

CAPÍTULO 3

A INTERAÇÃO DO CONJUNTO FIANÇA, LIBERDADE PROVISÓRIA E PRESCRIÇÃO DE CRIMES COM O SENTIMENTO DE DIREITO/JUSTIÇA DE UMA POPULAÇÃO E AS LESÕES CAUSADAS NO CASO BRASILEIRO



<https://doi.org/10.22533/at.ed.774122525033>

Data de aceite: 07/04/2025

Guilherme Magalhães Carneiro de Almeida

Marcelo Luiz Barone

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO: O presente trabalho vem abordar a interação do conjunto (termo utilizado para designar elementos que se relacionam sob determinado contexto/situação geral, como o chamado Conjunto dos Números Reais) Fiança, Liberdade Provisória e Prescrição de Crimes com o Sentimento de Direito/Justiça de uma População no geral e as lesões que tal interação vem causando no Brasil, objetivando a busca por uma maneira de sanar tais lesões idealmente. Notório se faz que no Brasil há uma sensibilidade bem grande por parte da população sobre o que seria designado como “sentimento de impunidade”, ou seja, a sensação que agentes delitivos possuem de que seus ilícitos passarão despercebidos, que serão sistematicamente perdoados, ou ainda, que com um bom advogado conseguirão driblar o sistema penal. Não à toa existe o estereótipo do advogado criminalista

que sempre é capaz de encontrar brechas no sistema, livrando qualquer um que pague pelos seus serviços (estereótipo extremamente enraizado por produções televisivas. Dito isto, é válido salientar que a população também é afetada, mas de uma maneira diferente com relação ao agente delitivo, afinal, enquanto um sente-se compelido à atividade criminosa em vista de uma aparente facilidade de escapatória para com o Sistema Penal, o outro sente-se inseguro, ameaçado, em perigo, uma vez que não se sente protegido pelo ordenamento jurídico. Não é um exagero afirmar que quando partes significativas da sociedade não se veem devidamente atendidas pelo Direito, torna-se mera questão de tempo a preocupante ocorrência da autotutela violenta no âmbito penal, a qual deve ser prontamente evitada.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição, Fiança, Liberdade.

THE INTERACTION OF THE COMBINATION OF BAIL, PROVISIONAL FREEDOM AND PRESCRIPTION OF CRIMES WITH THE SENSE OF RIGHTS/JUSTICE OF A POPULATION AND THE INJURIES CAUSED IN THE BRAZILIAN CASE

ABSTRACT: This work explores the interplay of a set (a term referring to elements linked within a specific context, like the Set of Real Numbers) encompassing Bail, Provisional Freedom, and Prescription of Crimes with the general population's Sense of Right/Justice in Brazil. The aim is to address the detrimental impact of this interplay and seek remedies for these issues. In Brazil, a significant concern among the public is the concept of "impunity." This entails the perception among offenders that their transgressions will go unnoticed, consistently pardoned, or deftly navigated through the legal system with the assistance of adept lawyers. This perception is fueled by the stereotype of a criminal lawyer skilled at exploiting legal loopholes, perpetuated by media portrayals. It's crucial to recognize that the populace is also affected, though in a distinct manner. While some are drawn towards criminal acts due to the perceived ease of evading legal consequences, others feel insecure, menaced, and inadequately safeguarded within the legal framework. It's worth noting that when sizable segments of society perceive the legal system's response as inadequate, the potential for resorting to violent self-help within the penal domain escalates, necessitating prompt preventive measures.

KEYWORDS: Bail, Prescription, Freedom.

INTRODUÇÃO

Conforme explicitado no Resumo/Abstract deste trabalho, é aqui visada a obtenção de uma solução viável para as lesões causadas à população pelo Sistema Penal Brasileiro no tocante ao conjunto Fiança, Liberdade Provisória e Prescrição de Crimes. Sobre a existência de tais lesões (as quais são reiteradas), cabe a observação de que é justamente em vista de sua ocorrência que certos apresentadores de conteúdo conseguem tão facilmente evocar sentimentos de revolta da população para com a maneira com que o crime é tratado no Brasil. Ora, tal evocação de sentimentos populares para com a atuação sistemática quanto à pena não é uma novidade, afinal, em seus primórdios o Direito Penal possuía uma finalidade retributiva, vingativa, a qual se justificava pela misticidade/divindade das leis, que não podia ser desrespeitada (DUARTE, 1999). Cabe ressaltar que isto se justificava também pela solidariedade mecânica característica das sociedades de tal período (DURKHEIM, 1999 p. 39), a qual dependia do respeito quase absoluto aos costumes, que se desrespeitados sem consequências visíveis, teriam como sucessão o caos social (daí a necessidade existente da espetacularização da punição, como açoitamentos e execuções públicas). Assim sendo, desde a criação de penas para certas condutas levou-se em consideração o sentimento público quanto a aplicação penal, seja quanto ao respeito da autoridade religiosa que determinou o sacrilégio da conduta punida, seja pela violação de costume capaz de ferir o tecido social como um todo. Com tamanha importância dada à influência coletiva dos costumes, natural se faz o raciocínio de que o impacto de uma punição inadequada ao ilícito, de maneira a não satisfazer a necessidade de justiça de uma população, ou ainda, não satisfazer seu direito, pode ser algo extremamente perigoso. Sobre tal matéria, oportuna se faz a rememoração da seguinte lição de von Ihering:

"Para a justiça transgressor da direito, não há demandante mais destrutivo do que aquele corporificado pela figura do homem cujo sentimento do direito lesado converte em criminoso. É a sombra sanguinolenta da mesma. A vítima de uma justiça venal ou parcial é quase banida violentamente da senda do direito; passa a ser vingador e executor pelas próprias mãos do seu direito e, não raro, indo além do fim imediato, torna-se um inimigo implacável da sociedade, um ladrão e um assassino." (IHERING, 2019 p. 70).

Apesar da dramaticidade empregada pelo teórico citado, o argumento utilizado é o de que quando determinada população não encontra dentro do que ela entende como "Direito" uma resposta adequada à lesão do seu Direito (ou seja, o crime do qual foi vítima), há a considerável possibilidade de recurso a meios alternativos (em muitos casos violentos) para a resolução do conflito em questão. No âmbito jurídico atual, isto já começa a se manifestar com o uso cada vez mais abrangente de meios alternativos ao Judiciário (como a Arbitragem) para a resolução de lides, da mesma maneira que isto vem se mostrando no âmbito penal, com a crescente utilização da Justiça Penal Negocial. Há uma busca crescente por meios diferentes do convencional para a resolução de problemas, seja pela falta de fé em sua capacidade de obter resoluções adequadas, seja pela incredibilidade atribuída aos meios convencionais em vista de uma mora excessiva (o que, conforme será abordado ao longo deste trabalho, também é algo problemático para o sentimento de justiça da população).

Abordada a questão do sentimento de justiça, foram escolhidos como alvo deste artigo os elementos "Fiança, Liberdade Provisória e Prescrição de Crimes" porque, primeiramente, são estes três que mais estão relacionados com os assuntos visíveis para as camadas populacionais mais densas, e sobre os quais as pessoas nelas presentes mais costumam se lembrar quando pensam na ideia de "alguém cometendo um crime e saindo impune"; e também porque em uma série de casos sua interação é capaz de impedir a existência da devida aplicação penal em casos onde há indivíduos que por certas razões são capazes de estender a duração processual com toda a sorte de medidas de cunho protelatório, como muito bem comentou o Ministro Luís Roberto Barroso:

"Num intervalo de dois anos, quase mil casos prescreveram, depois de haverem movimentado por muitos anos o sistema de Justiça. Não é preciso ser muito sagaz para constatar que os grandes beneficiários da prescrição são aqueles que têm dinheiro para manipular o sistema com recursos procrastinatórios sem fim". (MOURA, 2019).

Assim, este trabalho busca, na medida do possível, contribuir para a proposição de soluções para esta situação de ausência de aplicação real de penas para condutas penalmente relevantes.

DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

Primeiramente, sobre a prescrição, podemos começar a abordar este tema com um ditado popular brasileiro um tanto quanto antigo, qual seja: “a justiça tarda, mas não falha”. Em regra, ditados populares são passados de uma geração para a próxima, sendo frases consideradas “sábias” e possuidoras de elementos das culturas que os adotam (HERLAMBANG, 2021). Abordadas estas características sobre os ditados populares, é elementar que em uma cultura na qual adota-se um ditado como o supracitado, há a confiança da população na capacidade de punição de crimes, mesmo apesar da mora, satisfazendo seu desejo por justiça, ou, em outros termos, seu sentimento jurídico. No entanto, o que acontece quando a justiça falha justamente por tardar?

É nesta situação, onde há uma falha em vista da mora, que surge a prescrição. Segundo Guilherme de Souza Nucci, a prescrição “cuida-se da perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo” (NUCCI, 2021 p. 885). Dito isto, deve ser ressaltado que a prescrição deve sua existência a alguns fundamentos políticos, os quais foram muito bem delimitados por Cezar Roberto Bitencourt, que os define nos seguintes princípios:

- 1) O decurso de tempo leva ao esquecimento do fato: se a reação social ao delito é o que motiva a ação do Estado contra o crime, então conforme o tempo passa, esta reação vai diminuindo, até que se apaga, extinguindo-se o interesse que fez valer a pretensão punitiva.
- 2) O decurso de tempo leva à recuperação do criminoso: Se o indivíduo passou longo lapso de tempo sem praticar outro crime, é possível que por meios próprios ele tenha atingido o fim que a pena tem em vista, que é o da readaptação do indivíduo, um reajustamento social.
- 3) O Estado deve arcar com a sua inércia: É inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva. Da mesma forma que o princípio do *Dormientibus Non Sucurrit Ius* se aplica ao réu, este também se aplica ao Estado. Ou seja, se há prazos a serem cumpridos, este não pode ser um ônus imposto apenas ao réu.
- 4) O decurso de tempo enfraquece o suporte probatório: Conforme passa-se o tempo desde a ocorrência do delito, a apreciação dele torna-se mais dificultosa, vez que há um aumento de dificuldade na obtenção de provas confiáveis, afinal há um significativo lapso temporal entre o ocorrido e sua apreciação. (BITTENCOURT, 2022 p. 991).

