



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PEDRO JORGE CRUZ DE LIMA

LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIMES HEDIONDOS

**FORTALEZA
2014**

PEDRO JORGE CRUZ DE LIMA

LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIMES HEDIONDOS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Professor Doutor Gustavo César Machado Cabral.

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- L7321 Lima, Pedro Jorge Cruz de.
Liberdade provisória em crimes hediondos / Pedro Jorge Cruz de Lima. – 2014.
74 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Penal.
Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.
1. Crime hediondo - Brasil. 2. Liberdade provisória - Brasil. 3. Direito Penal - Brasil. I. Cabral, Gustavo César Machado (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 343.232

PEDRO JORGE CRUZ DE LIMA

LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIMES HEDIONDOS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Jana Maria Brito Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Luís Jorge e Talita.

AGRADECIMENTOS

A Deus, inteligência suprema e causa primária de todas as coisas, por nos fornecer o dom da existência.

Aos meus pais, Luís Jorge e Talita, pelo amor, carinho e confiança depositados em mim e por serem tão maravilhosos em minha vida.

A minhas irmãs, Ana Luiza e Lara Lima, por serem minhas melhores amigas e companheiras noturnas.

Ao meu anjo guardião e a todos os bons espíritos, pela proteção diária.

Aos meus avós, Luiz Carlos, Jorge Bertulino, Francisca Cruz e Sergina Maria, por serem meus guias e me apoiarem incondicionalmente.

Aos meus tios, pelos conselhos e incentivos tão engrandecedores, e em especial a Edinete, Karla e Dedilson, que Deus os abençoe sempre.

Aos meus primos, Adahil Filho, Ana Sergina, Fernanda Jorge, Gabriela Lima, Luiz Filho, Maurício Jorge e Vinícius Lima, pela amizade sincera.

Aos meus amigos de faculdade, Ana Amorim, Bruno Caldas, Cristiane Sampaio, Jaime Rodrigues, Juan Amorim, Marcelo Sales, Marcus Vinícius e Remo Vieira, por serem tão especiais e por me trazerem tantas alegrias.

Aos colegas de turma, que encerrarão este ciclo comigo.

Ao “Trio da Sopa”, Bruno Barreto e Victor Perlingeiro, pela irmandade, fidelidade e união fraternal.

Aos meus grandes amigos, Alexandre Vidal, Arthur Daniel, João, Lia Karam, Neide, Rodolfo Rodrigues, Sarah Lino, Sebastião Duarte e Tia Vanelma, por me mostrarem que, acima de tudo, devemos ter humildade e caridade para com o próximo.

A Dr. Adahil, Dr. Eugênio Almeida, Dr. João Siebra, Dra. Mirla, meu padrinho Alencar e Ana Sancho, pelas lições profissionais e conhecimentos enriquecedores.

Ao Professor Gustavo César, pelo esplendoroso auxílio neste trabalho e pela excelência na orientação.

Aos insignes membros da banca, Mestranda Jana Maria e Professor William Paiva pela presteza e prontidão em aceitarem o convite, sendo bastante solícitos.

À Universidade Federal do Ceará, pelo ambiente proporcionado ao meu esforço de evoluir moral e intelectualmente.

“Não há caminho para a paz. A paz é o caminho.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

Com o advento do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, surgiram os denominados crimes hediondos, cabendo à lei ordinária definir quais tipos penais seriam considerados hediondo, os quais estão disciplinados no art. 1º, da Lei nº 8.072/90. Sendo assim, a Lei de Crimes Hediondos delimitou vedações a certas garantias, como à fiança, gerando, portanto uma problemática a respeito da possibilidade ou não da concessão de liberdade provisória, tendo em vista que a Constituição Federal veda apenas a fiança e não faz menção quanto ao instituto da liberdade provisória. