Os princípios podem ser distinguidos das regras pelo caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra para o caso concreto.

As regras são aplicadas de modo absoluto, “tudo ou nada”, ao passo que os princípios ocorrem de modo gradual, “mais ou menos”.

Há de se mencionar que as regras são distinguidas pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo, pois, para o autor, a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre princípios consiste num

imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão do peso a cada um deles.

Os princípios são considerados como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

1.2.2 Conflitos entre princípios

Uma das diferenças pontuadas entre os princípios e as regras está na incidência a casos onde se vislumbrem possíveis colisões, sejam entre princípios, sejam entre regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação, enquanto os princípios precisam e devem ser ponderados.

Quando duas regras colidem ou entram em conflito, uma das duas torna-se inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Já no que tange a colisão entre princípios, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso e integrar o sistema jurídico de acordo com a situação.

Nesse contexto, Bustamante (2002, p.156-157), diz que: “no caso de colisão de princípios, um deles tem que ceder ao outro, porém sem que o princípio afastado seja declarado inválido ou tenha que ser criada uma cláusula de exceção”.

Vale ressaltar que a colisão entre princípios ocorre diante de um caso concreto, analisado diante das situações fáticas do caso.

Seguindo o raciocínio de Dworkin, Ávila (2009) relata que no caso de colisão entre princípios, ao contrário das regras, há uma dimensão de peso, caso em que os princípios com peso relativo maior se sobrepõem ao outro, sem que este perca sua validade.

E ainda continua o autor (Ávila, 2009), citando Alexy, para quem, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, ao demonstrar-se a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Ressalta-se a respeito deste aspecto que é só

a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão.

Silva (2003, p.6.11) ensina que:

Para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios, fala-se que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes.

Assim, diante de um caso concreto, vários princípios são passíveis de aplicação, onde caberá o interprete de analisar e levar em consideração o peso, o valor dos princípios envolvidos, aplicando-o e resolvendo-se, de acordo com a situação, mesmo que diante de possíveis colisões, haja ponderação para que se chegue ao resultado mais justo e correto.

1.3 Metanorma e Postulado

A metanorma e o postulado são institutos que servem de critério para interpretação e aplicação do Direito.

Ávila (2009) comenta que postulado é a interpretação de qualquer objeto cultural e submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer, apreendido, havendo os postulados hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta.

O supracitado autor (Ávila, 2009) afirma ainda que os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que são qualificadas como normas de segundo grau. Por trás dos postulados há sempre outras normas que estão sendo aplicadas.

A respeito dos postulados cumpre ressaltar que estes funcionam diferentemente dos princípios e das regras, sendo que não se situa no mesmo nível. Os princípios e as regras são normas objeto da aplicação. Já os

postulados são normas que orientam a aplicação de outras e são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito.

Assim, a esse respeito cumpre ressaltar que os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Pode-se dizer que os Postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios, não sendo regras porque não descrevem um comportamento, não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico, funcionando de forma diferente relativamente a outras normas do ordenamento jurídico.

Estes não são princípios, pois eles não estabelecem um dever ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial.

1.3.1 Postulado da Proporcionalidade

Dentre as espécies de postulados, será mencionado aqui somente o da proporcionalidade, o qual é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim.

O postulado da proporcionalidade tem crescido em importância no Direito, servindo como instrumento de controle dos atos do Poder Judiciário, mas ocasionando alguns problemas. Dentre estes problemas gerados o primeiro é da aplicabilidade, sendo que no Direito Penal faz-se a referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena e no processual manipula-se a idéia de proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade a que se destina o ato processual.

Vale ressaltar que o postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. É aplicado apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais, adequação, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

O segundo problema refere-se ao seu funcionamento, existe aparente clareza quanto à circunstância de o postulado da proporcionalidade exigir o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Cada restrição de uma liberdade garantida constitucionalmente por um direito fundamental deve ser adequada, necessária e proporcional à proteção de um bem jurídico que seja, pelo menos, de igual valor, vez que, partindo do pressuposto de que liberdade é a regra, sua restrição, portanto, deve constituir exceção. Tais regras, necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito) são denominadas subprincípios do princípio da proporcionalidade, cuja aplicação implica no equilíbrio entre valores e bens constitucionais. Havendo proporção, é possível equilibrar as exigências do indivíduo e da sociedade, estabelecendo um balanceamento entre os direitos fundamentais.

Segundo Alexy (2008) necessidade, adequação e proporcionalidade são “parcelas” do princípio da proporcionalidade, onde *necessidade* implica dizer se um princípio tem mais ou menos peso em certa situação conforme as circunstâncias da situação tornem o valor que ele tutela ou promove mais ou menos necessário; *adequação* significa dizer que um princípio deve ser aplicado a uma situação quando é adequado para ela e proporcionalidade em sentido estrito, onde “os ganhos devem superar as perdas”.

Conforme definição de Canotilho (1998, p.131),

O princípio da exigibilidade, também conhecido como o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível. Assim exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adaptar outro meio menos oneroso para o cidadão.

O autor ainda define adequação como sendo o subprincípio que impõe que a medida adaptada para a realização do interesse público deva ser apropriada à persecução do fim ou fins a ele subjacentes. Conseqüentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção [...]

Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim (CANOTILHO, ano 1998, p.138).

Ressalte-se que, para Alexy (2008), os modelos de adequação e necessidade derivam dos princípios definidos como determinações de otimização com relação às possibilidades fáticas.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito "*stricto sensu*" deriva dos direitos fundamentais como determinações de otimização. Trata-se, então, da ponderação propriamente dita, de um mandado de ponderação. Na proporcionalidade em sentido estrito, quanto mais diretamente afete a intromissão do Estado às formas elementares de manifestação da liberdade de atuação humana, com tanto mais cuidado deverão ser sopesadas as razões para sua justificação.

Conforme entendimento de Alexy (2008), na proporcionalidade, os ganhos devem superar as perdas. Existe uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, e em caso de colisão, se requer ponderação, ou seja, a medida permitida de insatisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro.

Ávila (2009, p. 153), reforçando a ideia, traduz com clareza os conceitos supracitados:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.

Ávila (2009) posiciona-se no sentido de que a adequação significa o meio apto a atingir o fim fomentado pela norma, não se exigindo que este fim seja atingido, mas sim, perseguido.

A necessidade quer dizer o meio menos oneroso aos bens ou valores constitucionalmente protegidos, dentre todos os meios possíveis.

Por último, de forma resumida, proporcionalidade diz respeito a sacrificar o mínimo, visando a preservar o máximo de direitos, uma vez que

nenhum direito constitucional pode, sob nenhuma circunstância, suprir outro por inteiro.

1.3.1.1 Aplicabilidade da proporcionalidade

Como já mencionado, a proporcionalidade constitui-se em um aplicativo nos casos de meio e fim e aplica-se sempre quando houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, pois sem uma relação meio e fim não se pode realizar o exame de postulado da proporcionalidade, pela falta dos elementos que o estruturam.

Ávila (2009) conceitua que um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Para ele um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados e um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais.

Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.

Com o advento da Lei 12.403/2011, a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa.

Portanto, a necessidade e adequação, são os referenciais fundamentais na aplicação das novas medidas cautelares pessoais no processo penal.

Ávila (2009) comenta ainda que o postulado da proporcionalidade, presente implicitamente em nossa Constituição, por dedução do conjunto geral das garantias individuais, exerce uma dupla função no nosso ordenamento jurídico.

Na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição de excesso, mas, também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de

efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o interprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação.

Já na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma, constitucional ou infraconstitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.

Vale ressaltar que, o juízo de proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares deverá também se orientar ao modo mais sensível, naquela atinentes à proibição do excesso e da adequação da medida.

Como já foram abordados os principais aspectos referentes à definição e conceituação dos princípios constitucionais, assim como da metanorma e do postulado, a seguir serão abordados os aspectos referentes aos Direitos Fundamentais do cidadão.

3 DAS FORMAS CAUTELARES DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE

Como já foram abordados os principais aspectos acerca dos princípios e dos direitos fundamentais, neste capítulo serão explanadas as formas cautelares de restrição da liberdade.

Inicialmente pode-se salientar que a prisão é a privação da liberdade, do direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.

A prisão cautelar é aquela imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para assegurar a efetividade das investigações no processo.

A Constituição Federal em vários incisos trata da prisão cautelar, sendo de relevância o artigo 5º, inciso LXI, que diz que toda a prisão inclusive de natureza cautelar, a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, abrindo exceção para a prisão em flagrante e para casos de transgressão militar ou crime propriamente militar previsto em lei.

Só justificaria a prisão durante o processo quando tivesse natureza cautelar ou necessária para a causa, tendo como pressuposto o *fumus boni iuris* e o *periculun in mora*.

Com o advento da Lei 12.403/2011, publicada no dia 05 de Maio de 2011, com vigência no dia 04 de julho de 2011, trouxe importantes alterações no sistema de cautelares no processo penal, relativamente às prisões e à liberdade provisória, que agora acrescidas de novas medidas cautelares pessoais.

A nova geração traz relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir felizmente inúmeras alternativas ao cárcere (art 319 CPP).

Podemos mencionar que toda prisão antes do trânsito em julgado assumiu natureza cautelar, ampliando-se o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras modalidades de medidas cautelares.

Partes destas já estavam previstas na legislação penal pátria, como sanção restritivas de direitos, a proibição de freqüentar determinados lugares,

seja como espécie peculiar de cumprimento de privação de liberdade, e também a prisão domiciliar.

Hodiernamente podemos contar com as seguintes cautelares:

- a) Prisão cautelar (283 e ss);
- b) Prisão domiciliar (317 e 318);
- c) E outras cautelares diversas da prisão, como menciona o art.319 do Código de Processo Penal sendo.⁷

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

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

III – proibição de manter contato com pessoa determinada, quando por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado de lá permanecer distante;

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

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

⁷ **Art. 319.** São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

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

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

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

X – monitoração eletrônica

As novas medidas cautelares pessoais no Brasil se espelham na legislação portuguesa, como prevê o artigo 197 e seguintes do Código de Processo Penal de Portugal, sendo tratados lá como medidas de coação, no qual se inspiram no Código de Processo Penal Italiano, art.280 e seguintes.