Mencionados estes fundamentos, deve ser dito com a devida vênia que um deles é um tanto quanto mal considerado enquanto outro é utilizado astuciosamente por operadores do direito habilidosos. Estes respectivamente são o primeiro e o terceiro fundamentos. Primeiramente, o argumento de que “o tempo leva ao esquecimento” é uma verdade apenas quando se considera o indivíduo como um ser puramente absorvido pelo

coletivo, desconsiderando por completo a subjetividade de cada um. Tal afirmação alicerça-se no fato de que apenas o indivíduo a quem o mal foi causado e aqueles imediatos a ele conhecem e sentem a verdadeira dimensão do dano a eles provocado. Outras pessoas podem esquecer-se de um homem morto, mesmo que este tenha sido brutalmente assassinado. No entanto, um filho nunca esqueceria do fato de que seu pai foi morto de uma maneira brutal, da mesma forma que uma viúva não esqueceria do que ocorreu ao seu marido, e que uma mãe não esqueceria da imagem de um filho sem vida. Este tipo de ocorrido gera uma lesão infernal no sentimento de direito da vítima (isto, é claro, quando ela sobrevive) e naqueles que lhe são imediatos, lesão que vê sua esperança de cura na justiça, na punição adequada do mal ocorrido. Dito isto, conforme no exemplo supracitado, há inúmeros casos em que o dano causado gera consequências permanentes, que por sua natureza não permitem o esquecimento do fato por aqueles afligidos por ele. Logo, afirmar que o decurso de tempo leva ao esquecimento e tal esquecimento, considerado socialmente leva ao desaparecimento do interesse na punição, é pisotear o sentimento de direito dos atingidos, e tal desconsideração, no entender de Rudolph von Ihering, não deve ser aceita por ninguém, muito pelo contrário, para este autor, deve-se lutar contra isto (IHERING, 2019, passim). Cabe salientar que, em que pesem argumentos fulcrados na alegação de que “o indivíduo faz-se insignificante perante o coletivo”, deve ser relembrado que a razão pela qual o Direito Penal é um ramo do Direito Público é o fato de que os bens jurídicos por ele tutelados possuem tamanho valor para a sociedade (e, por consequência, para a esmagadora maioria das pessoas que nela consistem) que o Estado toma para si um papel ativo em tais questões, assim, pode se dizer que a agressão a tais bens jurídicos é, além de um dano ao indivíduo, uma violência contra o próprio Estado.

Quanto ao terceiro fundamento elencado por Bitencourt, a afirmação de que ele é utilizado astuciosamente baseia-se primeiramente no fato de que o Ordenamento Jurídico brasileiro é bem peculiar. Como é muito bem sabido, em qualquer Ordenamento Jurídico minimamente coerente, uma pessoa só é condenada com o devido processo legal e após transitada em julgado. Porém, há dois tipos de trânsito em julgado, o Ordinário e o Especial e Extraordinário, sendo este segundo aquele utilizado no Brasil (FERRAZ, 2022). Tal afirmação sobre o trânsito em julgado no cenário brasileiro significa dizer que, enquanto em diversos outros países uma pessoa pode ser condenada ao fim dos seus recursos ordinários, no Brasil uma pessoa só pode ser condenada após os seus recursos especiais e extraordinários. Ou seja, apenas após recorrer ao STJ e ao STF. Tal peculiaridade permite que um advogado suficientemente habilidoso se utilize de todos os recursos possíveis para conseguir manter seu cliente sem uma condenação definitiva até o tempo da prescrição do seu delito, ou até mesmo conseguir um abrandamento da sua condenação, como no caso de Paulo Maluf, que nas palavras de Roberto Ferraz:

"Enfrentou acusações de graves e reiteradas improbidades administrativas e que chegou a ter condenação por tais atos até no exterior (França), com verdadeiras fortunas desviadas escondidas igualmente no exterior (Suíça e depois ilhas britânicas), quando finalmente preso após a contínua e sistemática interposição de recursos, foi liberado para cumprir prisão domiciliar, dada sua avançada idade (mais de 80 anos). Na prática, Maluf, o exemplo popular de político que "rouba (mas faz)", foi "condenado" após inúmeros esforços da máquina pública policial e judiciária (muito bem remunerada pelos contribuintes), a viver seus últimos dias confortavelmente instalado em sua mansão nos Jardins, em São Paulo, ou seja, a passar seus últimos dias exatamente onde passaria, no conforto de seu luxuoso lar" (FERRAZ, 2022).

