ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A IMPOSSIBILIDADE DE VEDAÇÃO LEGISLATIVA ABSOLUTA A LIBERDADE PROVISÓRIA: UMA CONSTRUÇÃO DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

THE IMPOSSIBILITY OF ABSOLUTE LEGISLATIVE PROHIBITION TO PROVISIONAL FREEDOM: A CONSTRUCTION OF THE CONSTITUTIONAL CRIMINAL PROCEDURE

Antônia Claudiene da Silva*
Pedro Rodrigues Caldas Neto**

RESUMO: A presunção de não-culpabilidade, enquanto valor elevado ao *status* de direito individual fundamental, por força da constitucionalização do direito trouxe para o processo penal toda uma gama de comandos positivos e negativos decorrentes dos valores oriundos do postulado constitucional que impôs a cautelaridade, como premissa inafastável, a qualquer cárcere antecedente à condenação em pena privativa de liberdade passada em julgado. O presente estudo busca, dentro deste referencial normativo, refutar a constitucionalidade de todo e qualquer diploma infraconstitucional instrumental que, abstrata e genericamente, vede ao Poder Judiciário a apreciação dos requisitos de cautelaridade da prisão processual em cada caso concreto.
Palavras-chave: Constitucionalização do direito. Presunção de não-culpabilidade. Prisão processual. Vedação legal absoluta. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The presumption of non-culpability as high value to the status of fundamental individual right, under the constitutionalization of the Law brought to the criminal proceedings a range of positive commands and negative values resulting from the constitutional postulate that imposed cautiously, as an unavoidable premise, any prison preceding the sentence of imprisonment passed in trial. The present study attempts within this normative reference to refute the constitutionality of any infra constitutional instrumental statute that prohibit the courts to verify the requirements of procedural precaution prison abstractly and generally in each case.
Keywords: Constitutionalization of the Law. Presumption of non-culpability. Prison procedures. Absolute legal prohibition. Unconstitutionality.

* Acadêmica do 8º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Potiguar – UnP. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.
** Especialista em Direito Processual Civil e Processual Penal pela Universidade Potiguar – UnP e Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e da Universidade Potiguar – UnP. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. *Email*: pedrocaldasneto@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que se controverte, em sede doutrinária e jurisprudencial, quanto à possibilidade de imposição de constrição à liberdade de locomoção de quem apenas acusado em processo penal, e isto decorre de um fator de fácil percepção: é que, constituindo-se a prisão processual na forma mais intensa de proteção do resultado útil final do processo penal, no que, em seus efeitos práticos, se equiparando ao modelo de constrição à liberdade de locomoção mais fortemente legitimado e aplicado no direito criminal àquele que definitivamente condenado - o recolhimento em regime de cárcere fechado -, as seqüelas advindas de tal imposição constritora não-definitiva, e de índole instrumental, em devem ficar restritas às hipóteses da absoluta necessidade da medida para a persecução penal, em que se tem, ainda, culpado, mas tão somente acusado.

No Direito Pátrio, impõe-se o auscultar a problemática a partir do vetor axiológico que informa o sistema jurídico vigente, no que a Constituição Federal firmou um sistema de presunção de não-culpabilidade, delimitando, assim, para o processo penal, o norte valorativo de que toda e qualquer prisão processual - aquela advinda antes do trânsito em julgado da sentença condenatória - deve ser informada, unicamente, pela índole cautelar, fulcrada nas bases do denominado *periculum libertatis,* isto é, o risco que o estado de soltura do acusado traz ao resultado útil final da persecução penal.

O subjetivismo que envolve tal juízo de valor, qual vai concluir pela necessidade da prisão antes da sentença condenatória em pena privativa de liberdade passada em julgado, desde logo permite enxergar a problemática aventada neste trabalho, referente aos limites de sua imposição dentro da generalidade e abstração de que são revestidos os textos legais.

A nossa Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LVII, elevou à condição de cláusula pétrea a previsão de que ninguém será considerado culpado até que suceda decisão condenatória passada em julgado; logo, somente se admite a prisão processual, pois a custódia é um efeito natural da pena, quando lhe restar demonstrada a necessidade e proporcionalidade

em face da sua utilidade enquanto medida de preservação de um resultado útil quando do julgamento da persecução penal.