A primeira cautelar (art. 319, I), implica o comparecimento periódico a sede de juízo, para que o investigado ou acusado informe sobre suas atividades regulares, cabendo ao juiz aferir a periodicidade do comparecimento, segundo sejam as condições do agente e a gravidade dos fatos, pressuposto de adequação de toda medida cautelar (art. 282, II, CPP).

Doravante, ainda que o investigado ou acusado resida fora da sede do juízo em que se processa a acusação será possível a imposição do comparecimento periódico e obrigatório, cabendo, porém, ao juiz do local da residência a fiscalização da execução da medida, seja por meio de carta precatória, seja pelo simples registro em livro próprio e confirmação posterior ao juiz da causa.

Há de mencionar ainda que a previsão no sentido de comparecimento obrigatório para informar e justificar atividades deve ser recebida em seus devidos e possíveis termos.

A segunda cautelar (art. 319, II, CPP), proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações, quando se mostrar conveniente para a investigação ou para a instrução, explica-se por si mesma, com quanto se

ofereça nela mesma, instrumentos adequados para a fiscalização do cumprimento da medida.

No que tange a terceira cautelar (art. 319, III, CPP), relativa à proibição de contato com pessoa determinada, estendendo-se a ela todas as observações com um acréscimo, o núcleo central das preocupações parece ser a vítima ou seus familiares, evitando-se contatos prejudiciais a todos os envolvidos, e, por isso mesmo, a reiteração de novos conflitos. Com tal medida a cautelar visa o contato com a pessoa para que se estabeleceu a cautelar.

A quarta medida diz respeito à proibição de ausência de Comarca, para fins de conveniência da investigação e da instrução criminal.

Podemos dizer que a lei não obriga à auto incriminação, ou seja, não constitui qualquer direito subjetivo a não produzir prova contra si mesmo, a pessoa não pode ser compelida, contra a sua vontade, a realizar os exames previstos em lei. Podemos exemplificar citando ninguém é obrigado a soprar o bafômetro, a escrever de próprio punho para comparações grafotécnicas.

Mas para o reconhecimento de pessoa, no caso em que a prova do crime necessite do depoimento de testemunhas oculares do fato, não há como recusar a validade da medida, podendo o juiz, inclusive, determinar a coercitiva do acusado para esse fim (art. 260, parte final CPP).

Essa cautelar ao meu ponto de vista, proibição de ausentar da Comarca é menos onerosa que a exigência de comparecimento periódico e obrigatório.

A grande inovação em tema de cautelares repousa na exigência de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga. Em princípio deveria se limitar à substituição e prisão em flagrante, nas hipóteses em que não seja ainda adequada e necessária a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP), ou, que o fato não se enquadre nas circunstâncias do art. 313, CPP, requisitos específicos daquela modalidade de prisão.

Por isso, o recolhimento domiciliar surge com a melhor alternativa ao cárcere, como medida de acautelamento prévio e anterior à decretação da preventiva, podendo até ser imposta independentemente de anterior prisão em flagrante, mas, segundo nos parece, mais adequada se revelaria como substitutiva da prisão em flagrante.

Vale ressaltar que o recolhimento domiciliar não é a mesma coisa que a prisão domiciliar, somente cabível como substitutivo da prisão preventiva e sob determinadas condições e circunstâncias pessoais, conforme se vê do artigo 318 do CPP.

A sexta cautelar se refere à suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira. A finalidade seria o impedimento da utilização de tais circunstâncias (serviços públicos e atividades econômicas-financeiras) para reiteração de infrações penais.

Podemos dizer que entende-se por função pública quando a atividade é exercida junto à Administração Pública, seja em cargo Público, seja em mandatos eletivos (de natureza política), seja, finalmente, por autorização ou delegação do Poder Público, seja no âmbito das empresas públicas.

No que tange ao conceito de atividade econômica financeira é bem mais amplo, devendo ser buscado, sobretudo, em relação ou em associação ao tipo de delito em se esteja investigando ou processando. De grosso modo, a atividade empresarial, de maneira geral, implica o simples e geral desempenho de atividade de natureza econômica.

Assim, ressalta-se a importância estratégica da posição ocupada pelo agente junto às instituições financeiras como fator de risco de reiteração do comportamento e de destruição de provas.

A sétima cautelar, a internação provisória do inimputável ou do semi-imputável dependerá, primeiro, da existência de indícios concretos de autoria e materialidade em crimes de natureza violenta ou cometida mediante grave ameaça, e, segundo, do risco concreto de reiteração criminosa, tudo isso a ser aferido por meio de prova pericial, como menciona o artigo 149 e seguintes do CPP.

A fiança, a qual refere a oitava cautelar, desde a Lei 6.416/1977 e até o ano de 1990 (Lei 8.035), havia perdido toda a sua importância no processo penal brasileiro, em razão da instituição legal da liberdade provisória sem fiança do então art. 310, § único, CPP, parece, agora, ressurgir das cinzas.

A fiança exige a prestação de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca em primeira inscrição, com o objetivo de assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, a

evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de injustificada resistência à ordem judicial (art. 319, VIII, CPP).

O monitoramento eletrônico dependerá de sua execução, por ato do Poder Executivo. A sua introdução no direito brasileiro se deu com a Lei 12.258/2010, com incidente de execução da pena, a fim de evitar o cárcere, sob determinadas condições.

Nos Estados Unidos, cujo modelo surgiu em 1971, para substituir prisões juvenis (menor e adolescente) e é utilizada em larga escala, o monitoramento pode ser feito de duas maneiras.

A primeira, denominada monitoramento ativo, é colocado junto ao monitorado um aparelho transmissor ligado a um computador central. Isso pode ser feito da maneira que menos danos cause à pessoa, no que toca a visibilidade da medida, permitindo maior mobilidade do usuário.

O segundo monitoramento denominado passivo, um computador é programado para efetuar chamadas eletrônicas para determinado local, procedendo à conferência eletrônica do reconhecimento de voz e emitindo um relatório de ocorrências.

A constatação da presença do monitoramento no local pode também ser feita por meio de uma pulseira ou de uma tornozeleira eletrônica, nesses casos, a medida impõe também o recolhimento domiciliar em determinados horários.

Nos Estados Unidos tal medida é utilizada em presos condenados e em condicional, como alternativa, de custos, ao sistema prisional.

No que toca ao regramento geral da aplicação das medidas cautelares, sendo que a imposição de qualquer uma delas deve se reportar à respectiva fundamentação, tal como se encontra no artigo 282, CPP.

Relativamente a todas as cautelares, a necessidade da medida deverá estar presente, sob qualquer uma das cláusulas genéricas do citado dispositivo: “necessidade para aplicação da lei penal e para investigação ou a instrução”.

No entanto, há hipótese em que não se admitirá a imposição de qualquer medida cautelar, independentemente de se mostrar necessária a providência. Trata-se de proibição de sua imposição nos casos em que não for

cominada pena privativa da liberdade para a infração penal em apuração ou já sob processo (art. 283, §1º, CPP).

Da mesma maneira, tais medidas serão inadequadas e desnecessárias as medidas cautelares para as infrações de menor potencial ofensivo, para as quais é previsto o processo conciliatório da transação penal, e também para os casos de proposta e aceitação da suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95.

3.1 Flagrante

A origem da palavra flagrante vem do latim *flagrans* (do verbo *flagrari*), significando o que está em chamas, que arde, que está crepitando.

A prisão em flagrante é uma das modalidades de prisão cautelar e é definida quando o agente é surpreendido em uma das situações do artigo 302 do CPP, servindo para evidenciar a existência de crime, do qual ele é o provável autor.

Art. 302 Considera-se em flagrante delito quem:

I está cometendo a infração penal;

II acaba de cometê-la;

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

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

Prisão em flagrante delito é a prisão do indivíduo surpreendido no instante da consumação da infração penal.

Para Lopes, (“apud” GERBER Daniel, 2003, p.104) “significa certeza visual do fato, trazendo consigo a possibilidade para uma pessoa de comprová-lo mediante a prova direta”.

Portanto o flagrante em si conforme o entendimento exposto é você ter

A certeza de que aquele fato ocorreu, (exemplo: acabou de ocorrer o furto, de um carro), (roubo), é a necessidade de invocar a persecução penal, mas não somente isso a visualização de que de fato houve um delito.

Para Delmanto, apud” Gerber, (2003, p. 105) o flagrante delito propriamente dito está ligado à presença de uma testemunha, ainda que ela não o perceba, mas que o assista.

Nucci, 2007, p.566, diz que o flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre a infração penal (crime ou contravenção penal).

Dessa maneira a prisão provisória não é pena, sendo que a segregação só possa ser admitida nos casos estritamente necessários como preceitua o artigo 310 e seu § único do Código Processo Penal.

Pois, o caráter cautelar da prisão em flagrante, somente necessária para assegurar a consecução dos fins do processo, do contrário, haverá desrespeito à Constituição Federal.

Vale salientar que as circunstancias que autorizam à prisão preventiva consistentes em garantia da ordem publica, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, não asseguram a consecução dos fins do processo e, não apresentando caráter cautelar, não se pode, sob pena de violência, manter alguém preso em flagrante sob o argumento de ser a segregação necessária para garantia da ordem pública ou da ordem econômica.

A prisão em flagrante é um ato de natureza administrativa, sendo efetivada-a, só justificaria a permanência do indiciado no cárcere para assegurar o resultado final do processo e para garantir-lhe o desenrolar normal.

Vale ressaltar que a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº.8.072/90), no seu artigo 2º, inciso II, não admitia nem a fiança nem a liberdade provisória, mas com o advento da Lei nº.11.464/2007 restringe a proibição apenas quanto à fiança, sendo retirada a vedação à liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados a tais.

Jairo José Gênova (2011) em seu artigo sobre a nova lei das prisões cautelares relata que a Lei 12.403/2011 não é tão liberal como se propaga, apenas fez algumas alterações no Código de Processo Penal.