Com tal possibilidade de blindar indivíduos à punibilidade desde que tenham advogados habilidosos o bastante, cria-se uma nova classe de pessoas: "aqueles imunes ao timing da justiça", afinal, como a prescrição estabelece-se pela mora e condenações podem ser abrandadas em vista da idade do condenado, basta que se ganhe tempo o bastante, uma vez que entre todos os recursos disponíveis ocorre grande lapso temporal. Tal entendimento vai ao encontro do entender de Fernando Rister de Sousa Lima no que se refere à Judicialização da Saúde, uma vez que da mesma forma que indivíduos com capital suficiente tem uma relação diferente com a saúde em vista de seu acesso à justiça, da mesma forma aqui sustenta-se que indivíduos com capital suficiente têm uma relação diferente com a prescrição e os crimes, sendo estas pessoas, em um entender consoante com o de Rister, uma nova elite, qual seja, uma elite com acesso à justiça.

"Argumentou-se com teses lindas – que inegavelmente consolidam um direito no plano jurídico – mas que a não resolução, pelo enfoque distributivo, configura como simbólica, a despeito do bem entregue àqueles litigantes que obtiveram a decisão favorável – uma nova elite. (FEBBRAJO; LIMA; PUGLIESI, 2018 p. 96).

A referida blindagem utilizando-se da existência da prescrição pode ocorrer de algumas formas, dentre elas:

1: A possibilidade de ocultação de provas/escapatória de flagrantes/criação de dificuldades para a citação. Ora, não se faz impossível que uma pessoa, com a devida quantidade de capital (novamente, estamos nos referindo ao tipo de elemento capaz de custear o referido advogado "sufficientemente habilidoso") possa obter os meios necessários para ocultar provas contra si mesmo, evitar as diversas modalidades de flagrante (as quais estão dispostas no art. 302 do CPP) e também dificultar a própria citação, ou seja, encontrando uma maneira de "desaparecer".

Tal "desaparecimento", se bem executado, é capaz de gerar consequências catastróficas para o adequado andamento do processo, afinal uma das possíveis causas para o arquivamento de inquéritos policiais, segundo o art. 18 do CPP/1941 é a "falta de base para a denúncia" (BRASIL, 1941), a qual compreende uma multiplicidade de possíveis razões, dentre as quais (além, é claro, dos elementos necessários à devida caracterização do crime, como a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade) está a ausência da devidamente

comprovada materialidade delitiva. Ora, para que isto seja comprovado, fazem-se necessárias provas concretas, e, é claro, o depoimento daqueles relacionados à questão. Bem, não é necessária nenhuma genialidade para se constatar que sem os adequados depoimentos, a devida coordenação das evidências de cunho material fica extremamente comprometida, o que em muitos casos leva ao arquivamento do processo, que apesar de costumeiramente ser realizado sem o prejuízo do art. 18 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), o qual prevê a possibilidade da retomada de investigações daquele caso, raras são as ocasiões em que a Polícia possui a possibilidade de retomar investigações, uma vez que com a alta taxa de criminalidade no Brasil, há uma quantidade extremamente grande de casos dos quais estão encarregados, dificultando (por uma questão de tempo disponível para ação/mobilização/investigação) sobremaneira a retomada da investigação de um Inquérito já arquivado.

Mesmo existindo a possibilidade de ser aplicada a adequada punição em virtude de uma improvável retomada da investigação, deve ser considerar que a prescrição continua correndo, sendo ela atualmente contada a partir do fato ocorrido, segundo a atual redação do art. 111 do Código Penal (BRASIL, 1940). Assim, apesar de ser algo extremamente elaborado e dificultoso, é uma das manobras possíveis para a utilização da prescrição a favor do agente delitivo, lesando o sentimento de justiça da população.

2: Mesmo havendo processo, com os já citados recursos puramente protelatórios é possível que um processo seja prolongado por anos a fio sem uma decisão definitiva, levando a um abrandamento da pena a ser aplicada, como o já mencionado caso de Paulo Maluf. Esta segunda, não se utiliza da prescrição *per se*, mas de um elemento com características similares, qual seja, a ausência da devida punição em vista da mora estatal.

Além de tudo, é oportuno salientar que não há aqui nenhuma intenção de descartar as hipóteses elencadas no art. 117 do Código Penal (BRASIL, 1940), as quais são causas interruptivas da prescrição penal. Porém, mesmo com a prescrição interrompida por qualquer uma das causas ali elencadas (como uma decisão confirmatória da pronúncia ou o recebimento da denúncia ou queixa), ainda se faz presente a forte possibilidade de “arrastamento processual” (aqui utiliza-se esta expressão como o ato de utilizar-se de todas as medidas protelatórias possíveis e imagináveis no processo com o intuito de evitar a condenação) visando o abrandamento da pena a ser determinada (a exemplo do supracitado caso de Paulo Maluf).

