



**ARTHUR MENDES DE OLIVEIRA QUARESMA
SÍLVIA REGINA GONÇALVES ROCHA**

**A INCONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO DA LIBERDADE
PROVISÓRIA CONFORME O PACOTE ANTICRIME**

**SERRA/ ES
2021**



**ARTHUR MENDES DE OLIVEIRA QUARESMA
SILVIA REGINA GONÇALVES ROCHA**

**A INCONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO DA LIBERDADE
PROVISÓRIA CONFORME O PACOTE ANTICRIME**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade Doctum de Serra,
como requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.**

**Área de Concentração: Direito Processual Penal,
Direito Constitucional.**

Professor Orientador: Luciano Costa Félix

**SERRA/ ES
2021**

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **A INCONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONFORME O PACOTE**, elaborado pelos alunos **ARTHUR MENDES DE OLIVEIRA QUARESMA e SILVIA REGINA GONÇALVES ROCHA** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceito pelo curso de Direito das faculdades **FACULDADE DOCTUM DE SERRA**, como requisito parcial da obtenção do título de **BACHAREL EM DIREITO**.

Serra/ES, ____ de _____ 2021.

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o conflito onde ocorre a proibição de liberdade provisória em casos de prisões em flagrante envolvendo agentes reincidentes e as mudanças na Legislação Brasileira, visando aumentar a validade no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, buscando as vantagens e desvantagens do projeto criado para eliminar a corrupção, o crime organizado e o crime violento. Para compreender os aspectos positivos e negativos relacionados ao poder da justiça criminal, foi realizado um estudo paralelo sobre relação entre o poder do Estado na luta contra o crime e o sistema penal. A nova Lei de Abuso de Poder 13.869/19 fortalece ainda mais essa questão, e também prevê penalidades para o poder de tomar medidas de detenção em violação da mesma. Porém entendemos que o significado de seu parágrafo 4º é que se a prisão ilegal for feita publicamente em até 24 horas sem tutela audiência, após algumas horas além do limite de tempo prescrito, esta situação tornará a prisão com vícios e deve ser relaxada pelas autoridades judiciais. É de grande relevância relatar a inconstitucionalidade do art. 310, §2º do CPP (Incluído pela Lei nº 13.964/ 2019), devido à forma que o mesmo foi transcrito, cabendo ao legislador proibir a liberdade provisória nos citados do artigo. Porém, antes de qualquer sentença, as circunstâncias que devem ser levadas em consideração; que basicamente são os direitos fundamentais da pessoa humana, como também o direito a liberdade de todos. Com isso, a finalidade maior é buscar meios de soluções para essa problemática.

Palavras-Chave: Proibição da liberdade provisória, Inconstitucionalidade, Pacote anticrime.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the conflict where the prohibition of provisional liberty occurs in cases of arrests in flagrant involving repeat offenders and the changes in Brazilian legislation, aiming to increase the validity in the fight against

organized crime, violent crime and corruption, seeking the advantages and disadvantages of the project created to eliminate corruption, organized crime and violent crime. To understand the positive and negative aspects related to the power of criminal justice, a parallel study was carried out on the relationship between the power of the State in the fight against crime and the penal system. The new Abuse of Power Act 13,869/19 further strengthens this issue, and also provides for penalties for the power to take detention measures in violation of it. However, we understand that the meaning of its 4th paragraph is that if the illegal arrest is made publicly within 24 hours without a hearing, after a few hours beyond the prescribed time limit, this situation will make the arrest vicious and should be relaxed by the judicial authorities. It is of great importance to report the unconstitutionality of art. 310, §2 of the CPP (Included by Law No. 13.964/ 2019), due to the way it was transcribed, it being up to the legislator to prohibit provisional liberty in the cited articles of the article. However, before any sentence, the circumstances that must be taken into account; which basically are the fundamental rights of the human person, as well as the right to freedom of all. With this, the main purpose is to seek ways to solve this problem.