Salienta no que tange as espécies de prisão provisória, que a nova lei aboliu à prisão em flagrante como modalidade da prisão provisória, mas não impedindo a prisão da pessoa flagrada na prática do crime, sendo que após o flagrante, no prazo de 24 horas, subsequente, o Juiz, se entender que o

investigado deve ser mantido preso, deverá converter o flagrante em prisão preventiva, revogando a prisão em flagrante como prisão cautelar ou provisória (Genova, 2011).

Principalmente, não se olvide que a prisão em flagrante possui natureza pré-cautelar, porquanto é instrumento a garantir a eficácia de futura prisão preventiva a ser decretada pelo pretor, além de ter a função de cessar a (suposta) infração que está sendo ou acabou de ser cometida. Seria absurdo que o agente estatal, presenciando a prática de uma infração penal, deixasse de agir de súbito, razão pela qual a prisão em flagrante é ato obrigatório aos agentes estatais.

A prisão flagrancial, assim, não é mais cautelar, vez que não guarda relação instrumental com o processo penal a ser deflagrado pelo *dominus litis*. Visa, tão-só, como já dito, neutralizar a ação supostamente delituosa e permitir a operância de virtual prisão preventiva. Poderia guardar cautelaridade com a prisão excepcional, mas não com a relação processual.

Dessa forma, preso em flagrante delito, pela sistemática constitucional e processual penal, o paciente ou será posto imediatamente em liberdade pela autoridade judicial ou suportará contra si o fardo excepcional da prisão preventiva.

Não é outro entendimento que se possa extrair do ⁸art. 5º, LXVI da *Lei Maior*, ⁹c.c. art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, tudo a garantir e prestigiar o princípio da liberdade e presunção de não-culpabilidade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

3.1.1 Espécies de flagrante

8-Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Quanto às espécies de flagrante, o Direito apresenta três modalidades de flagrante, sendo elas: o flagrante em sentido próprio, o flagrante em sentido impróprio, conhecido como quase flagrante e o flagrante presumido.

O flagrante em sentido próprio (inciso I e II do artigo 302 do CPP) é quando o agente é surpreendido praticando a infração penal, ou seja, no instante da prática da infração, ou, quando acaba de cometê-la, ficando evidente a prática do crime e autoria.

O flagrante impróprio ou imperfeito (artigo 302, inciso III do CPP) ocorre quando o agente conclui a infração penal, ou é interrompido pela chegada de terceiros, mas sem ser preso no local do delito pois, conseguindo fugir, é perseguido pela Polícia, vítima ou de qualquer pessoa.

Pode-se dizer que o flagrante presumido ou ficto (inciso IV, artigo 302 do CPP), é quando o agente, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal.

O Código de Processo Penal Brasileiro em seu artigo 301 faculta a qualquer do povo o direito de efetuar a prisão em flagrante e obriga às autoridades policiais e seus agentes a prender quem quer que seja em flagrante delito.

Podemos dizer que o Flagrante compulsório ou obrigatório (art. 301, *in fine*, CPP) é aquele onde as polícias civil, militar, rodoviária, ferroviária e o corpo de bombeiros militar, desde que em serviço, têm o dever de efetuar a prisão em flagrante, sempre que a hipótese se apresente.

Flagrante facultativo (art. 301 CPP): é a faculdade legal que autoriza qualquer do povo a efetuar ou não a prisão em flagrante

O flagrante preparado ou provocado é aquele em que o agente é induzido a prática de um crime pela “vítima”, pelo policial ou por terceiro (agente provocador) sendo impossível a consumação. Este crime é impossível, não podendo ser autuado em flagrante seu agente, pois não há verdadeira infração penal.

Dispõe a Súmula 145 do STF: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Segundo Mougnot (2009, p.407) ocorre quando autoridade instiga a prática de um crime, de maneira que este é cometido preponderantemente em

razão de sua atuação. Para tais situações estabelece a sumula 145 do Supremo Tribunal Federal “que não há crime quando há preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” a hipótese não configura destarte, flagrante delito, mas sim crime impossível por obra de agente provocador.

No que tange o flagrante esperado pode-se dizer que é aquele em que não há provocação para o crime. A polícia captura o agente ao executar a infração porque recebeu informações sobre a prática do crime ou porque exercia vigilância sobre o agente. Nestes casos, admite-se a prisão em flagrante.

Nas palavras de Mougenot, (2009, p.407), quando a polícia é informada de sua possibilidade de ocorrer um delito, dirige-se até o local, aguardando sua execução. Iniciada esta, a pronta intervenção dos agentes policiais, prendendo o autor, configura flagrante.

O flagrante forjado é aquele em que a polícia ou particular inserem provas falsas de um crime inexistente, podemos citar como exemplo introduzir substância entorpecente no carro de quem está sendo revistado. Nestas hipóteses não há crime consumado ou tentado, não sendo possível, portanto, a prisão em flagrante.

O flagrante retardado é aquele em que o agente policial pode não efetuar a prisão em flagrante no momento de sua ocorrência, nos crimes praticados por organizações criminosas.

O artigo 2º, inciso II da Lei nº.9.034/95 (Lei do Crime Organizado) permite ao policial o retardamento da prisão em flagrante a outro momento mais eficaz, visando obter melhores provas e informações contra os autores do delito.

Desse modo há necessidade de dois elementos para a sua configuração, a atualidade e a visibilidade.

No que tange a atualidade, o flagrante é a prova da prática do delito, e a visibilidade é quando a infração penal é assistida por alguém.

O auto de prisão em flagrante deve ser lavrado no instante em que o conduzido é apresentado à Autoridade Policial, ouvindo o condutor, testemunhas presenciais ou que tenha assistido à apresentação do conduzido,

a vítima sempre que for possível e o autuado, a quem cabe o direito à assistência de um advogado e da família e também de permanecer em silêncio.

A prisão em flagrante deve ser comunicada ao Juiz e o Ministério Público competente, a família do preso ou a pessoa por ele indicada em 24 horas após a realização da prisão. Se o réu não indicar Advogado deve ser enviada uma cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública.

Tourinho Filho (2011, p.671) comenta que:

O auto de prisão em flagrante deve ser obedecido todas as formalidades legais. Algumas dessas formalidades são tão importantes que a sua omissão pode gerar a imprestabilidade do auto como peça coercitiva, sem prejuízo, entretanto, do seu valor como peça informativa apta a instruir a propositura da ação penal.

O parágrafo segundo do artigo 306 do CPP, dispõe que a nota de culpa, além de conter os motivos da prisão, possibilitando ampla defesa do acusado, o nome do condutor e o das testemunhas e ser assinada pela autoridade que lavrou o auto.

A nota de culpa deve ser entregue ao preso dentro do prazo de 24 horas, a partir da prisão, sob pena de invalidade do auto, como peça coercitiva, e conseqüentemente relaxamento daquela.

3.2 Prisão Temporária

A Prisão Temporária surgiu no País com a Lei 7.960/1989, resultante da conversão da Medida Provisória 111, de 14 de dezembro de 1989, visando regularizar a anterior prisão para averiguações utilizadas nas investigações que não eram lícitas.

Igualmente, a Prisão Temporária é uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave, tendo previsão legal na referida lei 7.960/1989.

Com o advento da Constituição Federal 1988 que declinou que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, à autoridade policial

deve representar pela segregação da liberdade de um suspeito ao Juiz. Veda-se a este decretar a prisão temporária de ofício, mas a lei permite ao Ministério Público requerê-la.

Tourinho Filho (2011, p.59) considera a prisão temporária odiosa, arbitrária, sem real necessidade, severa, de indisfarçável inconstitucionalidade, um retrocesso por ser passível de decretação em face de meros indícios.

Para a decretação da prisão temporária é preciso que a mesma seja imprescindível para as investigações do inquérito policial, associando-se ao fato de haver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes de homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte, bem como quadrilha ou bando.

Nesse campo, os crimes de genocídio (Lei 2.889/1956), tráfico de drogas (Lei 11.343/2006) e crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492/1989), também são passíveis de prisão temporária.

É importante mencionar ainda que o artigo 2º, §3º, da Lei 8.072/1990 possibilitou a decretação da prisão temporária a todos os delitos hediondos, previstos no artigo 1º da referida lei.

No entanto, para a decretação da prisão temporária é preciso associar os incisos I ou II ao inciso III, do artigo 1º da Lei 7960/1989, viabilizando hipóteses razoáveis para a custódia cautelar de alguém.

3.2.1 Prazo da Prisão Temporária

A prisão temporária será decretada pelo Juiz após representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, pelo prazo de 05 dias, prorrogável uma única vez, em havendo fundada necessidade, pelo mesmo período.

Nesse diapasão, quando se tratar de crimes hediondos ou equiparáveis, o prazo da prisão temporária será de até 30 dias, prorrogável uma única vez, em havendo fundada necessidade, por mais até 30 dias.

Diante de tais prazos estipulados pelo Juiz, ao término da prisão temporária deve o réu ou indiciado ser colocado em liberdade, pela própria Autoridade Policial, independentemente de Alvará de Soltura, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva. No entanto, antes do término do prazo da prisão temporária, somente o juiz poderá determinar a soltura do preso, após revogar a prisão cautelar.

3.3 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma prisão cautelar de natureza processual, de restrição da liberdade, determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito Policial ou da instrução criminal, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

Enquanto que a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo.

Toda e qualquer prisão que anteceda à decisão definitiva do Juiz é medida drástica, devendo ser reservada para casos excepcionais, ou quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

Desse modo, a prisão preventiva somente poderá ser decretada por necessidade, sujeitando os pressupostos e condições, evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara.

Com o advento da Lei 12.403/2011, e tal como ocorre no Direito Português e no Direito Italiano, são previstas várias outras medidas cautelares pessoais distintas da prisão preventiva, somente aplicando esta modalidade, quando não forem suficientes as demais.

Vale registrar que, em razão da sua gravidade e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, somente se decretará a prisão

preventiva “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme se observa com todas as letras no artigo 5º, LXI, da Constituição federal de 1988.