Parte-se, pois, da premissa de que se faz desarrazoada a admissão de que, ao legislador infraconstitucional, possa ter sido facultada a fixação de balizas instransponíveis ao aplicador da lei, no que concerne ao valor liberdade, antes da sentença condenatória passada em julgado, porquanto, somente quando for a hipótese e isto tem de ser aferido dentro do casuísmo do caso concreto da demonstração da imprescindibilidade da medida de cunho precaucional do processo, é que esta pode ser tolerada.

Delineia-se, deste modo, a necessidade de que, com fulcro no neoconstitucionalismo, e partindo-se do referencial da constitucionalização do direito, se passe a exigir, cada vez mais, a atuação criativa do aplicador da lei no processo de construção do direito do caso concreto, para, fazendo valer a Constituição frente em face da lei, reconhecer e declarar a inconstitucionalidade, mesmo *incidente tantum*, da aplicação de todo e qualquer dispositivo legal instrumental penal que, abstrata e genericamente, vete ao Poder Judiciário a possibilidade de dosar as cautelas processuais penais, com especial destaque para as prisões provisórias, dês que somente admitidas dentro da ótica da cautelaridade revelada no casuísmo de cada persecução penal.

2 A JUSTIÇA PENAL E OS LIMITES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

É no processo penal em que mais tensamente conflitam o interesse público e privado: o primeiro, representado pelo Estado detentor do poder punitivo, em face daquele que infringiu a lei penal, e, o segundo, do indivíduo, que acusado do ilícito, não deve precocemente sofrer efeitos inerentes à condição de culpado, o que somente é devido quando sobrevenha decisão condenatória penal passada em julgado.

Tal quadro valorativo, como já antecedentemente vislumbrado, decorre da aceitação do fenômeno da constitucionalização do direito, em que se tem mutuado às legislações infraconstitucionais, para o estudo proposto, especialmente as instrumentais, os ideais imanentes ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito, em face dos seus princípios estruturantes,

moldados pela a significação constitucional de que o fundamento do Estado de Direito encontra-se na democracia e na legitimidade do sistema legal, sendo, assim, uma espécie de dimensão dos direitos fundamentais que somente encontram limites na própria Constituição.

A noção de Estado Democrático de Direito, deste modo, perpassa a concepção que outrora logrou alcançar, enquanto mera justaposição formal dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, para representar bem mais, isto é: a adesão plena a todos os valores axiológicos infirmados por referidos postulados e, mesmo, os advindos da simbiose daqueles, em ordem a conformar uma visão nova de legalidade, que muito de perto interessa ao processo penal, uma legalidade de feição constitucional, esta sim, a sólida base em que se sedimentada a atuação legislativa e jurisdicional no denominado Estado Constitucional Democrático de Direito.

É atento à necessidade da plenitude desta tutela das liberdades individuais emanadas dos postulados constitucionais, inclusive em face da própria lei, advinda da visão de uma legalidade constitucional, que chama a atenção Pedraz Penalva, lembrado por Mariângela Gama de Magalhães Gomes[1]:

> Deste modo, os princípios afirmados pela doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII como direito ou direitos naturais, foram consagrados nas modernas Constituições sob a forma de princípios normativos fundamentais, contendo limitações ou imperativos negativos – e, também, positivos, como aqueles referentes aos direitos sociais estampados nos textos constitucionais deste século -, os quais encontram-se destinados ao legislador e aos outros poderes públicos. Desta forma, os denominados direitos 'invioláveis', 'personalíssimos' ou 'indisponíveis', não são mais do que a forma jurídica positiva dos direitos naturais, que tem como garantia o fundamento político, ou externo, do moderno Estado de Direito. E tal garantia, por sua vez, assegura a possibilidade de serem declaradas inválidas as disposições contrárias ao referido rol de direitos.
>
> Pode-se dizer que há uma conscientização da necessidade de proteger os próprios direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, mesmo frente à própria lei. A velha idéia de pro-

1 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26.

> teção da liberdade pela lei tende a ser substituída pela necessidade de proteção das liberdades perante a lei. É neste sentido que afirma Pedraz Penalva, ao salientar que se passou do princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade.

J.J. Gomes Canotilho[2], abordando a questão relativa à fiscalização judicial como instrumento de garantia do controle da supremacia da constituição perante as leis infraconstitucionais, tece elucidativo magistério, para dizer:

> Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior,* quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais. A idéia de *superlegalidade formal* (a constituição como norma primária de produção jurídica) justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, <agravadas> ou <reforçadas> relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade* substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjugação destas duas dimensões – superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição – deriva o **princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos:** os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.