Keywords: Prohibition of Provisional Freedom, Unconstitutionality, Anti-Crime Package

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 LIBERDADE PROVISÓRIA	9
2.1 Conceito	9
2.1 Espécies	9
3 MEDIDAS CAUTELARES	10
3.1 Conceito	10
3.2 Pressupostos de aplicabilidade	10
3.3 Espécies	12
4 LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI Nº 13.964/2019	12
5 COMPARAÇÃO DO §2º ART. 310 DO CPP COM ART. 5º, INC. LXVI DA CF	14
6 LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI Nº 13.869/2019	15
7 AS VEDAÇÕES ESTABELECIDAS PELO ART. 3º-A DO CPP	17
8. LIBERDADE PROVISÓRIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL	18
8.1. Inobservância do Princípio do Estado de Inocência	18
9. PRISÃO PROCESSUAL	19
CONCLUSÃO	23
REFERÊNCIAS	25

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2019, foi criado em nosso ordenamento jurídico o Pacote Anticrime do Governo federal - Lei nº 13.964/2019, onde se refere a varias mudanças na Legislação Brasileira, visando aumentar a validez no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, buscando as vantagens e desvantagens do projeto criado para eliminar a corrupção, o crime organizado e o crime violento. Para compreender os aspectos positivos e negativos relacionados ao poder da justiça criminal, foi realizado um estudo paralelo sobre a relação entre o poder do Estado na luta contra o crime e o sistema penal.

A análise das mudanças na legislação processual penal brasileira inclui a garantia da identidade dos juízes onde discuti a necessidade da garantia e eficácia dos mesmos no ordenamento jurídico processual para a construção do sistema processual de acusação, esta pesquisa visa conhecer os motivos da encampação do sistema acusatório no art. 3º-A da Lei de Processo Penal, analisar as limitações de atuação do juiz de garantia nos termos da legislação brasileira e verificar sua importância e seu papel na garantia dos direitos básicos inseridos ou gerados na constituição.

O art. 310 §2º do CPP, inovado pela lei nº 13.964/19, proíbe a concessão de liberdades provisórias em casos de prisões em flagrante envolvendo: agente reincidente; agente integrante de organização criminosa armada; e agente flagrado portando arma de fogo de uso restrito. Com isso, o parágrafo 2º designadamente apresenta uma nova legislação ao completar que o juiz confere que o autor preso em flagrante é reincidente ou ainda se unifica a uma organização criminosa armada ou milícia, ou tem propriedade ou mesmo que porta arma de fogo de uso restrito, deverá recusar a liberdade provisória, com ou sem a aplicação de medidas cautelares. Nesse sentido, teoricamente, se o magistrado puder encontrar as referidas figuras em qualquer circunstância, ele é obrigado a negar a liberdade temporária de fiança ou ausência.

No entanto, a título de inovação jurídica, a Lei nº 13.964/19 pune ativamente a autoridade que não realizar a audiência de tutela nas 24 horas acima especificadas no título do artigo 310, sem fundamento a esta omissão no âmbito administrativo, civil e penal. A nova Lei de Abuso de Poder 13.869/19 fortalece ainda mais essa questão, e também prevê penalidades para o poder de tomar medidas de detenção

em violação da mesma. Porém entendemos que o significado de seu parágrafo 4º é que se a prisão ilegal for feita publicamente em até 24 horas sem tutela audiência, após algumas horas além do limite de tempo prescrito, esta situação tornará a prisão com vícios e deve ser relaxada pelas autoridades judiciais.

E, no julgamento da ADI 3137, analisando a redação do novo §2º do art. 310 do CPP (objeto deste estudo), como bem destacado pelo eminente ministro GILMAR MENDES, ao interpretar o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição, o Constituinte atribuiu ao legislador infraconstitucional a conformação normativa do instituto da liberdade provisória, dizendo que:

O artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição, prescreve que 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória'. Assim, a liberdade provisória, caráter de uma medida cautelar prevista no texto constitucional, cuja conformação substancial é deferida ao legislador. Tal como decorre da sistemática constitucional, esse poder conformador há de ser exercido tendo em vista os princípios constitucionais que balizam os direitos fundamentais e o próprio direito de liberdade.
(...)

Eu havia anotado a respeito desse dispositivo; mencionei o art. 5º, inciso LXVI, e resaltei que a liberdade provisória é de caráter de uma medida cautelar prevista no Texto Constitucional, cuja conformação substancial é deferida ao legislador. Tal como decorre da sistemática constitucional... (BRASIL. STF, 2012).

Ou seja, o ministro não determinou nenhuma proibição ao legislador infraconstitucional quanto ao instituto da liberdade provisória. Porém quando utiliza o termo "quando a lei admitir a liberdade provisória" (BRASIL. CF de 1988) deixa claro que o legislador pode, sim, em determinadas situações, negar a concessão de liberdade provisória.