O artigo 312 do CPP traz os pressupostos da prisão preventiva, quais sejam: a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Espínola Filho (1950, p.370) diz que a medida se autoriza quando há prova da existência material da infração e quando os indícios apontem, seriamente, o inculpado como sendo o autor.

Vale ressaltar que a lei exige a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria como condição indispensável para a decretação da medida cautelar.

O artigo 311 do CPP preceitua que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do Inquérito Policial ou instrução criminal, desde em face da gravidade do crime e de sua repercussão, convindo a medida quando revelada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio a ação criminosa.

Além da presença de pressupostos, a decretação da prisão preventiva, segundo Delmanto (2001) requer a existência de fundamentos, quais sejam:

a) garantia da ordem pública: para a sua caracterização, exige-se a observância do trinômio gravidade da infração + periculosidade do agente + repercussão social do crime. A gravidade da infração evidencia-se pela análise legislativa de que, em regra, somente admite a decretação da prisão preventiva a crimes cuja pena seja superior a quatro anos. A periculosidade do agente reside no fato da análise do crime em si, mormente quando o agente o perpetra com requintes de crueldade, bem com violência ou grave ameaça, ou fica caracterizada a contumaz reincidência do agente na prática de delitos. Por sua vez, a repercussão social do crime deve levar em conta o reflexo da infração em relação ao homem comum, não podendo, jamais, o juiz se levar ao convencimento por meio da exploração sensacionalista de alguns órgãos da imprensa sobre determinada infração.

b) garantia da ordem econômica visa reprimir um delito praticado contra uma instituição financeira ou até mesmo contra órgão do Estado, visando garantir a aplicação da lei penal com o intuito de não passar a sociedade uma questão de impunidade.

Reveste dos mesmos caracteres da garantia da ordem pública. Desse modo visa à decretação da prisão preventiva, para impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômica financeira de um órgão do estado ou instituição financeira, permaneça em liberdade.

Ressalta-se que referido fundamento visa garantir que a sociedade fique tranqüila com a atuação do Poder Judiciário no combate à criminalidade perpetrada por empresários e administradores do setor público.

d) conveniência da instrução criminal conceituada por exigir o devido processo legal, essa instrução criminal visa buscar a verdade real do delito ora apurado, não se atendo somente ao processo mais também a conduta do réu.

Tem como objetivo evitar que o acusado prejudique a produção de provas ou dificulte a descoberta da verdade, fazendo com que desapareça as provas do crime.

Delmanto (2001, p. 172/173) diz no que toca a conveniência da instrução criminal, que o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, decidiu no sentido de não poder decreto de prisão provisória se baseando em meras suposições, cumprindo apontar fatos concretos, vinculados à atuação do acusado, que comprovem atitudes contrárias dos interesses da instrução., seja lisa, equilibrada, imparcial e em busca da verdade real.

Comprovada tal conveniência da instrução criminal, fundamentadamente, deverá ser decretada prisão preventiva do indiciado.

Assim, se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, subornando pessoas que possam levar ao conhecimento do juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítimas ou testemunhas, são motivos a decretar a prisão preventiva.

d) garantia da aplicação da lei penal consiste basicamente em garantir a presença do acusado em todas as fases do processo, evitando que o acusado deixe prejudicar a aplicação da lei penal, mostrando o desinteresse em colaborar com a justiça. A possibilidade de fuga do acusado, deixando frustrar a aplicação da lei penal, com a intenção de desonerar-se de sua responsabilidade criminal, na tentativa de evadir-se terá, porém a possibilidade da restrição da liberdade.

Motivos estes que ensejam a prisão preventiva assegurando-a instrução criminal bem como a aplicação da lei penal, ou seja, que eventual pena a ser imposta significa garantir a finalidade do processo penal, proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor da infração penal.

Nucci (2007, p.595) discorre sobre o assunto:

Não tem sentido o ajuizamento da ação penal, buscando respeitar o devido processo legal para aplicação da lei penal ao caso concreto, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico. Não bastasse já ter ele cometido o delito, que abala a sociedade, volta se agora, contra o processo, tendo por finalidade evitar que o direito de punir se consolide.

Havendo a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria conforme previsão no artigo 312 do CPP e com a nova redação do artigo 313 do CPP, a prisão preventiva, reduz o âmbito de abrangência, pois, como regra, não mais será aplicado aos processados por crimes punidos com prisão (reclusão ou detenção), com pena máxima igual ou inferior a 04 anos.

A legislação antiga permitia a decretação da prisão preventiva nos crimes apenados com reclusão, independentemente da quantidade de pena, e nos crimes dolosos se o agente fosse reincidente.

No entanto, a nova lei modificou esses requisitos, sendo cabível a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos com pena máxima superior a 04 anos ou, se o agente for reincidente, em crime doloso.

Destarte, a não ser nos casos de reincidência em crime doloso, ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, crianças, adolescente, idosos, enfermo ou pessoas com deficiência, a regra é a não decretação caso se aplica ao crime pena igual ou inferior a quatro anos.

Será ainda possível a prisão preventiva em qualquer caso para garantir a execução das medidas protetivas de urgência e quando houver dúvidas sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser imediatamente colocado em liberdade após identificação, salvo se em outra hipótese recomendar a prisão.

Mas, poder-se-á citar um requisito adicional para a decretação da preventiva: a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de qualquer outra cautelar para alcançar os fins estabelecidos no caput do artigo 312, como dispõe o artigo 283, §1º.

Dessa maneira, não basta ao Magistrado apontar um dos requisitos do artigo 312, mas deverá também pontuar as razões pelas quais entende não serem cabíveis outras medidas cautelares.

3.4 Liberdade Provisória

A prisão, no direito brasileiro, é medida de exceção. A regra é o acusado responder ao processo em liberdade, somente devendo ser preso após o trânsito em julgado de sentença condenatória em que se impôs pena privativa de liberdade.

A liberdade provisória é a liberdade concedida ao réu, preso em flagrante delito ou em decorrência de pronuncia ou sentença condenatória recorrível, na qual lhe é concedido provisoriamente sua liberdade, sob determinadas condições, e com fundamento constitucional ao artigo 5º, inciso LXVI, em que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a Liberdade Provisória com ou sem fiança”.

Trata-se de uma liberdade que a qualquer momento pode vir a cessar, sendo que em regra, o réu encontra-se livre, mas vinculado ao processo através de ônus imposto, que, se descumprido, pode fazer cessar sua liberdade e retornar a prisão.

Para Marques (1997, p.119):

A Liberdade Provisória é disciplinada no Código de Processo Penal como medida de caráter cautelar em prol da liberdade pessoal do réu ou do indiciado, no curso do procedimento para fazer cessar prisão legal do acusado ou para impedir a detenção deste em casos que o *cacer ad custodiam* é permitido.

Mirabete (1998, p. 402), usando a expressão “custódia atual ou iminente”, ressalta que a liberdade provisória substitui a custódia provisória,

atual ou iminente, com ou sem fiança, nas hipóteses de flagrante (arts 301 a 310 do CPP).

Já Tornaghi (1978, p.358) diz que:

A Liberdade Provisória é uma situação paradoxal do acusado em que ele é, ao mesmo tempo, livre e vinculado. Livre de locomover-se, mas vinculado a certas obrigações que o prendem ao processo, ao juízo, e, eventualmente, a um lugar predeterminado pelo juízo.

Na verdade a liberdade provisória é uma medida que possibilita o desenvolvimento regular do processo, assegurando a presença do acusado, sem sacrificar sua liberdade, sendo que concluído o processo e absolvido em sentença transitada em julgado, desfazem-se os compromissos e sua liberdade torne se completa.

Rangel (2004, p.657) comenta que a Constituição, ao garantir que somente haja prisão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada do Juiz competente, garante também que ninguém será levado para ela se a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança.

Vale frisar que o instituto da liberdade provisória pressupõe uma prisão em flagrante regular e legal. Assim, é incompatível com a prisão temporária e a prisão preventiva.

Inicialmente podemos dizer que no ano 1941, a prisão em flagrante tinha uma consequência, qual seja a antecipação do resultado final do processo, fundada, sobretudo, na presunção da culpabilidade, decorrente do próprio flagrante.

Com efeito, desde antes da legislação imperial, ao tempo, portanto, da vigência das Ordenações do reino, particularmente as Filipinas, do século XIV, o nosso ordenamento processual ocupou-se da prisão da liberdade antes do trânsito em julgado, justificada a partir do risco de não apresentação do acusado para julgamento.

As cartas de seguro, a homenagem, os fiéis carcereiros e já a fiança constituíam modalidades de liberdade provisória, de natureza fidejussória, por meio das quais era garantida a apresentação do preso no dia do julgamento.

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.

Na Legislação Imperial, a Constituição Federal de 1824 e, posteriormente, o Código Processo Criminal de 1832, resumiram todas as diversas modalidades de liberdade provisória a uma única: a Liberdade mediante pagamento de fiança, já transferida então, em garantia real, e não mais fidejussória.

Foi nesse contexto, que implantou o regime de prisão e liberdade do Código de Processo penal de 1941, no qual, como regra, foi mantida, como única modalidade de Liberdade provisória, aquela realizada a pagamento de fiança, salvo quando se pudesse comprovar, desde logo, que o crime tinha sido praticado por meio de conduta penalmente justificada, isto é, quando presente alguma excludente de ilicitude (estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade, legítima defesa, etc).

O Código de Processo Penal partia, inequivocamente, de uma presunção de culpa de quem fosse preso em flagrante delito.

A Liberdade provisória, com fiança ou sem fiança, somente tinha cabimento a partir da prisão em flagrante, onde encontrava sua legitimação.

Dentre as modalidades de liberdade provisória há de se mencionar as seguintes: Liberdade Provisória Obrigatória, Liberdade Provisória Proibida e a Liberdade Provisória Permitida.

A Liberdade Provisória Obrigatória, antes da Lei 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal, existia a modalidade da Liberdade provisória Obrigatória e Desvinculada, denominada pelo legislador de “livra-se solto”, onde o acusado ou indiciado era posto em liberdade, independentemente do pagamento de fiança, não sujeitando a qualquer vinculação ou condição.