Abordado o assunto da prescrição, faz-se necessária a abordagem dos elementos “fiança” e “liberdade provisória” uma vez que os três são intrinsecamente conectados, como um conjunto. Tais temas serão agora respectivamente abordados. Por óbvio, na questão da “fiança”, o alvo deste artigo é sua presença no âmbito penal.

Fernando Capez define a fiança criminal como:

“...prestação de uma caução de natureza real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado. Não se admite a de natureza fidejussória, ou seja, mediante a apresentação de um fiador, devendo ser prestada por meio de dinheiro, joias ou qualquer objeto que tenha valor. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado (CPP, art. 336, caput)” (CAPEZ, 2022 p. 139).

Dito isto, a finalidade da fiança criminal é, em suma, garantir o processo e servir à reparação dos danos causados. Quando se fala em “garantir o processo”, o entendimento comum é que isto terá a finalidade de fazer com que os ritos processuais ocorram nos devidos conformes, para que tudo siga o devido processo legal sem inconvenientes desnecessários.

Deve-se dizer que neste ponto o atual instituto da fiança merece um “aplauso”, visto que realmente o processo “corre”, como deve correr, seguindo as normas reguladoras desta matéria. No entanto, seguir o devido processo legal não significa um ato justo, tampouco significa algo coerente, moral ou que não lese o sentimento de justiça de uma população, conforme já defendia Bobbio em “Teoria do Ordenamento Jurídico”, onde ele afirma que “O direito tal que é revela-se expressão dos mais fortes, não dos mais justos” (BOBBIO, 2014 p. 73). Assim sendo, aqui deve ser salientado que a grande maioria – talvez até mesmo a totalidade – das atrocidades cometidas ao longo da história ocorreram seguindo o devido processo legal, agindo completamente de acordo com o sistema vigente.

Tendo feito tais considerações, merece ser dito que este “devido processo legal” a que a fiança supostamente garante, é na prática algo que gera uma lamentável sensação de impunidade àquele que cometeu crime afiançável, uma vez que este indivíduo, não manifestando periculosidade imediata ou algum dos requisitos mencionados no art. 313 do CPP/1941, nem tendo cometido algum delito que se encaixe nas exceções estabelecidas pelos arts. 323 e 324 do mesmo código, pode ter sua liberdade provisória concedida em troca do pagamento desta fiança, gerando a possibilidade mencionada na seção anterior deste trabalho, a qual menciona o uso da existência do trânsito em julgado especial e extraordinário para “arrastar” (note-se, aqui, a expressão arrastar é utilizada no sentido de atrasar e/ou provocar andamento moroso do processo) processos até a prescrição através de recursos procrastinatórios. Aqui cabe dizer que esta possibilidade é algo que a própria norma permite com relativa facilidade, uma vez que os crimes tidos como afiançáveis são, em sua totalidade, prescritíveis. Porém, apesar da possibilidade aqui elencada contemplar os crimes afiançáveis, deve ser ressaltado que a norma encara os crimes inafiançáveis de uma maneira que pode ser taxada até mesmo como hipócrita.

Tal afirmação é lastreada no fato de que mesmo para crimes inafiançáveis, se não há nítida ameaça (à ordem, a pessoas específicas ou ao cumprimento do processo), na forma do art. 312 do CPP, o indivíduo pode ter sua liberdade provisória concedida, sem sequer arcar com a fiança, afinal, não se pode “conceder fiança” a um crime inafiançável. Ou seja, o elemento que agride um bem jurídico valioso o suficiente para ter a agressão contra ele definida como inafiançável, vê-se livre sem sequer arcar com a caução para garantir o processo, enquanto o sujeito que comete delito afiançável (gerando uma agressão teoricamente menos gravosa a dado bem jurídico), vê-se tendo que arcar com tal caução. Neste entender, deve-se ser observado que a norma tem uma notória brecha, afinal, todos os elementos dispostos no art. 313 condicionam-se ao art. 312 no seguinte sentido: “Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva”. Ou seja, para que sequer se considere a aplicação deste artigo, faz-se necessária a aplicação do disposto no art. 312, qual seja: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Se não há notória ameaça causada pelo indivíduo a nenhum dos pontos neste artigo elencados e tampouco pode ser evidenciada a conveniência justificável de tal prisão para a instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, ele se vê podendo ter sua liberdade provisória concedida.