Com isso, o correto a ser feito é dar um entendimento conforme inc. LXVI do artigo 5º da CF. E este entendimento não é proibir o legislador de prever hipóteses de liberdade provisória, mas, sim, encontrar parâmetros para que essa proibição seja constitucional, pois, quando o legislador desejar proibir a concessão de liberdade provisória em determinado(s) caso(s); "os princípios constitucionais que balizam os direitos fundamentais e o próprio direito de liberdade" deverá ser levado em conta, como cita o ministro Gilmar Mendes (BRASIL. STF, 2012).

2. LIBERDADE PROVISÓRIA

2.1 Conceito

A liberdade provisória é o instituto de benefício ao acusado, que atenta contra as formas cautelares de prisão.

2.2 Espécies

Classificadas em três espécies:

a) liberdade provisória obrigatória:

É obrigatória a concessão de liberdade provisória, nas hipóteses previstas no artigo 321, do CPP, in verbis:

Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança:

I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade;

II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.

b) liberdade provisória vedada:

Em algumas hipóteses, entretanto, a lei veda a concessão de liberdade provisória. Vale dizer, não há um rol taxativo a indicar as hipóteses impeditivas, mas haverá menção expressa nas leis esparsas, como faz, por exemplo, a lei de crime organizado (Lei 9.034/95) que, no artigo 7º, dispõe:

Art. 7º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

c) liberdade provisória permitida:

Por fim, fala-se em liberdade provisória permitida com fiança e sem fiança. As hipóteses de liberdade provisória permitida sem fiança estão no artigo 310, *caput* e parágrafo único, do CPP:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

A liberdade provisória com fiança, entretanto, é concedida sempre nas seguintes hipóteses:

a) para as contravenções penais que não estejam abrangidas pelo artigo 69, da Lei 9.099/95;

b) para os crimes punidos com detenção e c) aos crimes punidos com reclusão cuja pena mínima seja igual ou inferior a dois anos. É o que se conclui pela análise exclusiva dos artigos 323 e 324, do CPP.

3. MEDIDAS CAUTELARES

3.1 Conceito

São medidas que visam a garantia do processo, antes da sentença penal. Entre as medidas cautelares mais comuns, estão algumas espécies de prisões processuais, como a prisão em flagrante e a prisão preventiva.

3.2 Pressupostos de aplicabilidade

Nesse contexto, doravante, passam a existir apenas três modalidades de prisão:

a) A temporária, decretada somente na fase extrajudicial e na qual o Juiz terá de ser necessariamente provocado, ou pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, só sendo a constrição cabível nos crimes constantes do taxativo rol previsto na lei extravagante que a criou (a Lei nº 7.960/1989) e pelos fundamentos nela traçados;

b) A preventiva, que prossegue podendo ser decretada em ambas as fases, sendo que, na inquisitorial, o Juiz não mais poderá agir de ofício, ressaltando-se que agora o assistente também está legitimado a requerê-la; – a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. Ficou, assim, definitivamente esclarecido que, além dos casos de prisão em flagrante, o particular só poderá vir a ter sua liberdade confiscada nas hipóteses acima descritas, dependentes sempre de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Com a nova redação do art. 283, o Código de Processo adequou-se ao texto constitucional, fazendo desaparecer do ordenamento jurídico pátrio as prisões por pronúncia e por sentença condenatória recorrível;

c) A própria prisão em flagrante, que pode ser efetuada por qualquer do povo e cuja formalização é um ato administrativo por excelência, passou a ser jurisdicionalizado, o que será visto mais adiante. No decorrer do curso, abordaram-se as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, notadamente a possibilidade de adoção de medidas que vinculem o investigado ou o réu à persecução penal e evitem a prática de novas infrações penais, sem levá-lo ao cárcere, reservando-se, assim, a prisão preventiva aos casos de absoluta e comprovada necessidade. Embora reconheça no diploma em comento o mérito de oferecer ao Juiz novos instrumentos para assegurar a efetividade do processo, pois, realmente, há situações intermediárias em que, por um lado, a prisão cautelar afigura-se uma demasia mas, por outro, impõe-se ao acusado certas obrigações, manifesto minha preocupação com duas possíveis conseqüências: o malogro de muitas das novas medidas, pelas naturais dificuldades de sua fiscalização, e o fortalecimento da (a meu sentir) equivocada concepção de que, em nome do princípio constitucional da presunção de inocência, toda prisão processual é um excrescência que deve ser combatida a todo custo.