Existia a possibilidade para infrações onde não fosse prevista pena privativa de liberdade, ou se, prevista não excedesse há 03 meses, conforme antiga previsão do artigo 321 do CPP.

Assim, após a alteração do CPP, podemos concluir que não há mais a possibilidade do agente se livrar solto, apesar de ainda ser encontrada algumas expressões no CPP, como nos artigos 304, §1º; 309; 392, II e 675, devendo entender que estas expressões estão sem eficácia.

A Liberdade Provisória é Obrigatória, sempre que estejam ausentes os requisitos do artigo 312, CPP, bem como os requisitos do artigo 313, CPP, conforme previsão legal do artigo 321, CPP, é dever do Juiz decretar a Liberdade provisória, com ou sem fiança (artigo 310, III CPP) ou verificando tratar-se de uma das excludentes de ilicitude do artigo 23 CP, conforme dispõe artigo 310, § único CPP.

Na Lei 11.343/2006 (Lei Drogas), onde o acusado permanecerá em liberdade, nos casos de drogas para consumo próprio, não se importará a Prisão em Flagrante, nem exigirá a fiança.

A Liberdade Provisória é Obrigatória, pois significa que o Juiz é obrigado a decretá-la, pois se trata de direito subjetiva do acusado e não mera faculdade do Juiz.

A Liberdade Provisória Proibida nesta espécie, não poderá ser concedida, pelos motivos sendo:

1 – Caso seja cabível a Prisão Preventiva, ou seja, pode ser decretada como: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (artigo 312 CPP);

2 – Poderá ser decretada, também, caso haja, para descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (artigo 312, § único);

3 – Decretá-la novamente, se sobrevierem razões que a justifiquem (artigo 316 CPP);

4 - Caso seja substituída por Prisão Domiciliar (artigo 318 CPP).

Liberdade Provisória Permitida ela não é obrigatória quando for faculdade, e não dever, do Juiz a sua aplicabilidade, ou seja, não é obrigatória e não é proibida, como prevê o artigo 312, § único, deixando a critério de o Juiz decretá-la ou não, conforme o texto do artigo 282, §4º, do CPP, onde o Juiz poderá, no caso de descumprimento das obrigações, substituir a medida, impor outra ou decretar a Prisão Preventiva.

Há de se dizer, ao meu pensar, que é clara faculdade do Juiz, pois havendo o descumprimento, fica a seu critério o que é cabível ou não, devendo é claro, ser sempre motivada (artigo 315 CPP).

A Liberdade Provisória que é vedada a fiança é cabível sempre após a prisão em flagrante, com a obrigatória imposição de qualquer das cautelares do artigo 319 e do artigo 320, do CPP, com exceção da fiança, quando não for necessária a prisão preventiva e quando for expressamente proibida a imposição daquela (fiança artigo 323 e 324);

Já na Liberdade Provisória com fiança é cabível sempre após a prisão em flagrante e quando não necessária a preventiva. Será imposta, obrigatoriamente, a fiança, além de outra cautelar, se entender necessário o Juiz. A Liberdade Provisória sem fiança é cabível após a prisão em flagrante, quando inadequada ou incabível a preventiva, com imposição de qualquer outra medida cautelar, por julgar o Juiz desnecessário a fiança;

Com a redação do artigo 283 do CPP, reafirma tal exigência, introduzindo, porém, um novo regime de inescusável contradição, autoriza a Liberdade Provisória, para todo e qualquer crime, quando ausentes às razões da preventiva, vedando a exigência de fiança justamente para os crimes mais graves e de maior reprovação social, isto é, permite a liberdade com a imposição de uma ou de várias cautelares, desde que não seja à fiança.

Para os demais crimes, cuja inafiançabilidade não esteja consagrada no artigo 323 do CPP, a liberdade poderá ser obtida mediante a imposição de uma ou de outras medidas cautelares, incluindo a fiança.

Exemplificando, para crimes menores, a liberdade a possibilidade de imposição de todas as cautelares; já para os crimes mais graves (artigo 323 CPP), a liberdade e apenas algumas cautelares.

Dessa maneira, que ninguém se fie na distinção entre liberdade provisória com ou sem fiança, existirá uma ou outra se o Juiz impuser ou não a fiança.

Com a Lei 12.403/2011, o instituto da fiança passou a constituir uma das medidas cautelares diversas da prisão. Várias mudanças poderão ser citadas, anteriormente a referida lei a fiança somente poderia ser arbitrada pelo Delegado de Polícia nos crimes apenados com detenção ou prisão simples, sendo que agora a Autoridade Policial pode arbitrá-la nos crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos.

Na antiga lei não cabia fiança ao acusado reincidente, sendo que na nova lei, não há essa restrição, não cabendo fiança somente se presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Outra atualização para ser citada é referente ao valor da fiança que passa a ser de 01 a 100 salários mínimos, para os crimes com pena máxima igual a 4 anos e de 10 a 200 salários para os crimes com pena máxima superior a 4 anos, valor este que pode ser aumentado em até 1.000 vezes, mas também o Magistrado pode reduzir o valor ou dispensá-lo o pagamento quando o acusado não tenha recursos para pagar a quantia estipulada.

A imposição da fiança será cabível para todos os crimes, à exceção dos crimes aos quais não seja imposta pena privativa de liberdade (art. 283,§1º); no caso em for cabível a transação penal, e, ainda, na hipóteses de efetiva (proposta e aceita) suspensão condicional do processo (art. 76 e art. 89, da Lei 9.099/1995); nos crimes culposos, salvo situação excepcional, em que seja possível a aplicação da pena privativa de liberdade ao final do processo, em razão das condições pessoais do agente e dos crimes para os quais é vedada a fiança, expressamente, conforme artigo 323 e art. 324.

No que tange a liberdade vinculada implicará a restituição da liberdade ao preso, com a única exigência do comparecimento a todos os atos do processo, não sendo cabível, de início, qualquer outra medida cautelar, desde que ele cumpra as obrigações resultantes da vinculação (comparecimento a todos os atos do processo).

4 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

A Lei 8.072/1990 (Crime Hediondo), de 26 de julho de 1990, que regulamentou o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal é resultado de um esforço legislativo no sentido de dar tratamento mais severo e impor maior aspereza para setor específico dos crimes previstos pelo direito brasileiro.

A palavra hediondo significa o crime asqueroso, odioso, depravado, imundo, vicioso, sórdido, repugnante, nojento, feito e cuja reprovabilidade ético-social impende tratamento diferenciado mais severo em relação ao outros tipos de criminalidade.

Além dos crimes chamados hediondos, cujo rol taxativo encontra-se no artigo 1º, da Lei 8.072/1990, existem aqueles a que este mesmo diploma legislativo chama de assemelhados a hediondos e aos quais é dispensado o mesmo tratamento, impondo-se a eles, pois, as mesmas restrições.

Seguindo a linha estabelecida pela Constituição Federal, o Congresso Nacional aprovou a Lei dos Crimes Hediondos, a qual não definiu um conceito a “crimes hediondos”, mas relacionou vários crimes que deveriam ser considerados como tal.

A redação original desta legislação trouxe inúmeras inovações de caráter repressivo e com constitucionalidade bastante discutível, como o regime integralmente fechado e a vedação legal à concessão da liberdade provisória (especificamente no artigo 2º da Lei nº 8.072/1990).

Com o advento da lei 11.464/2007, que alterou o caput do art. 2º da lei dos crimes hediondos (lei 8.072/90), uma grande discussão tem se instaurado, haja vista o conflito existente entre esta que é mais recente, e a lei 11.343/2006, que é específica para os crimes relativos aos tóxicos.

No intuito de responder a tais critérios, será realizada uma explanação acerca do art. 44 da lei 11.343/2006 (que veda expressamente o instituto da liberdade provisória), passando por observações acerca da mudança perpetrada pela lei 11.464/2007 ao art. 2º lei de Crimes Hediondos, e por observações acerca da aplicabilidade das modificações do art. 2º da lei 8.072, ao instituto da liberdade provisória aos crimes conexos ao tráfico de entorpecentes.

4.1 A Proibição Legal da Liberdade Provisória na Lei de Drogas

O tráfico de drogas é considerado como um dos principais motores da criminalidade na sociedade contemporânea, sendo muito comum à sugestão da existência de uma forte ligação entre crimes violentos, exemplificando o homicídio, roubo e as drogas.

Desse modo, percebe-se, ainda, certa influência do sensacionalismo midiático na política criminal de drogas contemporânea. Destes aspectos decorrem sucessivas publicações de leis penais que buscam uma maior repressão a essa espécie de criminalidade.

Escohotado (1998, p.17), relata que a sociedade faz uso da evolução penal para combater um inimigo comum, que são as drogas. Trata-se de uma ameaça que reúne todo o tipo de pessoas unidas em uma busca pela saúde mental e moral da humanidade. Essa busca desenfreada favorece a tendência geral das legislações penais sobre as drogas de afastar-se dos princípios gerais de direito, pois a mesma requer intervenção do exército em tarefas civis, presunção de culpa ao invés de inocência, validação de mecanismos de indução ao delito, suspensão da inviolabilidade do domicílio sem ordem judicial e até a quebra de sigilo bancário, dentre outras.

Dessa maneira, um dos aspectos que normalmente se verifica no texto dos diplomas legais, que são publicados com objetivos de trazer maior repressão a determinados tipos de crimes, é a vedação “*a priori*” da concessão da liberdade provisória. A esse respeito, vale salientar que no Brasil, desde a publicação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), surgiu uma grande discussão, na doutrina e na jurisprudência, sobre a (in) constitucionalidade da vedação legal do direito à liberdade, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência. Especificamente com relação aos crimes previstos na Lei nº 11.343/06 (Lei de Tóxicos), o art. 44 reafirmou o conteúdo da redação original da Lei dos Crimes Hediondos, no sentido de que estes delitos são insuscetíveis de liberdade provisória. No entanto, com advento da Lei nº 11.464/07, que alterou a Lei nº 8.072/90, a vedação à liberdade provisória para os crimes hediondos foi retirada do ordenamento jurídico.