Destarte, é deste prisma interpretativo que cumpre, então, analisar a compatibilidade com o Texto Constitucional pátrio, das previsões legislativas consignadas em sede de diplomas processuais penais extravagantes, que, indo além do vetor constitucional da não-culpabilidade, obstam, dentro de

2 CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito **Constitucional**. 7. ed. 2 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 890.

seu caráter geral e abstrato, a concessão de liberdade provisória vinculada àquele que, detido em flagrante de delito, e que processado em persecução criminal relativa a ilícito penal.

3 A ATIVIDADE LEGISLATIVA ANTE AS FRONTEIRAS DO PODER PENAL

No contexto abordado, surge, portanto, a necessidade de conceituar o que se toma por atuação legislativa regular, concebida, como tal, aquela que guarde compatibilidade com a Constituição Federal ou não incorra no vício do casuísmo - tarefa exclusivamente deferida ao aplicador da lei competente, para cognição do caso concreto -, pois, neste último caso, esta atividade "legislativa" se equipara ao mero ato administrativo, como a constituir espécie normativa natimorta.

Resta, assim, a problemática, para o estudo proposto, ora traduzida na atividade legislativa em face das fronteiras punitivas do poder penal nas situações da atuação legiferante de conteúdo incompatível com os valores constitucionais.

E é, então, da própria noção de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, e da perspectiva da supremacia material da Constituição frente as demais espécies normativas que compõem o ordenamento jurídico vigente, que se apresenta a efetiva percepção da higidez do texto constitucional, que, na sua sistematização, assenta sobre a premissa da distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos.

De fato, ocupando o ápice da pirâmide legislativa, a Carta Constitucional é dotada de estabilidade e rigidez especiais que lhe são conferidas pela posição de preponderância que ocupa no ordenamento jurídico, donde se impor que, firmados os postulados sobre os quais atuarão os Poderes Constituídos, passa a incidir uma regra de hierarquia jurídica e que, da norma constitucional expande-se às disposições legais inferiores, que com aquela não poderão conflitar.

Neste sentido, sendo a atuação do órgão legislativo objeto de delegação do próprio Poder Constituinte Originário, indevido é, em *ultima ratio*,

deixar de concluir que deste derivará toda a competência legiferante, pelo que não se podendo comungar com a exegese que admita a elaboração de disposições legais que, visando a regular condutas, terminem por se sobrepor aos postulados axiológicos preconizados no texto constitucional, como, não raro, acontece em tema de prisão provisória, exatamente por não se tributar, devidamente, o princípio da presunção de não-culpabilidade.

Paulo Bonavides[3] recorre a John Marshall, na fundamentação da decisão "*Marbury vs. Madison*", para alcançar a síntese do pensamento reflexivo da limitação, pela Constituição, dos poderes legislativos:

> Partiu assim Marshall para uma proposição evidente e incontestável: ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio-termo entre tais alternativas. Logo, afirma ele: ou a Constituição é lei superior e suprema, que se não pode alterar por vias ordinárias, ou entra na mesma esfera e categoria dos atos legislativos ordinários, sendo como tais suscetível também de modificar-se ao arbítrio da legislatura.

A Constituição tem, portanto, sua sobrevivência garantida pela eficiência de que são dotados os mecanismos de efetivação da sua supremacia, o que assim deve materializar-se num sistema de repressão aos atos contrários aos seus regramentos, especialmente quando jungidos do gravame de advirem da própria atividade legislativa superveniente.

A norma inconstitucional alcança, na pirâmide legislativa, um *status* zero, é *fatti specie* de efeito jurídico nenhum, não tem validade alguma; por conseguinte, dos seus preceitos, só aparentemente legais e legítimos, não se pode extrair nenhuma conseqüência e, mais grave, aceitar a imposição de restrições aos direitos fundamentais, o que, mesmo quando decorrente do cárcere processual indevido, se constitui manifestação intolerável.

Dita eiva é o que ocorre com as custódias preventivas mantidas *ope legis*, sem demonstração da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade do encarceramento precoce para o resultado útil final do processo, como sucede,

3 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 307.

exemplificadamente, na vedação absoluta, abstrata e genérica, da restauração do *status libertatis* contida no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/90[4].