3.3 Espécies

Conforme a nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, são as seguintes as medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas 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. Além dessas, no art. 320 é prevista a proibição de saída do território nacional, devendo o indiciado ou acusado entregar o seu passaporte em juízo com exceção da detenção temporária, todas as medidas são baseadas no senso de responsabilidade de quem responde a investigações ou processos criminais. Eles devem estar cientes de que esta é uma oportunidade única dada pelo judiciário, e o não cumprimento pode afetar sua prisão preventiva.

4. LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI Nº 13.964/2019

Uma das “inovações” no âmbito da liberdade provisória trazida pelo legislador no Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) foi a inserção do §2º com a seguinte redação: “Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.” (BRASIL, 2019).

Daí infere-se que o legislador infraconstitucional impôs a autoridade o dever de agir de uma única forma quando deparar-se em audiência de custódia com agente que se enquadre em uma daquelas situações. Com efeito, nos casos de réu reincidente, que integre organização armada ou milícia, que porte arma de fogo de uso restrito, o juiz não teria outra opção senão denegar a liberdade provisória, acarretando, portanto, na decretação da prisão preventiva sem qualquer análise de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

Com efeito, é sabido que em um Estado Democrático de Direito a prisão é sempre a exceção e diferente não poderia ser em nosso ordenamento, um vez que a Carta Magna a consagra no art. 5º, inciso LXVI ao afirmar que ninguém será preso quando admitida a liberdade provisória, o que se intensifica ao falarmos de prisão anterior a sentença condenatória.

Dito isto, cumpre analisar em seguida alguns argumentos que vão de encontro com a hipótese de vedação compulsória a liberdade provisória, e ao fim, expor decisões do Superior Tribunal Federal acerca desta vedação em leis anteriores.

O artigo 310, do CPP, que trata da prisão em flagrante continha em seu inciso III, a seguinte redação:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Com o Pacote Anticrime, o referido artigo teve sua estrutura mudada. O caput passou a explicitar mais detalhes da prisão em flagrante, houve acréscimos de mais parágrafos e, entre eles a mais importante, e intrigante, novidade. Assim expressa a redação do artigo 310, §2 do Código Processual Penal.

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

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

Assim, de acordo com essa nova redação, a liberdade provisória que antes seria concedida independente de fiança, agora tem uma vedação expressa aos casos de reincidência, de composição do agente a uma organização criminosa armada ou milícia, ou se há porte de arma de fogo de uso restrito.

5. COMPARAÇÃO DO §2º ART. 310 DO CPP COM ART. 5º, INC. LXVI DA CF

Esse dispositivo, que foi criado pela Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como pacote "anticrime", tão logo foi publicado atraiu a atenção de parcela da doutrina e dos operadores do Direito, que passaram a sustentar sua inconstitucionalidade com base especialmente nos precedentes fixados pelo Supremo Tribunal Federal — STF nos autos do Habeas Corpus nº 104.339/SP e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3137.

De fato, o dispositivo, da forma como está redigido, é mesmo inconstitucional. Entretanto, essa inconstitucionalidade não decorre da simples subsunção do §2º do artigo 310 do CPP à ratio decidendi adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos dos precedentes firmados no HC de nº 104.339/SP e na ADI de nº 3137.

Isso porque o que o STF considerou inconstitucional nos precedentes acima foi à previsão legal que, com base na gravidade abstrata do delito, obriga a manutenção da prisão cautelar dos flagranteados.

O Art. 5º da CF dispõe que:

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;

O §2º do art. 310 do Código de Processo Penal, proíbe a concessão de liberdades provisórias em casos de prisões em flagrante envolvendo: agente reincidente; agente integrante de organização criminosa armada; agente flagrado portando arma de fogo de uso restrito.

E o fato é que, como bem destacado pelo eminente ministro Gilmar Mendes durante o julgamento da ADI 3137, ao interpretar o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição, o Constituinte atribuiu ao legislador infraconstitucional a conformação normativa do instituto da liberdade provisória.

O que se leva em consideração, é o §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal que proíbe a concessão da liberdade provisória para autuados reincidentes. Isso porque a reincidência é um elemento do fato concreto e, por isso, a inconstitucionalidade desse artigo não se dá pelas mesmas razões utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir nos precedentes acima mencionados.

Entretanto, ainda assim é inconstitucional, mas por violar o devido processo legal, em sua dimensão material (ou devido processo legal substancial).

6. LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI Nº 13.869/2019

O art. 3º da Lei n. 13.869/19 dispõe que os crimes previstos na Lei são de ação penal pública incondicionada (na qual a investigação pelos órgãos competentes e o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público independem de qualquer provocação ou atuação da eventual vítima). Portanto, os crimes sob a Lei do Abuso de Poder são processados por meio de procedimentos criminais públicos incondicionais. A petição subsidiária tem como premissa que o Ministério Público, caracterizada pela inexistência de qualquer manifestação ministerial a vedação ao crime de hermenêutica o parágrafo segundo do artigo 1º da Lei 13.869/2019 veda o chamado “crime de hermenêutica”. Vejamos a redação do artigo:

Art. 1º. § 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

A doutrina afirma que os crimes hermenêuticos são condenações penais

pelas atividades desempenhadas por agentes públicos na interpretação de normas. Acontece que a atividade explicativa é marcada pelo subjetivismo, principalmente na interpretação de normas abertas, há mais de uma conclusão possível. Por esta razão, os legisladores têm tentado proteger a atividade dos intérpretes na interpretação normativa e na análise de fatos e evidências, e proibir o chamado “crime de interpretação”. Nesse sentido, a doutrina estipula que a interpretação das normas deve respeitar duas restrições: as restrições materiais e as restrições legais.

O fato de a decisão da agência de nível inferior ter sido anulada pela agência de nível superior não significa que o agente foi punido pelo crime de abuso de poder. Podem ocorrer erros em julgamentos e procedimentos, portanto, há casos em que as descobertas são revisadas.

Segundo o Supremo Tribunal: Nos julgamentos e contenciosos, as decisões proferidas por atos perversos fazem parte da atividade judiciária, razão pela qual, para a atribuição de crimes de abuso de poder, pelo menos o "malicioso" e o "mal" do juiz devem ser provados, e eles tomam a decisão. A intenção óbvia é causar danos às pessoas.

Segundo o art. 4º da Lei n. 13.869/19, são efeitos da condenação:

- Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos.

- A inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos;

- A perda do cargo, do mandato ou da função pública.

A inibição de cargo, tarefa ou função pública e as consequências da perda de cargo público estão condicionadas à reincidência do crime de abuso de poder, não sendo automática, devendo os motivos ser explicados na sentença.

A Lei n. 13.869/2019 não traz sanções administrativas ou civis específicas a serem aplicadas no caso de prática de crime de abuso de autoridade, mas apenas reforça a independência das instâncias. Desta forma, as penas previstas na LAA serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.

As notícias de crimes previstos na LAA que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração.

Segundo o art. 7º da LAA, as responsabilidades civis e administrativas são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.

Quando o juízo penal decidir as matérias elencadas abaixo, o tema não poderá mais ser decidido de forma diversa no juízo cível e no processo administrativo:

- O fato criminoso existiu;
- O fato criminoso não existiu;
- O autor do fato é fulano;
- O autor não é fulano.

7. AS VEDAÇÕES ESTABELECIDAS PELO ART. 3º-A DO CPP

Uma importantíssima alteração trazida ao CPP com o pacote anticrime foi o artigo 3º-A que dispõe:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Essa alteração mexe com toda a estrutura do processo penal, uma vez que ficará vedada ao juiz qualquer iniciativa ou atividade destinada a produção de provas, ou seja, o juiz é o destinatário da prova e por isso não pode produzi-la.

Embora parte da doutrina já reconheça nosso processo penal como um sistema acusatório, tem-se que ele era claramente inquisitivo.

Exemplificando isso, nossa investigação era administrativa e inquisitiva com a possibilidade de ingressar integralmente no processo contaminando o julgador; era permitida a figura de um juiz inquisidor que investigava e proferia decisões de ofício tomando lugar do acusador, pois poderia decretar a prisão preventiva de ofício e poderia condenar mesmo quando houvesse pedido absolutório da acusação ou ainda reconhecer qualificadora e causa de aumento não requerida pelo acusador.

8. LIBERDADE PROVISÓRIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Nossa Carta Magna consagrou o instituto da liberdade provisória, quando estabeleceu como garantia fundamental, o direito inalienável de ninguém ser mantido em prisão, "quando a lei admitir liberdade provisória com ou sem fiança" (art. 5º, XLVI).

Uma correta interpretação do mandamento supramencionado conduz ao entendimento de que a liberdade provisória é uma regra constitucional, que somente poderá ser afastada pela lei ordinária em casos excepcionais e de comprovada necessidade processual, assim como toda medida cautelar, conforme vimos no capítulo anterior, quando tratávamos da prisão cautelar.

A norma ordinária não pode estabelecer a proibição da concessão deste direito individual, como regra absoluta, sem que o julgador possa ao menos averiguar a necessidade da medida.