Ainda, mesmo considerando que o indivíduo em questão represente, de fato, ameaça, aqui entra a orientação do já mencionado defensor suficientemente habilidoso. Como se comprova a ameaça? Como se define a ameaça que o agente delitivo representa? Existe uma grande dificuldade em definir isto, o que pode levar em uma miríade de casos à obtenção de liberdade provisória daquele que agrediu dolosamente a uma bem jurídico relevante o bastante para receber a tutela do Direito Penal. Já em seu tempo, Durkheim colocaria este tipo de situação como algo aberrante, uma vez que para este clássico a finalidade da pena não é simplesmente a ação de simples *vindicta* contra o criminoso, mas sim uma ação de proteção/reafirmação de dado valor para a sociedade, mantendo sua coesão e evitando caoticidade social.

“A pena não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores; desse duplo ponto de vista, sua eficácia é justamente duvidosa e, em todo caso, medíocre. Sua verdadeira função é manter intacta a coesão social, mantendo toda a vitalidade da consciência comum. Negada de maneira tão categórica, esta perderia necessariamente parte de sua energia, se uma reação emocional da comunidade não viesse compensar essa perda, e daí resultaria um relaxamento da solidariedade social. [...] assim, ao mesmo tempo em que é um produto necessário das causas que a geram, essa dor não é uma crueldade gratuita. É o sinal a atestar que os sentimentos são sempre coletivos, que a comunhão dos espíritos na mesma fé permanece a mesma e, com isso, repara o mal que o crime fez à sociedade” (DURKHEIM, 1999, p. 81--82).

É válido aqui mencionar que o ambiente caótico é um cenário também temido por clássicos como von Ihering (já citado anteriormente) e Thomas Hobbes, com sua ideia de que é natural a liberdade possuída pelo ser humano de usar seu poder, conforme desejar, para a preservação da sua própria natureza, e consequentemente, de fazer tudo aquilo que seu julgamento e razão concebam ser os meios mais apropriados para tanto (MORRIS, 2015 p.106). A conclusão hobbesiana, advinda de tal ideia, é que, sem o Estado – ou, levando as questões para os pensamentos de Ihering e Durkheim – ocorre um conflito composto por uma miríade de seres lutando para se autopreservarem em detrimento dos outros.

Estabelecidos estes pontos sobre a prescrição, a fiança e a liberdade provisória, natural se faz a associação dos três como conjunto, afinal, um ambos interagem no sentido do evitamento da aplicação da pena, podendo ser utilizados astuciosamente de modo a lesar o sentimento de justiça de uma população, a qual, neste caso, é a brasileira.

Ora, tendo mencionado por tantas vezes o sentimento de justiça de uma população, necessária se faz também a abordagem sobre o que vem a ser tal sentimento. Em amplo sentido, sentimento de justiça é algo que pode ser definido como a maneira pela qual uma pessoa ou um grupo (desde um pequeno grupo de discussões até toda uma sociedade) veem o Direito e a Justiça, sendo tal sentimento também responsável pela compreensão de quais valores são mais ou menos relevantes. Dito isto, von Ihering dá uma definição bem interessante do que vem a ser o Sentimento de Direito e como este sentimento interage com a definição dos valores defendidos pelo Ordenamento Jurídico de uma sociedade. Primeiramente, sobre a questão dos valores, Ihering defende que individualmente um valor mais ou menos valioso para alguém é algo intrinsecamente relacionado ao que molda seu estilo de vida. Ihering utiliza a profissão exercida durante longos períodos de tempo.

"Tomemos, a título de exemplo, um caso menos sujeito a dúvidas, ou seja, aquele da ofensa à honra na profissão em que o sentimento da honra é mais cultivado, ou seja, na dos oficiais militares. Um oficial militar que tenha suportado, sem reagir, uma afronta à sua honra não terá mais como prosseguir ocupando seu cargo. Por quê? Se a afirmação da honra é um dever para todos, por que o cumprimento desse dever se afigura mais incisivo entre os militares? Porque os militares experimentam o sentimento, inteiramente justificado, de que, para eles, particularmente, a afirmação destemida da própria pessoa constitui requisito absolutamente indispensável da posição que ocupam, uma vez que uma profissão que, por sua própria natureza, precisa incorporar a coragem pessoal, não pode tolerar a covardia entre seus integrantes, sob pena de se degradar a si mesma. Faça-se a comparação com a profissão do camponês. O mesmo homem, que defende com extrema obstinação sua propriedade, mostra em relação à sua honra uma insensibilidade extraordinária. Como explicá-lo? Explica-se com base no sentimento próprio ligado à especificidade das suas condições de vida, como no caso do oficial militar" (IHERING, 2018, p.46).