4 A VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA VINCULADA

A vedação da liberdade provisória vinculada, isto é, aquela liberdade alcançada por quem, detido em flagrante delito, tem imposta, sobre si, cautela processual menos intensa, no que se lhe restaura o estado de liberto, é, assim, questão que se apresenta tormentosa ao intérprete da lei, no que se refere à possibilidade do direito posto se constituir, por si próprio, instrumento de vedação absoluta à restauração do *status libertatis* de quem, ainda, apenas acusado em processo penal, mesmo até em face daqueles tipos penais em que o legislador infraconstitucional buscou, por expresso referencial constitucional, dar tratamento processual penal mais gravoso.

Bastaria, assim - partindo-se da viabilidade da possibilidade da extensão, pela lei infraconstitucional, das restrições aos direitos fundamentais erigidos no patamar constitucional -, em casos deste jaez, a *imputatio facti* para justificar, *ope legis*, a manutenção do cárcere precoce ante a força prisional extensiva de que são dotadas tais constrições em flagrante delito.

É o que, por exemplo, entende Antonio Lopes Monteiro[5]:

> A outra forma de liberdade provisória é aquela prevista no art. 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, e pode ser chamada de 'liberdade provisória sem fiança'. Já ressaltamos a imprecisão do dispositivo. Também esta está proibida para os crimes hediondos e para os demais tipos tratados na Lei n. 8.072/90, pelo art. 2º, II, última parte.
> Esta última parte do inciso, contudo, tornou-se extremamente polêmica. Estaríamos diante de um dispositivo inconstitucional? Entendemos que não.
> [...]
> Com todo o respeito à opinião dos que assim pensam, enten-

4 "[...] Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - omissis; II - fiança e liberdade provisória."

5 MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos. 7. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 138-139.

> demos nós de forma diversa. A inconstitucionalidade de uma lei deve ser analisada sob o prisma da possível ofensa a alguma disposição expressa da Constituição, ou a algum dos chamados princípios fundamentais constitucionais. Ora, em nenhum dispositivo constitucional é defeso que lei ordinária venha a proibir a concessão da liberdade provisória neste ou naquele caso. Por outro lado, ao mesmo tempo em que se afirma a garantia da liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI), ressalva-se a necessidade de uma lei a permiti-la. Note-se que a forma redacional do inciso – '*quando a lei admitir*' – não dá o caráter absoluto a este direito-garantia, deixando como que pendente a exigência de uma lei ordinária para lhe dar eficácia plena.
> [...] Ousamos dizer mais neste final de capítulo. Seria inaceitável, do ponto de vista criminal, que, para crimes tão graves como os de que trata a Lei n. 8.072/90, fosse proibida a concessão da liberdade provisória com fiança (crimes inafiançáveis), e ao mesmo tempo permitida a liberdade provisória sem fiança. Ou seja, a liberdade seria concedida sem quaisquer ônus, substitutiva à prisão em flagrante. Dentro deste entendimento, podermos até afirmar que o art. 310, parágrafo único, é inaplicável aos crimes inafiançáveis e toda vez que, por qualquer motivo, não puder ser concedida a fiança.

Como visto nos primeiros tópicos abordados neste trabalho, não se pode concordar com a exegese acima transcrita, posto que se compartilhe da opinião de que a solução da questão versada se encontra no plano das normas constitucionais.

Ora, é fato que, no inciso LXVI, do artigo 5º da Constituição Federal em vigor, o legislador constituinte firmou comando axiológico, de carga positiva e negativa, no sentido de que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". Fosse tal prescrição norma isolada no Texto Magno, poder-se-ia compreender outorgado ao legislador infraconstitucional o livre direcionamento das causas impeditivas da liberdade provisória, especialmente considerando a previsão, também erigida em patamar constitucional, do artigo 5º, inciso XLIII, relativa à expectativa de um tratamento penal, processual penal e penitenciário, mais gravoso aos autores de crimes hediondos e equiparados.