Se a Constituição previu a possibilidade da liberdade provisória para qualquer tipo de crime, não pode uma lei infraconstitucional limitar esse direito, sem fundamentação expressa no texto constitucional. É certo que a liberdade provisória é a regra que impera no ordenamento jurídico brasileiro, e a prisão cautelar a exceção, assim não é cabível se pensar em uma proibição.

8.1. Inobservância do Princípio do Estado de Inocência

A Constituição Federal, no inciso LVII do Art. 5º, consagra o princípio da presunção de inocência, quando dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Esse princípio é também consagrado no Art. XI, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, e assim prescreve:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também conhecida

como Pacto de São José da Costa Rica, prescreveu no seu artigo 8º, 2: "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

Deve-se atentar para um fato curioso no nosso ordenamento, o artigo 5º, § 2º, assim prescreve: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Republica Federativa do Brasil seja parte".

Então, a regra contida no Pacto de São José da Costa Rica, tem valor de norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, deste modo, o princípio da presunção de inocência passou a ser assegurado, por duas normas: o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e o artigo 8º, 2, do Pacto de São José da Costa Rica, que tem valor de preceito constitucional.

9. PRISÃO PROCESSUAL

A discussão e análise da prisão processual, bem como dos elementos que lhes dão sustentação, são de suma importância para a evolução do processo penal. Nossa ideia é expor alguns breves aspectos da prisão provisória, para uma melhor compreensão do instituto da liberdade provisória, demonstrando o grave equívoco cometido pelo legislador, quando da vedação deste valioso instituto processual penal. A estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termómetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição e a construção das medidas cautelares pessoais deve partir do respeito ao direito a liberdade consagrado no texto constitucional. Por essa razão, a restrição ao direito a liberdade é excepcional, não automática, condicionada sempre as circunstâncias do caso e proporcional a finalidade que persegue.

Segundo Sandro D'Amato:

A prisão cautelar sempre que necessária não viola o princípio da presunção de inocência, obviamente desde que o magistrado fundamente concretamente a necessidade e imprevisibilidade de um encarceramento provisório. A prisão que tem cunho de antecipação de pena, esta sim, é inconstitucional, porque somos presumidos inocentes, e até que tenha o processo transitado em julgado deveser mantido nosso *status libertatis* intacto, salvo razões processuais que justifiquem o encarceramento.

Neste tema, existe um árido objetivo que é o equilíbrio entre as medidas coercitivas utilizadas pelo Estado, para eficácia da repressão dos delitos e os direitos e garantias individuais assegurados na Constituição. Até que ponto os direitos individuais devem ser restringidos em razão da atuação do Estado?

As medidas cautelares coercitivas são produto da tensão entre dois deveres próprios do Estado Democrático de Direito, a proteção do conjunto social e a manutenção da segurança coletiva dos membros da comunidade frente a desordem provocada pelo injusto típico, através de uma eficaz persecução dos delitos e de outro lado, a garantia e a proteção efetiva das liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos que a integram.

Sem dúvida, o grande problema das medidas cautelares consiste em que se não se adotam, corre-se o risco da impunidade, e se adotadas, criam o perigo de injustiça. O dilema liberdade ou prisão deve ser resolvido de forma eclética. Deve-se adotar um sistema intermediário: nem a prisão nem a liberdade em todos os casos.

Pensamos que, mesmo em caso de prisão, como se trata de um conflito entre direitos igualmente fundamentais, existem limites legais que deverão estar presididos pelos princípios da provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.

O Processo Penal, no dizer do respeitável doutrinador Capez (2019. p. 03):

Tem por finalidade propiciar a adequada solução jurisdicional do conflito de interesses entre o Estado-administração e o infrator, através de uma sequência de atos que compreendem a formulação da acusação, a produção das provas, o exercício da defesa e o julgamento da lide.

Como se extrai do ensinamento do ilustre mestre, o processo se desenvolve através de uma sequência de atos organizados, através do rito ou procedimento. Dessa forma, este período indeterminado, compreendido desde o início do processo até sua conclusão, pode colocar em risco o êxito de todo o processo. Foi em consideração a este risco que a legislação processual criou determinadas medidas que podem reduzir a liberdade pessoal do agente, ainda na fase processual.

Para Manzini (apud, Noronha), 1998, p. 194:

A prisão provisória e a privação da liberdade pessoal, por motivo lícito ou por ordem legal, movimentação mais ou menos intensa, da liberdade física de uma pessoa, para uma finalidade processual penal, e a coerção pessoal

processual, não compreendendo somente a prisão, mas também o comparecimento coercitivo.