Essas mudanças legislativas demonstram a importância de ainda se discutir a matéria, que está longe de ter uma solução definitiva e apresenta

grandes divergências na jurisprudência. É muito comum à existência de decisões judiciais que determinam prisões preventivas ou negam pedidos de liberdade com base nessa vedação legal.

A presente pesquisa busca, à luz dos princípios constitucionais, abordar de maneira crítica esta proibição genérica da concessão de liberdade provisória, fazendo alusão à forma como os Tribunais Superiores têm enfrentado a temática em seus julgados.

4.2 A restrição legal da Liberdade Provisória na Lei de Drogas

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, inciso XLIII, aderiu a esse modelo de política criminal repressiva, sobretudo em se tratando dos crimes de tóxicos, ao estabelecer que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Beck (2008, p. 158), ensina que a repressão à criminalidade organizada e, principalmente, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins tem movido organizações internacionais, extrapolando os limites da soberania da maioria dos países. Um grande número de países, inclusive, já assinou e ratificou tratados e acordos internacionais relativos à matéria, razão pela qual se verifica grande influência desses organismos internacionais nas diretrizes da política criminal de vários países, que estabelecem como paradigma a experiência norte-americana de cunho bastante punitivista.

No caso do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, esta proibição veio a ser reiterada pela Lei nº 11.343/2006 que, além estabelecer o aumento de penas para os crimes ali previstos, reafirmou a vedação legal “*a prior*” do direito de responder ao processo em liberdade. Então, a partir deste momento, a proibição genérica para os crimes de tóxicos estava prevista tanto na lei geral (lei dos crimes hediondos) como na lei especial (lei de drogas). Analisando a legislação pertinente, verifica-se que a vedação legal constante no art. 44 da Lei 11.343/06 estipula que os crimes tipificados nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça,

indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Portanto, a interpretação literal do artigo é no sentido de que não cabe a liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico, associação para o financiamento do tráfico, financiamento e custeio do tráfico, bem como a colaboração como informante de grupo, organização ou associação. Esse cenário, contudo, foi alterado com o advento da Lei nº 11.464/2007 (vigente desde 29 de março de 2007).

Essa modificação legislativa suprimiu do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90 a expressão “liberdade provisória”. Como se vê, houve uma sucessão no tempo de leis processuais que possuem aspectos materiais, ou seja, deve-se observar que lei posterior revoga a lei anterior naquilo que for incompatível. Essa revogação pode ser expressa ou tácita; no caso, a interpretação acerca da abrangência da Lei nº 11.464/2007 deve ser no sentido de que o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, embora seja lei especial, foi revogado implicitamente pela referida alteração na Lei dos Crimes Hediondos. Para Rangel, (2008, p.678), a supressão da expressão “liberdade provisória” do texto do inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 significa que não se permite outro entendimento, senão a possibilidade de concessão de liberdade provisória nesses casos. Até porque, seria um verdadeiro retrocesso social, em pleno Estado Democrático de Direito, aceitar-se a vedação legal à liberdade provisória.

Conforme ensina Luis Flávio Gomes: “quisesse o legislador perpetuar a restrição prevista na Lei de Drogas (artigo 44), optando, portanto, por um tratamento diverso e mais rigoroso, o teria feito expressamente”.

Beck (2008, P.161) ressalta que qualquer interpretação em sentido contrário se dá ao arrepio do princípio da isonomia, pois proibir a concessão de liberdade provisória somente nos casos de tráfico de entorpecentes acarreta um problema de coerência interna na legislação penal infraconstitucional. Isso porque, o legislador acaba por criar uma nova modalidade de crime “mais que hediondo” ou “supra-hediondo”. Marcão (2009, P.331), membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e autor de obra sobre a Nova Lei de Drogas, destaca que o art. 44 foi absolutamente derogado com a mudança legislativa ocorrida. Para ele, a vedação antecipada e genérica ao benefício da liberdade provisória não subsiste no ordenamento jurídico vigente, estando encerrada a discussão.

Bizzoto, Rodrigues e Queiroz, (2010, p. 162/163), além de aderirem ao entendimento de que houve revogação da vedação da liberdade provisória prevista na Lei 8.078/90 pela Lei 11.464/07, acrescentam que mesmo que houvesse legislação posterior que viesse a novamente vedar a liberdade provisória, tal não passaria pelo crivo constitucional. Os mesmos justificam que isto ocorreria, pois a defesa da interpretação extensiva, aplicando-se a proibição da fiança à liberdade provisória, é contrária ao sistema jurídico, já que a legislação ordinária é que deve se adaptar à Constituição e não o contrário. Deste modo, se o poder constituinte não restringiu a liberdade provisória, a legislação ordinária, fruto de efeitos sociais momentâneos, não pode atropelar garantias conquistadas em várias gerações.

Thums & Pacheco, (2007, 218), por sua vez, referem que a proibição da liberdade provisória é um ranço autoritário do legislador que não pode ser aceito.

Nessa Linha, importante fazer menção ao ensinamento de Goldschmidt no sentido de que os princípios da política processual penal de uma nação denotam as diretrizes adotadas pela política estatal. Logo, a estrutura do processo penal é o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários da constituição de uma nação.

No entanto, para preservar os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, deve ser tida como inconstitucional toda e qualquer vedação legal absoluta, em caráter apriorístico, da concessão de liberdade provisória, como a que consta no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

O legislador não pode assumir a posição de juiz na aferição da existência, em cada situação concreta, da necessidade de utilização do instrumento de tutela cautelar penal. Impróprio, portanto, para efeito de se justificar a decretação da prisão cautelar, a aplicação do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, sobretudo depois da vigência da Lei nº 11.464/2007, que excluiu a vedação legal de concessão de liberdade provisória para todos os crimes hediondos e os delitos a eles equiparados, inclusive o tráfico de drogas.

Além disso, a constitucionalidade de qualquer dispositivo que venha a vedar o direito a responder o processo em liberdade não sobrevive após uma interpretação conforme a Constituição Federal.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN nº 3.112/DF, relativamente ao artigo 2115 do estatuto do desarmamento (Lei nº 10.826/2003), decidiu que lei ordinária não pode proibir, de maneira genérica, a concessão de liberdade provisória, a qual deve ser avaliada no caso concreto, de acordo com os requisitos da prisão preventiva.

O voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski fundamentou a decisão da seguinte maneira:

(...) Com efeito, embora a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, com elevado potencial de risco para a sociedade, quais sejam, a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, o “comércio ilegal de arma de fogo” e o “tráfico internacional de arma de fogo”, liberando-se a franquia para os demais delitos, penso que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em face do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CF).

A prisão obrigatória, de resto, fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), que abrigam um conjunto de direitos e faculdades, os quais podem ser exercidos em todas as instâncias jurisdicionais, até sua exaustão.

No mesmo entendimento é o voto do Ministro Gilmar Mendes, igualmente sustentando a inconstitucionalidade da vedação de concessão de liberdade provisória prevista em lei:

(...) Assim, em vista do que dispõe o art. 5º, inciso LVII, o qual consagra o princípio da presunção de inocência, a proibição total da liberdade provisória prescrita pelo art. 21 do Estatuto do Desarmamento é patentemente inconstitucional.

Ademais, e, por consequência, a norma do art. 21 do Estatuto inverte a regra constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, inciso LXI), na medida em que diretamente impõe a prisão preventiva (na verdade, estabelece uma presunção de necessidade da prisão), afastando a intermediação valorativa de seu aplicador”. (...)

Nesse contexto, entende-se que a interpretação do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 deve ser conforme a Constituição, o que significa aplicar e concretizar os mandamentos previstos na Carta Magna.

Em outras palavras, é preciso considerar que as normas hierarquicamente superiores da Constituição consistem no elemento fundamental para a determinação do conteúdo material e aplicação das normas infraconstitucionais (princípio de interpretação crítica da concretização constitucional, legislativamente operada).

Ao meu ponto de vista não precisa de uma norma infraconstitucional para vedar a Liberdade Provisória, pois o que tange o art. 5º, inciso XLIII, da CF/88, ao determinar a inafiançabilidade dos crimes hediondos e assemelhados, permitiu a concessão da liberdade provisória sem fiança a quaisquer infrações penais, desde que ausentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, pois ausentes tais requisitos implica em subtrair do Poder Judiciário a oportunidade de analisar e decidir o caso concreto e, conseqüentemente, violação dos princípios constitucionais.

Dessa maneira, as normas infraconstitucionais que vedam a liberdade provisória devem ser repelidas em detrimento do princípio da presunção de inocência. Por outro lado, existem autores e precedentes que sustentam a constitucionalidade da vedação da concessão da liberdade provisória. Argumentam que a previsão constante no artigo 5º, inciso XLIII, no sentido de que são inafiançáveis a prática tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos possibilitaria um tratamento mais rigoroso a estes crimes e, portanto, a vedação genérica do direito de responder ao processo em liberdade. Contudo, essa interpretação não pode ser considerada compatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.

A Lei nº 6.416/1977, que incluiu no Código de Processo Penal o parágrafo único do artigo 310, alterou a até então vigente posição no sentido de que a pessoa presa em flagrante respondia ao processo sob a custódia cautelar. Neste modelo, a fiança era a única modalidade de liberdade provisória, à exceção daquelas do art. 321 (que não configuram uma medida cautelar) e do *caput* do art. 310 (constatação imediata da presença de excludentes de ilicitude). Assim, se afiançável o crime e esta fosse prestada, o acusado era posto em regime de liberdade provisória, devendo cumprir os compromissos legais; se inafiançável o crime, o réu permanecia preso até o julgamento final, como regra.

Entretanto, com a inclusão do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, a regra passou a ser a liberdade provisória, desde que inexistentes razões para a decretação da prisão preventiva previstos no art. 312 do referido diploma legal.

Nesse novo paradigma, a liberdade provisória passou a ser cabível para qualquer tipo de crime, independentemente de sua gravidade, ao contrário da fiança, cabível apenas para crimes mais leves.

Pacelli (2010.p.553), sustenta que ser ou não afiançável deixou de ter qualquer relevância, razão pela qual a Constituição Federal de 1988, foi publicada absolutamente desatualizada em tema de liberdade provisória, trazendo uma enorme perplexidade ao renovar e ressuscitar a antiga expressão da “inafiançabilidade”, cujo único significado era a impossibilidade de aplicação do regime de liberdade com fiança.

