

DA CONCESSÃO DE FIANÇA NA FASE DO PROCEDIMENTO POLICIAL E EM JUÍZO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA CRÍTICA AO CPP

Líbero Cristiano Leal Rocha

Doutorando em Direito Processual – PUCMG.

Professor no Uniaraxá – Advogado em MG.

Na evolução do homem e posteriormente do cidadão no contexto histórico antropológico e, tendo como marco teórico o estudo do Direito, situamos que, no Direito Grego, foram lançadas as bases da democracia ainda que de forma fragmentária, consoante doutrina clássica jurídica.

Vários institutos não acompanharam o sistema normativo e o evoluir tecnológico, fazendo com que alguns direitos e garantias do cidadão ficassem efetivamente relegados a um segundo plano. O objeto de reflexão é o instituto da Liberdade Provisória, encartado tanto no ordenamento Constitucional como no Estatuto Processual Penal de 1942, em que deparamos, a todo instante, com fragmentos da ditadura militar, embora o movimento Constitucionalista tenha sido deflagrado logo após o período de guerra. Daí, porque questionamos: Estamos realmente num Estado Democrático de Direito ou tudo é aparelho ideológico do Estado nas mãos de juristas não compromissados com os fins, meios e destinos da CONSTITUIÇÃO?

A Constituição da República prescreve no Título II - dos direitos e garantias fundamentais, artigo 5º, inciso LXVI que: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Essa garantia constitucional não tem sido aplicada satisfatoriamente, *ad argumentum tantum*, em função da posição conflitante que se extrai do artigo 322, Parágrafo único e artigo 350, todos da Codificação Processual Penal.

A hermenêutica jurídica pondera que o resultado finalístico de toda estrutura normativa deve atender a sua especificidade de modo valorativo e equilibrado. Vejamos o teor do artigo 322 do CPP.: “A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples”.

O parágrafo único esclarece que nos demais casos, será competente a autoridade judiciária para concedê-la, no prazo de (48) quarenta e oito horas. A nosso juízo, este instituto não passou pelo crivo do espaço da teoria da recepção constitucional.

Outro ponto limitador é visualizado no artigo 350 do CPP, em que o afiançado é pobre. Aqui, verifica-se que a concessão da fiança somente poderá ser manejada pelo juiz, colocando, em segundo plano, o bem maior que é a liberdade do cidadão. Num Estado Democrático, é inaceitável, pelo menos em se tratando de

norma-garantia, usar a expressão dogmático-analítica do Código de Processo Penal, ou seja, “pobreza”.

Ante o quadro teórico inserido no Código de Processo Penal, é de se registrar *ad cautelam* que o indiciado – afixado, embora disponha de norma-garantia Constitucional estabelecida no capítulo dos direitos e deveres individuais, será incontinenti conduzido até um Distrito Policial, ficando ergastulado, permanecendo encarcerado, aguardando a decisão do Estado. Esse mesmo Estado viola, de forma potencializada, a Constituição, já que a imediata aplicação da norma Constitucional não se efetiva de modo eficiente. Nesse contexto, se faz mister um operador do Direito ativista.

Desse modo, entendemos que, ante a realidade apontada, três *iters* se alinham, visando efetivamente a restabelecer o critério do espaço processual normativo Constitucional, onde os direitos e garantias individuais já se encontram acertados em fase pré-cognitiva, porque já situados no plano do processo legislativo¹ e acertados no plano Constitucional, sob pena de ferir os princípios básicos e estruturantes do Direito. São essas as ponderações:

1. Acrescentem-se, na Constituição, as exceções estabelecidas na Lei instrumental Penal, notadamente no que concerne ao prazo estabelecido no artigo 322, parágrafo único do CPP, porque a Constituição não assinalou o fator tempo para aplicação da norma -benefício;

2. Amplie-se o leque de atos a serem praticados pelo servidor público/policial, a fim de que o mesmo, no exercício de suas atribuições, possa concretizar a norma constitucional;

3. Elaboremos um novo Código de Processo Penal, porque urgente se impõe uma reavaliação ampla para o contorno constitucional da processualidade como garantia.

A inserção de princípios processuais no plano constitucional, operada pela Constituição de 1988, suscita necessária problematização das várias abordagens tradicionais dos institutos do processo na infraconstitucionalidade e na própria Constituição, principalmente porque o processo, perante a nova ordem constitucional, não mais pode ser tângido como *instrumento a serviço da paz social*², posto à disposição do judiciário, tendo em vista que tal implicaria a negação de direitos fundamentais insitos ao processo no paradigma do Estado Democrático de Direito, com retorno aos paternalismos decisoriais do Estado Social³.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, as normas jurídicas tornam-se indissociáveis dos próprios contornos conceituais do Processo, que passa

¹ O devido processo legislativo, que é também devido processo legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito, uma produção realizada em consonância com o paradigma atual, concretizado por intermédio do Processo Legislativo orientado pelo Processo Constitucional. Nesse sentido, André Del Negri, *in Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo – teoria da legitimidade democrática*, p.74.

² Cintra, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. P. 41.

³ Leal, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*, p. 19.

⁴ *Ibid.*, p. 19.

a ser entendido como *instituição constitucional*⁴, conforme acentua Rosemiro Pereira Leal:

“...como elementos jurídico-existenciais do PROCESSO, em sua base institutiva, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são princípios (referentes lógicos-jurídicos), sem os quais não se definiria o PROCESSO em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais”⁵.

Diante dessa perspectiva, ganham relevo, no âmbito da investigação do Direito Processual, as questões acerca da interpretação do Direito e de sua aplicação em casos concretos, porque, perante a nova ordem constitucional, às garantias do processo e ao paradigma do Estado Democrático de Direito, o provimento jurisdicional, sob o ponto de vista interpretativo, não mais pode ser abordado como ato solitário do julgador⁶.

Na pós-modernidade, o espaço da processualização deve ser imediato, o garantismo deve se fazer presente em todos os instantes da atividade jurídica. O Processo Penal deve funcionar como escudo protetor do cidadão e não como instrumento ideológico de uma limitadora pacificação da justiça como pregam positivistas extremistas que, apenas e tão somente, se lançam em doutrina dogmático-jurídica, manejando o processo penal como instrumento limitador de garantias, pautados pelo procedimentalismo arcaico.

Referências Bibliográficas

Constituição da República Federativa do Brasil.

Código de Processo Penal.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – primeiros estudos**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

NEGRI, André Del. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo – teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

⁴ Leal, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. P. 87.

⁵ Leal, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*, p. 20.

⁶ *Ibidem*, p. 20