Para este autor, este raciocínio referente a valores irrenunciáveis para certas profissões é algo que irradia para toda a sociedade. Afinal:

"Com efeito, o fato observável de que, nas três profissões (comerciante, camponês e militar)¹ às quais nos referimos, a suscetibilidade mais elevada do sentimento de direito é manifestada precisamente nos pontos que consubstanciam as condições específicas de existência de tais atividades profissionais, indica que esse sentimento não é determinado – tal como um fenômeno ordinário – exclusivamente pelos fatores de cunho pessoal relativos ao temperamento e o caráter, concorrendo simultaneamente para isso um fator social, que é o sentimento da irrenunciabilidade peculiar de determinado instituto jurídico para as condições de certa profissão. O grau de energia mediante o qual o sentimento de direito atua contra uma violação do direito é, a meu ver, um seguro critério de avaliação do nível de força com o qual um indivíduo, uma classe ou um povo capta a importância do direito, quer o direito em geral quer um instituto singular que contempla propósitos particulares de vida. Para mim, esse princípio encerra uma verdade universal, valendo tanto para o direito público quanto para aquele privado. A mera suscetibilidade que as diversas classes profissionais revelam em relação a uma violação de todos aqueles institutos, que constituem predominantemente o fundamento da existência delas, repete-se precisamente nos diversos Estados em relação a instituições nas quais se afigura o princípio vital específico delas. O avaliador da suscetibilidade delas e, por conseguinte, do valor que elas atribuem a essas instituições é constituído pelo Direito Penal. A incrível diversidade que se observa nas legislações penais dos vários países no que respeita à brandura ou à severidade, funda-se grandemente no ponto de vista supracitado das condições de existência (IHERING, 2018, p. 49)."

Feita tal consideração sobre os valores tidos como mais ou menos relevantes por indivíduos ou grupos, é necessária a exposição do argumento de Ihering sobre o que vem a ser o sentimento de direito *per se*. Sobre esta matéria, Ihering estabelece uma ideia além do "sentimento de direito definido em amplo sentido", sustentando a tese de que o verdadeiro sentimento de direito, mais ainda, que o verdadeiro significado e a autêntica essência do direito são a dor, pois é através desta dor que se conhece de fato a existência do direito a ser lesado, da mesma forma que é através da dor física que um ser humano consegue entender, de maneira coercitiva (uma vez que a dor se impõe, não sendo possível sob circunstâncias normais e naturais alguém ignorá-la plenamente) que foi ferido.

"O verdadeiro significado e a autêntica essência do direito emergem mais nesse único momento sob a forma da emoção, do sentimento imediato do que nos muitos anos de fruição imperturbável dos direitos subjetivos. Quem nunca experimentou em si mesmo ou em outrem essa dor não sabe o que é o direito, ainda que conheça de cor todo o *corpus juris*. Não é o intelecto, mas somente o sentimento que se encontra em condição de fornecer uma resposta ao porquê a língua tenha – e com razão – indicado a fonte psicológica originária de todo o direito como sentimento do direito. Consciência do direito, convicção jurídica são abstrações da ciência desconhecidas pelo povo: a força do direito, tal como aquela do amor, funda-se no sentimento" (IHERING, 2018, p. 55).

Assim sendo, uma lesão ao sentimento de direito é o ferimento de direito ou de valores capaz de gerar dor em uma pessoa individualmente ou em um grupo. Restando nesta pessoa a expectativa de que o Ordenamento Jurídico seja capaz de sanar esta dor. Porém, a partir do momento em que o sistema perde sua legitimidade, ou seja, as pessoas,

1. Parêntese nosso.

pelo menos em sua maioria, param de acreditar nele, chega-se ao caos social, regressando a estados como o de guerra de todos contra todos, temido por Hobbes. Quando esta perda de legitimidade ocorre setorialmente, ou seja, um específico setor do sistema perde sua legitimidade, pode ocorrer uma massificação de resoluções alternativas não-sistematizadas para os problemas dos quais aquele setor deveria tratar. Em setores do Direito (como naquele sobre o qual versa este artigo, o Direito Penal), as pessoas começam a se valer da violência para a resolução de seus problemas. Tal violência, onde o mais forte impõe sua vontade sobre o mais fraco, apelidamos carinhosa e dogmaticamente de “autotutela”.

“A autotutela é a forma de solução da controvérsia em que a parte mais forte impõe o resultado àquela mais fraca. É conhecida como “justiça com as próprias mãos”. Constituindo-se na primeira forma de solução de controvérsias, é vista, portanto, como método primitivo.

Porque muitas vezes traz nela embutida a ideia de solução violenta, afirma-se que não garante propriamente uma solução justa, mas sim a vitória da parte mais forte sobre a mais fraca” (ASSIS; CARACIOLA; DELLORE; FERNANDES, 2021 p. 7-8).