A doutrina processual e uníssona em apontar como requisitos para adoção dessas medidas *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Aquela se apresenta como sendo a real probabilidade da ocorrência do delito, bem como de sua autoria, já esta, diz respeito aos riscos que a demora do processo pode ocasionar (perigo de fuga, destruição da prova, alarme social e reiteração delitiva), caso não seja aplicada a prisão provisória do agente.

Quanto ao requisito da fumaça da existência de um delito, não se trata de uma certeza, mas apenas de uma razoável probabilidade, tendo por fundamento a razoável atribuição de um delito a uma determinada pessoa.

O *fumus boni iuris* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação realizados, em que por meio de um raciocínio lógico, serio e imparcial, permitam deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja pratica e consequências são atribuídas a determinado sujeito.

Obstante, para a aplicação de uma Medida Cautelar Pessoal, e necessário mais do que a mera possibilidade, deve existir um juízo de probabilidade, uma predominância das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a detenção, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.

Os requisitos positivos do delito significam prova de que a conduta e aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, etc).

Assim, o primeiro ponto a ser demonstrado e a aparente tipicidade da conduta do autor. Esse ato deve adequar-se perfeitamente a algum dos tipos previstos no Código Penal, mesmo que a prova não seja plena, pois o que se exige e a probabilidade e não a certeza.

Em síntese, devera o juiz analisar todos os elementos que integram o tipo penal, ou seja, conduta humana voluntaria e dirigida a um fim, presença de dolo ou

culpa, resultado, nexo causal e tipicidade.

Mas, não basta a tipicidade, pois se adotando o conceito formal de crime, e imprescindível que se demonstre que a conduta e provavelmente ilícita por ausência de suas causas de justificação, bem como, a provável existência dos três elementos que integram a culpabilidade penal: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Ainda que em sede de probabilidade, todos esses elementos devem ser objeto de análise e valoração por parte do juiz no momento de aplicar uma medida coercitiva.

Assim, para que tudo isso possa ser feito, é necessário que o pedido venha acompanhado de um mínimo de provas, mas que sejam suficientes para demonstrar a autoria e a materialidade do delito.

Como dito anteriormente, além *fumus boni iuris*, a prisão cautelar exige o *periculum in mora*, que se representa na maioria dos casos pelo perigo de fuga (frustração da pretensão punitiva). O Direito brasileiro permite a prisão para tutela da paz social (alarme social produzido pelo delito ou frequência com que se tem cometido delitos análogos) e tutela da prova (evitar a destruição ou manipulação da prova), e foi este alarme social em atenção ao pacote anti crime, que fez o legislador ordinário transformar a prisão processual em regra, vedando a liberdade provisória para os acusados.

E necessário que se demonstre de forma razoável que a demora na prestação da tutela jurisdicional coloca em risco o desenvolvimento do processo ou a efetivação da possível sentença condenatória.

No processo penal, o perigo de fuga é um dos principais fundamentos para justificar medidas como as prisões cautelares, onde o risco de evasão tornara impossível, provavelmente, a execução da pena. Todavia, é inconcebível qualquer hipótese de presunção de fuga, até porque substancialmente inconstitucional frente a presunção de inocência.

Toda decisão determinando a prisão do processado deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga. Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o receio de evasão do réu.