Todavia, o fato da liberdade provisória com fiança não ser admitida para os crimes tidos como mais graves ou hediondos, não significa ser impossível a aplicação da liberdade provisória sem fiança. Ou seja, a inafiançabilidade é um argumento que não pode ser considerado válido para sustentar a impossibilidade de concessão de liberdade provisória em determinados crimes.

Pacelli (2010, p.553) alude que isso implicaria a interpretação da norma constitucional a partir da legislação ordinária, o que é absolutamente inadmissível e mesmo impensável.

Não obstante essa interpretação que procura estender o conceito de inafiançabilidade, de maneira a sustentar a validade constitucional da vedação “*a priori*” da liberdade provisória, entende-se que qualquer previsão legal nesse sentido acarreta a inversão da regra constitucional que impõe a necessidade de fundamentação para que haja a privação do direito à liberdade.

Nessa perspectiva, deve-se manter a coerência com a alteração legislativa trazida pela Lei nº 11.464/2007, a qual se coaduna com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 3.112-1/DF, para se reconhecer a inconstitucionalidade e a revogação tácita do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

Certamente, o juiz deve ter o bom senso e equidade para avaliar, no caso concreto, mesmo para os casos de condutas tipificadas na Lei de Tóxicos,

a necessidade da segregação cautelar, de acordo com os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da presunção de inocência.

Vale ressaltar que há países que diverge do Brasil em relação a Liberdade provisória no crime de tráfico de drogas, exemplificando o Equador tem uma das leis sobre drogas mais repressivas da América e pune com penas similares de venda de qualquer quantidade de drogas. Mas, como a população carcerária estava aumentando muito no ano de 2008 foram estabelecidas diversas condições para receber o benefício desde que o autuado não possuía condenações anteriores ao tráfico de drogas e na detenção estava com até 02 quilos de qualquer substancia entorpecente.

Já na Indonésia as normas relacionadas ao tráfico de drogas são muito rígidas, uma vez presos por tráficos de drogas, a condenação pode ser até a morte.

4.3 A posição dos Tribunais Superiores na concessão da Liberdade Provisória na Lei de Drogas.

Mesmo após a publicação da Lei nº 11.464/2007 e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 3.112-1/DF, constata-se que, reconhecendo a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória, tratando-se, naquele caso, do Estatuto do Desarmamento, ainda há muita discussão, principalmente no âmbito da jurisprudência, a aplicação do art. 44 da Lei de Tóxicos e a (im)possibilidade dos acusados pelos crimes ali tipificados responderem ao processo em liberdade.

Assim, verifica-se que é muito comum a aplicação do referido dispositivo legal da lei de tóxicos pela jurisprudência dos tribunais brasileiros. Apenas para citar um exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não possui posição pacificada em qualquer sentido.

No *habeas corpus* nº 7003674632921, julgado em junho de 2010, a ordem foi denegada, pois o tráfico de drogas é crime em que é vedada a concessão de liberdade provisória, por força do art. 44 da Lei nº 11.343/06, que está em vigor em razão do princípio da especialidade. Enfatiza-se que essa proibição expressa do art. 44 persiste mesmo após a edição e entrada em vigor

da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações.”

Por outro lado, o mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se manifestou no sentido de que há flagrante inconstitucionalidade na vedação da liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, reforçada pela Lei nº 11.464/07 que alterou a Lei 8.072/90, sendo de alcance geral em relação a todos os crimes dessa natureza, quando ausentes os requisitos da prisão preventiva.

No *habeas corpus* nº 70034767459, julgado em março de 2010, a decisão mencionou que “com o advento da Lei n.º 11.464/2007, a qual alterou a redação do art. 2º, II, da Lei n.º 8.072/90, que não impede a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, sendo de alcance geral em relação a todos os crimes dessa natureza, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do CPP.”

No julgado referido, o voto do Desembargador Gaúcho Odone Sanguiné enfrenta frontalmente a questão da inconstitucionalidade da interpretação automática da vedação de liberdade provisória aos crimes previstos no art. 44 da Lei de Drogas:

Com efeito, há mais de uma década sustentamos a opinião de que a vedação legislativa da liberdade provisória é inconstitucional porque ofende os direitos fundamentais à presunção de inocência, devido processo legal e proporcionalidade. Essa tese foi paulatinamente sendo acolhida até tornar-se predominante. (...). As diversas normas processuais de leis especiais que vedam a concessão do benefício da liberdade provisória (art. 7º, da Lei n. 9.034/95; art. 21, da Lei nº 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento –; art. 44 da recente Lei de Drogas – Lei nº 11.343, de 23/08/2006), devem ser interpretadas à luz da CF/88, somente restringindo-se o status libertatis do acusado nos termos do artigo 312 do CPP, vale dizer, apenas quando presente um dos fundamentos para a prisão preventiva, não consubstanciando, por si só, base suficiente para a custódia.

No Superior Tribunal de Justiça, igualmente, não se verifica uma posição consolidada. No *habeas corpus* nº 162183/MS, julgado em junho de 2010, a Quinta Turma sustentou que:

A vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/07.

Na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem decidido em sentido contrário. Por vezes, como no julgamento do *habeas corpus* nº 161.123/SP, refere que:

Mesmo na hipótese de crime de tráfico de entorpecentes - hediondo por equiparação -, é imprescindível que se demonstre, com base em elementos concretos, a necessidade da custódia, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, não obstante a vedação à liberdade provisória contida na nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, eis que entendido que a liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por imperativo constitucional, é a regra, não a exceção.

Em outras oportunidades, como no julgamento do *habeas corpus* nº 99.029/RS25, o Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha enfrentado diretamente a questão da (in)constitucionalidade do art. 44 da Lei de Tóxicos, manifestou-se no sentido de ser possível a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes com base na alteração da Lei dos Crimes Hediondos com advento da Lei nº 11.464/07.

Nos precedentes do Supremo Tribunal Federal também se verifica uma grande divergência de entendimentos.

A Primeira Turma, no HC 99.333/SP, julgado em junho de 2010, sustentou que a proibição de liberdade provisória nos crimes hediondos decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição Federal, elencando vários argumentos, razão pela qual é importante a transcrição da íntegra de sua ementa.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CIRCUNSTÂNCIA SUFICIENTE PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. 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 o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 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 ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ao contrário do que se afirma na petição inicial, a custódia cautelar do Paciente foi mantida com fundamento em outros elementos concretos, que apontam o risco concreto de fuga como circunstância suficiente para a manutenção da prisão processual. Precedentes. 5. Ordem denegada.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal também já decidiu nessa esteira, no habeas corpus nº 102558/PR, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. O argumento foi no sentido de que “é sedimentada a jurisprudência atual desta Corte quanto à irrelevância da discussão acerca da existência ou não de fundamentação da prisão em flagrante de acusado de tráfico ilícito de entorpecentes, haja vista que a proibição de liberdade provisória, nesses casos, decorre da inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal e da vedação legal imposta pelo art. 44 da Lei nº 11.343/06.

O Ministro Eros Grau da Segunda Turma, por outro lado, sustentou em diversas decisões que a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB/88). Daí a necessidade de adequação desses princípios à norma veiculada no artigo 5º, inciso XLII, da CB/88.

Nessa mesma linha foi o julgamento do *habeas corpus* 100.745/SC, no qual foi sustentado que:

A regra estabelecida na Constituição, 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 XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado.

Dessa forma, vale dizer que a inafiançabilidade não pode e não deve, considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal, constituir causa impeditiva da liberdade provisória do acusado.

O Ministro Celso de Mello também já decidiu no sentido de que a vedação legal absoluta prevista no art. 44 da Lei de Tóxicos, em caráter apriorístico, da concessão de liberdade provisória ofende os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, recordando que a jurisprudência da Corte Suprema já reconheceu a inconstitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003):

EMENTA: 'habeas corpus'. Vedação legal absoluta, em caráter apriorístico, da concessão de liberdade provisória. Lei de drogas (art. 44). Inconstitucionalidade. Ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do “due process of Law”, da Dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. O significado do princípio da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da 'proibição do excesso': fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do estado. Precedente do Supremo Tribunal Federal: adi 3.112/df (estatuto do desarmamento, art. 21). Caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual. Não se decreta prisão cautelar, sem que haja real necessidade de sua efetivação, sob pena de ofensa ao “status Libertatis” daquele que a sofre. Irrelevância, para efeito de controle da legalidade do decreto de prisão cautelar, de eventual reforço de argumentação acrescido por tribunais de jurisdição superior. Precedentes. Medida cautelar deferida.

Assim, pode-se entender, conforme ilustrado nos precedentes confrontados, que não existe um posicionamento consolidado em qualquer sentido, sendo que há ampla divergência até mesmo nos Tribunais Superiores. Até mesmo o Pleno do Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou com

relação à matéria, a qual será decidida na repercussão geral do recurso extraordinário nº 601.384/RS interposto pelo Ministério Público Federal.

Por fim vale mencionar que falta o Supremo Tribunal Federal reconhecer a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Tóxicos, realizando uma interpretação conforme os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito, na mesma linha da decisão da ADIN nº 3.112/DF33, sem resgatar o argumento (em desuso e despropositado) da inafiançabilidade dos crimes hediondos para sustentar a constitucionalidade de uma vedação legal “*a priori*”, que retira do juiz a possibilidade de avaliar a necessidade de prisão cautelar no caso concreto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, postas as argumentações em torno do tema, conclui-se que em razão da periculosidade exercida por traficantes, o legislador sempre, embora algumas vezes prematuramente comparado ao direito internacional, combateu o tráfico de drogas, não só este crime como também os relacionados à espécie.

Tal fato, o crime de tráfico de drogas é regulamentado por norma especial, entretanto, com o intuito de buscar a melhor forma de combater tal delito e a melhora para a sociedade, foi editada inconstitucionalmente a Lei que vedava a concessão da liberdade provisória (Lei 8.072/1990), com ou sem fiança ao tráfico de drogas, sem qualquer aferição ao que preceituava nossa Magna Carta, que traz em seu bojo que a liberdade é um dos mais importantes bens jurídicos tutelados.