Ocorre, porém, que no núcleo principiológico do nosso sistema processual penal constitucional, atua, como valor aglutinante das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, o princípio da não-culpabilidade, presente na assertiva do inciso LVII, do artigo 5º da Constituição, informando que "... *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Ora, se ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é inadmissível compreender que possa o legislador infraconstitucional não só permitir, mas, até mais grave, estatuir *ope legis* prisão sem condenação, força, aí, do tão-só aprisionamento flagrancial – que tem natureza precaucional específica e limitada no tempo, pois que serve para fotografar o delito no instante de sua prática, protegendo a prova do futuro processo penal – em face de *imputatio facti* de crime hediondo, ou equiparado, ou mesmo de qualquer delito donde se eleja necessário um tratamento legal diferenciado e mais gravoso.

Maximiliano Rusconi[6], preocupado em divisar a legitimidade do instituto cautelar da prisão processual, sob a ótica da possibilidade do nascimento de uma medida de coerção a partir da interpretação que se faz de uma garantia constitucional do imputado, rememora a natureza de exceção de que, é cercada a custódia processual:

> Debe quedar-se claro que la prisión preventiva es la *ultima ratio* de las medidas de coerción. Pero este entendimento no debe estar dirigido sólo a los jueces que resuelven el conflicto, sino también, y sobre todo, al legislador cuya deuda con respecto a la instauración de una Administración de Justicia Penal acorde con el texto fundamental carga sobre su espaldas una morosidad alarmante. El legislador debe procurar, en este sentido, la reglamentación del poder de coerción procesal en manos del Estado a fin de que, en búsqueda del mentado fin, se lesionen la menor cantidad de derechos y en menor manera del imputado, para lo cual es preciso que supere la vieja antinomia libertad-prisión preventiva, cuya falta de imaginación ha traído consecuencias sobre todo en el sometido a proceso, que como siempre ha sido el que ha pagado el costo de las fallas estructurales del proceso penal.

6 RUSCONI, Maximiliano**. Las fronteiras del poder penal.** Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina, 2005. p. 40-41.

A liberdade provisória vinculada, como ressaltado, é medida de cautela processual; porém, é, também, via de restauração do *status libertatis* de quem ainda só acusado ou processado criminalmente, e cuja força cogente da presunção de não-culpabilidade, legitimadora do garantismo processual que rege a nossa sistemática processual penal, somente admite exceção da regra quando das próprias previsões que se fizeram inserir em sede constitucional, e que, como tal, na forma do artigo 5º, incisos XLII, XLIII e LXIV, da Constituição Federal[7], alcançam apenas a liberdade provisória vinculada com fiança e, mesmo assim, tão-somente para os crimes de racismo, hediondos e equiparados, e de ação de grupos armados contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático.

Não pode, portanto, a lei, na sua feição abstrata e genérica, ter, por si própria, o condão de criar restrições absolutas à liberdade de locomoção antes da condenação passada em julgado, devida esta tão-somente quando demonstrada a necessidade, razoabilidade e proporcionalidade da constrição da locomoção do acusado para o resultado útil final do processo. Este sim, ao que parece, o verdadeiro norte intangível que advém do postulado da presunção de não-culpabilidade.

Fernando da Costa Tourinho Filho[8], sobre o assunto, discorre, afirmando:

> Se toda e qualquer prisão provisória descansa, inquestionavelmente, na necessidade, a proibição da liberdade, nesses casos, mesmo ausente os motivos para a decretação da prisão preventiva, é um verdadeiro não-senso e violenta o princípio constitucional da presunção da inocência.

Com igual propriedade, argumenta Rogério Del-Corsi[9], com base no magistério de Paulo Maurício Pereira:

> Afastar, portanto, sem qualquer exame, a possibilidade da

7 "[...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático."

8 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3. p. 506.

9 DEL-CORSI, Rogério. **Liberdade provisória e crimes hediondos.** Rio de Janeiro, n. 225, p. 30, jul. 1996.

> liberdade provisória, como quer o legislador ordinário através do inc. II do art. 2º da L. 8.072/90, apenas considerando a natureza da infração, portanto, em caráter genérico e absoluto para certa tipologia de delitos, sem averiguar a presença dos pressupostos da prisão preventiva, representa, não só uma agressão à Constituição como também retorno ao passado, quando a segregação preventiva obrigatória, de triste memória, vigorava entre nós.
> Finalizo com lição do excelente PAULO MAURÍCIO PEREIRA (RT 671/288, 191): "... vedada a concessão da liberdade provisória, onde a Carta Magna só prevê vedada a fiança, não pode aquele dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos merecer guarda do Judiciário, porque, manifestamente inconstitucional. Cabendo ao juiz, simplesmente, em havendo conflito entre a Lei Maior e a Menor, como é o caso, aplicar a Constituição e não a lei ordinária.