CONCLUSÃO

O exame técnico realizado tem como objetivo proporcionar maior segurança jurídica na atuação dos funcionários públicos integrantes da Diretoria Executiva, sempre com o objetivo de aderir aos princípios fundamentais do direito administrativo e constitucional para evitar a prática criminosa nos termos da nova lei sobre abuso de poder. Portanto, é recomendável que seja adotado os princípios básicos para que a função administrativa seja executada na perfeição. Num estado de direito democrático, seria inconcebível pensar no funcionamento do Poder Público sem limites. O Estado deve atingir seus objetivos colimados por meio da atuação dos entes públicos, outorgando-se as prerrogativas necessárias ao alcance dos objetivos públicos (poderes administrativos), sem os quais não seria possível satisfazer o interesse público. Impõe certas obrigações àqueles que agem em nome do estado vez que sua atuação deve estar em conformidade com o que a lei impõe, surgindo, daí, a ideia de abuso de poder, casos em que o agente ou atua fora dos limites de sua competência (excesso de poder) ou afasta do interesse público (desvio de poder). Afinal, o exercício das prerrogativas conferidas aos agentes públicos deve sempre visar a satisfação do interesse público, jamais ultrapassando os limites legais, sendo de rigor coibir o exercício abusivo de poder por parte de tais agentes. Ocorre que, não obstante a importância do advento da Lei 13.869/2019, não foi esse o objetivo buscado pelo legislador, que a aprovou em regime de urgência e com votação simbólica não nominal, com vistas a impedir o exercício das funções estatais, numa espécie de vingança privada contra aqueles que, de algum modo, sentiram-se “incomodados pela atuação dos órgãos de persecução penal, fiscal e administrativa” a Lei 13.869/ 2019 não criminaliza nenhuma conduta legítima do agente público, mas apenas aquelas que excedem poderes legais e/ou visem um fim diverso daquele previsto em lei, agindo com o fim de prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou por mero capricho ou satisfação pessoal. É de se discutir, ademais, que a divergência na interpretação da lei ou dos fatos não constituirá abuso de autoridade, já que é apropriado que agentes, no exercício de suas atividades, depare-se com situações passíveis de interpretações divergentes. Com efeito, fixadas essas premissas, vê-se que, por mais que a Lei 13.869/ 2019 tenha algumas expressões abertas, em suposta

transgressão à taxatividade, fato é que ela não é obstáculo ao exercício de toda e qualquer atividade pública, composto, na verdade, um instrumento de garantia do agente público, que não será punido pelo fato de ter dado interpretação razoável à determinada norma ou circunstância fática, sendo imprescindível, para a sua responsabilização, a comprovação de desvio de finalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Artigo 310 do Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941*. Dispõe sobre prisão em flagrante, liberdade provisória, audiência de custódia. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10652455/artigo-310-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941> > Acessado em 10 de outubro de 2021

BRASÍLIA, DF: Presidência da República, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.> Acesso em: 10 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei de Abuso de Poder 13.869/19. *Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente públicos ou não*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm#:~:text=Constranger%20a%20depor%2C%20sob%20amea%C3%A7a,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm#:~:text=Constranger%20a%20depor%2C%20sob%20amea%C3%A7a,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.).> Acessado em 10 de outubro de 2021.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 26. ed. rev. e atual. Sao Paulo: 1 Saraiva, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. 1. ed. Juspodivm, 2020, 624 Pg.

DOS SANTOS. Marcos Paulo Mendes. *A Função Jurídica da Fiança Penal em Face Dos Crimes Inafiançáveis*. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/a-funcao-juridica-da-fianca-penal-em-face-dos-crimes-inafiancaveis/>> Acessado em 18 de outubro de 2021.

JUNIOR. Aury Lopes e DA ROSA. Alexandre Moraes. *A "estrutura acusatória" atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória* Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>> Acessado em 04 de novembro de 2021.

JUNIOR. Carlos Alberto Gonçalves. *O artigo 3º-A do CPP e a vedação das decisões de ofício*. Disponível em: <<https://goncarlosjr.jusbrasil.com.br/artigos/827101361/o-artigo-3-a-do-cpp-e-a-vedacao-das-decisoes-de-oficio>> Acessado em 04 de novembro de 2021.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. As reformas do Código de Processo Penal. Da prisão, as medidas cautelares e da liberdade provisória. Lineamentos a luz do Processo Penal Constitucional. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 124, 6 nov. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4446/as-reformas-do-codigo-de-processo-penal>> Acessado em 04 de novembro de 2021.

NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 26. ed. atual. por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998.

PGE – MS. Manual Prático. NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE LEI Nº 13.869-19-1. Disponível em <<https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/08/NOVA-LEI-DE-ABUSO-DE-AUTORIDADE-LEI-N-13.869-19-1.pdf>> Acessado em 04 de novembro de 2021.

PEREIRA, Thallyson Farias Teles. *A (in)constitucionalidade da vedação compulsória da liberdade provisória conforme o pacote anticrime*. Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55611/a-in-constitucionalidade-da-vedao-compulsoria-da-liberdade-provisoria-conforme-o-pacote-anticrime>> Acessado em 10 de outubro de 2021.

STJ. *Dispõe sobre julgamento da ADI 3137, habeas corpus*. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8859755/habeas-corpus-hc-79649-sp-2007-0064239-0-stj/relatorio-e-voto-13948599>> Acessado em 17 de outubro de 2021.

TOLEDO, Guilherme Marra. *A inconstitucionalidade do §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-out-06/marra-inconstitucionalidade-artigo-310-cpp>> Acessado em 17 de outubro de 2021.