A Lei 11.343/2006, que em seu artigo 44, trouxe a vedação a liberdade provisória, sendo que a doutrina majoritária, a jurisprudência dominante considerou tal ato inconstitucional e em afronta a diversos princípios do Estado Democrático de Direito, o legislador elaborou a Lei 11.464/2007, que revogou expressamente a vedação a liberdade provisória em sua modalidade sem fiança.

Dentre os princípios, mereceu destaque o princípio da presunção da inocência o qual funciona sempre em favorecimento do réu.

Além de ter demonstrado a relevância dos princípios, os quais são a base, a fundamentação de todo ordenamento jurídico, dotados de efetividade e juridicidade, devendo ser obedecidos por todos, abordou-se o aspecto do postulado e da metanorma, os quais estão intimamente ligados aos princípios. Estes institutos servem à interpretação e aplicação do Direito. Dentre estes, deu-se maior destaque o postulado da proporcionalidade, o qual busca sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos.

Outro aspecto ressaltado neste, refere-se aos direitos fundamentais que já nascem com o individuo não podem ser retirados ou restringidos por instituição, as quais devem proteger todos estes direitos contra qualquer ofensa. Assim, com base neles, todo cidadão tem direito a exigir que a

sociedade e os demais respeitem sua dignidade, respeitando suas liberdades fundamentais sobre as quais repousa toda a democracia.

A Carta Magna de 1988 já definia a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, até mesmo os decorrentes de tratados internacionais, merecendo a aplicabilidade imediata no direito interno.

Outra manifestação importante refere-se ao direito de autodefesa, que consiste no direito de permanecer em silêncio e de não auto-incriminação, não havendo é claro, primazia entre a defesa técnica e efetiva.

Mais um princípio muito eficaz na proteção dos direitos do réu é o da proporcionalidade que versa que a pena aplicada deve ser condizente com o ato cometido, proibindo a aplicação de penas cruéis, da determinação da individualização da pena que busca a pena justa e proporcional à gravidade do fato cometido pelo agente. Este passou a ser considerado o princípio dos princípios, o qual deflui do conjunto de princípios e direitos fundamentais explícitos na Constituição de 1988.

No que tange as formas cautelares de restrição de liberdade, com base na Lei 12403/2011, ocorreram diversas mudanças nos sistemas cautelares no processo penal, relativas às prisões e a liberdade provisória que se fizeram valer dos princípios.

Dentre os sistemas cautelares, foram abordadas a prisão cautelar, a prisão domiciliar e outras cautelares como mencionadas no art.319 do CP.

No caso do flagrante a prisão não pode ser vista como pena, podendo ser só admitida nos casos estritamente necessários a fim de não ferir a Constituição Federal sob pena de violência.

Quanto aos crimes hediondos, com o advento da Lei 11.464/2007, esta restringia apenas a fiança, sendo retirada a vedação a liberdade provisória.

Entre os crimes que se faz enquadrar na prisão temporária, destacam-se os crimes de genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro e todos os demais delitos hediondos.

Com relação à prisão preventiva, foi abordado aqui que esta objetiva evitar que o acusado prejudique a produção de provas ou dificulte a descoberta da verdade. Vale mencionar também que a liberdade provisória ocorre com ou sem fiança podendo cessar a qualquer momento.

Indo em consonância com o tema do trabalho, que se trata em abordar a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória diante dos princípios constitucionais vale comentar a mudança da Lei de Drogas nº 11.343/2006, na qual os delitos eram insuscetíveis de liberdade provisória e com a Lei 11.464/2007, excluiu-se a vedação legal de concessão de liberdade provisória para todos os crimes hediondos e os delitos a eles equiparados, inclusive o tráfico de drogas, garantindo assim a plena execução dos princípios e dos direitos fundamentais tão apregoados pela nossa Carta Magna.

De modo geral, com base nos preceitos da Lei 12.403/2011 e na Lei 11.464/2007, pode-se compreender com base nos dados analisados e coletados no decorrer deste que a provável pena a ser imposta (dependendo do caso) não será cumprida em estabelecimento prisional, podendo ser aplicada através das medidas cautelares, inclusive alguns tipos de crimes considerados hediondos, como o tráfico de drogas, por exemplo.

Como se pode observar, há uma divergência de posicionamentos da inconstitucionalidade do tema, sendo que alguns relatores como Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Celso de Mello Ayres Brito e o Ministro Gilmar Mendes, entenderam que a regra prevista na Lei 11.343/2006 é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípios, afirmando ainda que afastar a concessão da Liberdade Provisória de forma genérica, retira do Juiz Competente a oportunidade de analisar o caso em concreto, e ainda menciona que é inconstitucional, por ter sido editado contrário a Constituição Federal.

Saliento que os Ministros Luis Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, divergiram da posição dos Ministros acima, posicionando que a vedação à concessão da Liberdade Provisória prevista no artigo 44 da Lei 11.343/2006 é constitucional, e que a criminalidade que paira no País está umbilicalmente ligada a questão das drogas, e que as regras contidas na referida Lei no combate às drogas tem que serem mais rígidas.

Adiante, ressalto que a regra é a liberdade e a privação da liberdade é a exceção a regra, sendo que a Lei não pode excluir tal liberdade sem apreciação do Poder Judiciário, no entanto, é importante mencionar que caberá a justiça resolver essas questões no julgamento com base na atenção aos

princípios e alteração das leis, podendo assim garantir um tratamento isonômico as pessoas que respondem pelos crimes, e analisando em cada caso as hipóteses que justificam a prisão cautelar.

Não importando qual seja a corrente que se adota, o verdadeiro erro material desse tema se encontra além da discussão que hoje a doutrina e jurisprudência debate, remontando uma extensão interpretativa da nossa Constituição.

Por fim, a questão hoje não se encontra pacificada, ao menos a teor da jurisprudência, diante disto, fica claro que a vedação a concessão de liberdade provisória vai de encontro diretamente à norma constitucional (já que não dispõe o contrário), mas sim só desrespeitando o conteúdo de preceitos fundamentais, como afrontando a idéia geral de liberdade como regra trazida pela Constituição Federal de 1988 e criando uma prisão compulsória antes do julgamento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de; Barroso, Luís Roberto. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. Afonso da Silva, Luís Virgílio (organizador). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. 2002.

BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andréia de Brito. QUEIROZ, Paulo. **Comentários críticos à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10ª. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 92/96

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1997.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do Código de Processo Penal. Comentários á Lei 12.403 de 04 de maio de 2011**. Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei 8.072/90**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: [http: www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 12/01/2012.

_____. **Lei 11.343/06**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para proteção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada ao tráfico ilícito de drogas, define

crimes e dá outras providências. Disponível em: [http: www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 12/01/2012.

BULUS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ª edição, São Paulo: Editora. 2001

CALLEGARI, André Luís & WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e Liberdade Provisória**: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar. Curitiba: Juruá, 1997.

CARVALHO, G. K. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra editora, 1982.

_____. J. J. - MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra editora, 1984.

_____. Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Almeida, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

CARNELUTTI, F. **As Misérias do Processo Penal**. 1ª ed. – 3ª tiragem. Campinas: Russel Editores, 2.008.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 7. ed. rev. ampl. Madrid: Alianza, 1998. v. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2ª edição. Revista atualizada. RT, 2010.

FERRAJOLI, L. Direito e razão: **teoria do garantismo penal**. Tradução A.P. Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

FILHO, Jose Celso Mello. **A tutela Judicial da Liberdade**. RT 526/291.2007

FURLANETO NETO, Mário e CHAVES GUIMARÃES, José Augusto. Crimes Na Internet: **elementos para uma reflexão sobre a ética informacional** - R. CEJ, Brasília, n. 20, p. 67-73, jan./mar. 2003 Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero20/artigo9.pdf>

GÊNOVA, Jairo José. **A nova lei das prisões cautelares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº.2954, 3 ago 2011. Disponível em :<http://jus.com.br/revista/texto/19688>>. Acesso 20.dez.2011.

GOMES, L.F. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: RT, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O princípio do Juiz Natural e sua dupla garantia. **Revista de Processo**, v.29, Jan/Mar-1983, p.11.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 9ª Ed.ver.Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito processual constitucional – fundamentos**.1997

GRECO FILHO, V. **Interceptação Telefônica**: Considerações sobre a lei n. 9.296, de julho de 1.996. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M.. **As nulidades no Processo Penal**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2006. 352 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao processo Penal**. 4 ed. Atual. Campinas: Millenium, 2000.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343/06, de 23 de agosto de 2006** (Nova Lei de Drogas) anotada e interpretada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2 ed. Atual. Campinas: Millenium, 2000.

MELLO, Celso Albuquerque; SARMENTO, Daniel; REIS, Márcio Monteiro; AMARAL, Gustavo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, J.F. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2a Edição, Coimbra: 1998

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 14 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos – Texto, comentários e aspectos polêmicos**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY, Nelson, Junior. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição, v. 21, 2000, p.65

NUCCI, G. de S. **Código de Processo Penal Comentado**. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2008. 1.214 p.

_____. G. de S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: RT. 2007, 1.022 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

_____. **Atualização do Processo Penal**. Lei nº.12.403 de 05 de Maio de 2011.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo, Edições Loyola, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 7 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

REALE, Miguel, Júnior. parecer ofertado a pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros, p. 12, *apud* **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso-brasileira**. Obra coletiva coordenada por Marco Antonio Marques da Silva e José de Faria Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 598.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. **Antecipação de tutela recursal em sede de agravo e apelação** – interpretação da lei nº 10.352/01. Publicada na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 28. MAR-ABR/2004.

ROXIN, Claus; Arzt, Günter; Tiedemann Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1996..

STUMM, Raquel Denize: **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995

TEODORO, Humberto, Junior. Curso de Direito Processual Civil, vol I, **Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, 15ª edição editora Forense, 2001.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições De Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 7 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Processo Penal*. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.3.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: SANCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquim; CARVALHO, Salo de. **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.