De ditas exegeses não discrepa Eugênio Pacelli de Oliveira[10] e, no que nomina de novas prisões preventivas obrigatórias para os crimes hediondos, perpetrados por organizações criminosas, de lavagem e do estatuto do desarmamento, faz acrescentar:

> Se toda prisão antes do trânsito em julgado haverá de ostentar natureza acautelatória, como, aparentemente reconhecem todos, não há como negar que a única autoridade pública que pode responder pela aludida tutela é o Poder Judiciário, dado que o que estará sendo acautelado, com a prisão, é, imediatamente, *o processo*, e, mediatamente, *a jurisdição penal*. A necessidade da prisão, e assim a definição da presença das razões cautelares autorizadas pela lei, somente há de ser aferida no plano da realidade concreta, e nunca pela maior gravidade do delito, até porque, ao final, será sempre possível a *desclassificação* da infração imputada na denúncia.
> A vedação da concessão de liberdade provisória, feita *abstratamente,* ou seja, por força de lei, sem qualquer consideração aos elementos concretos levados aos autos, implica a transferência da tutela dos direitos e garantias individuais (ou, das liberda-

10 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 457.

> des públicas) exclusivamente para o órgão da acusação, e, por vezes, até para a própria autoridade policial.
> Não bastasse, implica permitir que o exame de *periculosidade* do agente ou risco de fuga exista unicamente a partir da abstração do legislador, dependente apenas da ratificação por parte dos órgãos estatais – e até do particular, em algumas hipóteses – encarregados da investigação e da acusação em juízo.
> Sobre o tema, tivemos oportunidade de sustentar que:
> '[...] Em tema de garantias fundamentais, e particularmente, no campo da liberdade individual, o Poder Judiciário não pode ser excluído da apreciação da necessidade da prisão, sobretudo porque nosso ordenamento somente admite a privação da liberdade subordinada aos escopos (jurisdicionais) do processo, ou seja, para a proteção de sua efetividade'[...]

Efetivamente, como bem demonstrado pelos renomados juristas citados, padece da eiva da inconstitucionalidade toda e qualquer vedação legislativa absoluta ao estado de liberto durante o curso da persecução penal.

Para tal quadro, de diplomas processuais que malferem os postulados constitucionais, conquanto nesta não buscaram validade, mas, mesmo, perseguiram rota de colisão, cumpre, então, ao Poder Judiciário, a função de preservar a integralidade dos postulados constitucionais, ao menos até que se rompa, e aí bem se demonstre esta opção popular, com o atual sistema processual penal garantista estatuído na Constituição Federal de 1988, mesmo que, para tanto, continue o Judiciário a atuar contra-majoritariamente.

Luiz Roberto Barroso[11] aborda esta importante missão do Poder Judiciário no que concerne a sua tarefa de promover os valores constitucionais democráticos, observando:

> O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá

11 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 10 jul. 2006.

> se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflito entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis, resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.
>
> No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem sustos paralisantes. A difícil tarefa de construir as instituições de um País que se atrasou na história exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

Tem, assim, o Poder Judiciário, o dever de proteger os valores da ordem constitucional vigente, inclusive quando das incursões legislativas indevidas, no que, com aquela conflitantes.

Papel este, no caso brasileiro, que, por força do também controle difuso de constitucionalidade das leis, alcança a atividade dos juízes em nível do primeiro e, do segundo grau de jurisdição, risco do comprometimento da estabilidade institucional - a ser alcançada com a tutela dos valores constitucionais -, o que a todo o Poder Judiciário compete o dever de velar, máxima que, não raro, em diplomas legislativos de aludido condão instrumental, sequer interesse majoritário se pode efetivamente identificar, como bem lembra V. Vital Moreira, citado por Luiz Roberto Barroso[12]:

> Na fórmula constitucional primordial 'todo poder reside no povo'. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, 'nem todo o poder vem do povo'. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepõem-se ao poder do povo.