Abordada a questão do sentimento de direito *per se stante*, deve ser aqui explanada a relação do sentimento de direito com o referido conjunto. Dada a exposição realizada, a associação entre ambos se torna de natureza praticamente elementar, afinal, a partir do momento em que se possui um sistema penal que pode ser levado à ausência de aplicação de punições adequadas para os males causados à população que supostamente deveria proteger, há lesões reiteradas ao sentimento de direito das pessoas, levando a uma frustração cada vez maior com o sistema penal como um todo, que pode se irradiar para uma frustração para com o ordenamento jurídico como um todo. Se esta frustração chegar a níveis críticos em um número suficientemente grande de pessoas (não é necessária nem mesmo uma maioria esmagadora, algo como 55% da população já seria um número suficientemente grande para tanto), será verificado se a cultura brasileira é, de fato, tão pacífica quanto dizem. Notoriamente, este não é um cenário desejável de ser visto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto a forma de pesquisa, a revisão bibliográfica serviu perfeitamente ao propósito desejado, qual seja, a obtenção de elementos teóricos diversos para a sustentação dos argumentos neste artigo apresentados.

Abordada a questão dos meios de pesquisa, uma constatação interessante que exige mera observação e dedução quanto ao dia a dia da população brasileira é como as lesões no sentimento de direito de uma população causadas pelo conjunto alvo deste artigo (da mesma forma que as lesões causadas às vítimas de crimes por outros aspectos sistêmicos do sistema penal brasileiro) são reiteradas e possuem uma forte presença em suas mentes. Não à toa, jornalistas que apresentam de uma maneira inflamada, enfática e emocionada conteúdo de cunho criminal fazem tanto sucesso com as massas populares, uma vez que a população vê em tais pessoais uma figura famosa que partilha de seus anseios, de suas frustrações com o sistema, de sua simplicidade, e assim para com tal figura, manifestam grande simpatia.

Quanto ao grande objetivo deste artigo, a obtenção de uma solução para tratar idealmente estes problemas, o assunto sobre sua conclusão é agriadoce. Esta constatação foi feita pois o objetivo foi alcançado, porém, há com ele um problema para a sua execução no cenário fático. Dado todo o exposto, a maneira ideal de resolver esta questão é através de uma devida atualização do Código Penal no que se refere aos institutos da fiança, liberdade provisória e prazos prescricionais, da mesma maneira que é necessária uma mudança no tipo de trânsito em julgado adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Lastimavelmente, as últimas atualizações penais foram alcançadas através de processos preocupantemente morosos, em vista do extremamente longo tempo de debate das questões a elas referentes (o qual também é uma consequência do grande número de integrantes do Congresso Brasileiro). Também lastimavelmente, na prática, o tipo de trânsito em julgado aplicado em solo nacional depende do entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, o qual, *maxima data venia*, parece desconhecer as consequências oriundas do fato de que os mais diversos criminosos em solo nacional podem desfrutar do privilégio de só serem condenados de fato após o trânsito em julgado especial e extraordinário. Assim, aqui deve ser a feita com tristeza a seguinte afirmação: o objetivo desta pesquisa foi alcançado e ele é possível. Porém, sua execução no mundo prático possui uma execução catastroficamente improvável (para não dizer impossível).

REFERÊNCIAS

ASSIS. Carlos Augusto de; CARACIOLA. Andrea Boari; DELLORE. Luiz; FERNANDES. Luís Eduardo Simardi. Teoria Geral do Processo Contemporâneo. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 1 – Parte Geral. 28 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em 20/08/2023.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 2 ed. Edipro. São Paulo. 2014

BRASIL, Código de Processo Penal (1941). DECRETO-LEI N° 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#art312.... Acesso em: 01/09/2022.

BRASIL, Código Penal (1940). DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Rio De Janeiro, RJ. Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08/11/2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29 ed. Saraiva. São Paulo. 2022. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620704/>. Acesso em: 30/08/2022.

DUARTE, Maércio Falcão. Evolução Histórica do Direito Penal. Jus Navigandi. Publicado em: 01/08/1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica- do-direito-penal>. Acesso em: 25/06/2023.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa; PUGLIESI, Márcio. Sociologia do Direito: Teoria e Práxis. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018.

FERRAZ, Roberto. O que significa prisão somente “após o trânsito em julgado”? 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-22/opiniao-significa-prisao-transito-julgado>. Acesso em: 15/06/2022.

HERLAMBANG, Reza. Ditados Populares: Sua Importância E Transmissão Entre Gerações. VoiceEdu. Publicado em: 31/05/2021. Disponível em: <https://testnewsframes.globalvoices.org/sao-ditados-populares-passados-de-geracao-para-geracao/>. Acesso em: 28/06/2023.

IHERING, Rudolph von. A luta pelo Direito: apresentação de Clóvis Beviláqua. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2019.

MORRIS, Clarence. Os Grandes Filósofos do Direito. Leituras Escolhidas em Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MOURA, Rafael Moraes. 950 casos prescrevem em tribunais superiores. O Estado de São Paulo. São Paulo. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,950-casos-prescrevem-em-tribunais-superiores,70003100389>. Acesso em: 01/03/2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: Parte Geral – Volume 1. 6^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. E-book. Disponível em: [https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642403/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5\]!/4](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642403/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5]!/). Acesso em: 11/06/2022.