12 MOREIRA, V. Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. [S.l. : s.n.]; 2001. p. 323.

Assim, observador atento e idealmente alheio a tais influências, compete ao Poder Judiciário atuar decisivamente na construção do direito do caso concreto e, tutelando os postulados constitucionais, inclusive os que consagram o garantismo processual penal, fazer valer a Constituição em face da lei, reconhecendo e declarando inconstitucional, *incidente tantum*, a aplicação de todo e qualquer dispositivo instrumental que, abstrata e genericamente, obste ao Poder Judiciário a possibilidade de dosar as cautelas processuais durante a persecução criminal, especialmente, quando cuidar da previsão da manutenção cogente de quadro de prisão provisória, que somente pode ser aceita quando calcada sobre o espectro da cautelaridade.

Atente-se, para bem divisar no entendimento explanado, que não se refuta que a lei possa a vir dosar tais medidas, esta, aliás, é a própria função típica do parlamento, que, em razão de expressa outorga constitucional, bem pode balizar, inclusive com limitações de maior rigidez, as cautelas processuais menos intensas, como se dá com a vedação da liberdade provisória vinculada com fiança, ou mesmo, com a permissão da restauração do *status libertatis*, em alguns casos, de acordo com a natureza do crime, somente poder ocorrer mediante a prestação de garantia real – salvo, é lógico, a impossibilidade, materialmente comprovada, de prestá-la – nunca, porém, poderá o legislador infraconstitucional ou até o constituinte derivado, vetar, de forma absoluta, a valoração da continuidade do cárcere precoce pelo aplicador da lei, como ocorre, por exemplo, com os crimes hediondos e equiparados da Lei n. 8.072/90, e de porte ilegal de arma de fogo, que discrimina a Lei n. 10.826/03.

Situações desta ordem, dado que inconstitucionais, não devem ser toleradas, e a manutenção do estado de prisão, decorrente de prévio flagrante delito, somente será justificada quando o aplicador da lei fundamentadamente demonstrar, com base em elementos cautelares, a necessidade da medida para o processo.

Em nível jurisprudencial, aparentemente, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça vem se caracterizando por sua vanguarda no assunto, o que denota a iniciativa de dar a correta abordagem constitucional do tema, reconhecendo a impossibilidade da tão-só imputação ou deflagração de persecução penal por crime hediondo - o que se estende aos delitos equiparados ou qualquer outro tipo penal, no qual está prevista em lei a vedação absoluta de liberdade provisória vinculada sem fiança – poder, de forma absoluta, como na sua literalidade

informa a lei, gerar a impossibilidade de concessão da liberdade provisória daquele que, detido em flagrante delito. Se não, vejamos venerável aresto da sua 6ª Turma, em relatoria do Ministro Paulo Medina:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PERICULUM LIBERTATIS. INEXISTÊNCIA. PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO CULPABILIDADE. PREVALÊNCIA. No ordenamento constitucional vigente, a liberdade é regra, excetuada apenas quando concretamente se comprovar a existência de periculum libertatis. Ausentes os pressupostos e requisitos da prisão cautelar (art. 312 do CPP), descabe a manutenção da prisão cautelar. Os princípios constitucionais do Estado de Inocência e da Liberdade Provisória não podem ser elididos por normas infraconstitucionais que estejam em desarmonia com os princípios e garantias individuais fundamentais. Recurso a que se dá provimento para conceder a liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante compromisso, expresso em termo apropriado, de comparecer a todos os atos processuais. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 16607 / SP, 6ª Turma, rel. min. Paulo Medina, J. 18/10/2005, DJ DJ 12.12.2005 p. 422).

Venturosa exegese, afirma a obrigatoriedade da obediência ao matiz constitucional no tema do aprisionamento precoce, não só relativamente ao flagrante delito - enquanto medida pronta e eficaz para aquela cautela inicial necessária à deflagração da persecução penal inquisitorial –, mas também para o cárcere provisório, quando sucedâneo da prisão flagrancial, que somente se fará tolerada quando informada a sua necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, quando demonstrada a preventividade da medida prisional para o resultado útil final do processo penal, o que somente o Juiz competente pode, nos autos da respectiva persecução penal, concreta e fundamentadamente aquilatar.

Do dito contexto, resulta, a conclusão de que a prescrição contida no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/90, o que, nos crimes hediondos, na prática da tortura, no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e no terrorismo, torna insuscetível de liberdade provisória o acusado que, preso em flagrante delito, é

disposição legal sem consonância e respaldo de validade constitucional, logo, *fatti specie* incapaz de gerar efeito jurídico algum.

Igual eiva, ainda, atinge ao artigo 3º da Lei n. 9.613/98, diploma legal que reprime os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, na parte em que prevê, para os delitos disciplinados no dito diploma legal[13], a impossibilidade da liberdade provisória e, bem assim, o artigo 21 da Lei n. 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento – que, também, de forma absoluta, impede a liberdade provisória aos acusados presos em flagrante delito, aos quais se imputa o cometimento dos crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18 dessa lei[14], a saber: os

13 "Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II - de terrorismo e seu financiamento; III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - de extorsão mediante seqüestro; V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI - contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa. VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira Pena: reclusão de três a dez anos e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou explora bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta lei. § 3º. A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do artigo 14 do Código Penal. § 4º. A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a IV do caput deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa. § 5º. A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimento que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime."

14 "Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:I - suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II - modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz; III - possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; IV - portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado; V - vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e VI - produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo. Comércio ilegal de arma de fogo. Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 4

crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo.

5 CONCLUSÃO

Ocupando a Constituição o ápice da pirâmide legislativa, donde toda e qualquer atividade legiferante desenvolvida em sede infraconstitucional decorre da própria outorga constitucional, implica reconhecer, nesse diploma, uma espécie de superlegalidade, tanto no aspecto formal, no que regulamenta o processo de criação das leis, como no material, no que informa que toda e qualquer lei deve guardar consonância com os valores axiológicos corporificados no Texto Magno, do qual derivam todas as demais normas que compõem o sistema do direito positivo vigente.

No campo processual penal valora-se, com especial relevo, a presunção de não-culpabilidade, a qual, apesar de não vetar a possibilidade de prisão de quem ainda não foi definitivamente condenado, somente a admite quando fulcrada em bases estritamente cautelares, isto é, quando demonstrada a sua imprescindibilidade para a utilidade do resultado da persecução penal.

Por sua natureza de atuação abstrata e genérica, típica do campo da regulamentação de condutas, o Poder Legislativo não pode vedar, de forma absoluta, a concessão da liberdade no curso do processo penal, em face de acusado que restou detido em flagrante delito, porquanto, em sede constitucional, não se procedeu a tamanha restrição da liberdade de locomoção, informando-se, de tal norte principiológico, o emanar de comandos positivos e negativos, estes últimos impeditivos da recepção ou elaboração de norma jurídica que se mostre em descompasso com os valores constitucionais.

Padece de inconstitucionalidade todo e qualquer diploma legislativo infraconstitucional que vede ou venha a vedar, ao Poder Judiciário, a apreciação no caso concreto, e com fundadas razões de índole precaucional do

(quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência. Tráfico internacional de arma de fogo. Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente: Pena - reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa."

processo, da deliberação quanto à necessidade, razoabilidade e proporcionalidade da prisão processual de quem apenas acusado de um crime.

A técnica do controle de constitucionalidade, por via de exceção, expande a toda a Magistratura Nacional o dever de atenção, zelo e obediência aos postulados constitucionais, competindo, quando for o caso de incidência de previsões legais que vedam - em desconformidade a Constituição -, de forma absoluta, a liberdade no curso do processo penal, reconhecer e declarar, *incidente tantum*, a inconstitucionalidade de tais atos legislativos, de forma a preservar com tal atuação, fruto da concepção da constitucionalização do direito, a higidez e supremacia do Texto Constitucional.

REFERÊNCIAS

BALLAN JUNIOR, Octahydes. Liberdade provisória e recursos especial e extraordinário. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, n. 19, abr./maio, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 10 jul. 2006.

BIZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Processo penal garantista**. Goiânia: AB Editora, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

DEL-CORSI, Rogério. **Liberdade provisória e crimes hediondos**. Rio de Janeiro, n. 225, jul.1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. [S.l. : s.n.], 2001.

GUIMARÃES, Luiz Geraldo Floeter. Supremacia da constituição. **Juris Síntese** n. 42, jul./ago. 2003.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de processo penal interpretado**. 10. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RUSCONI, Maximiliano. **Las fronteiras del poder penal**. Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina, 2005.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire; COIMBRA, Christiana M. Roselino. Princípio da presunção de inocência em desfavor do réu. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal,** n. 17, dez./jan, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 21.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.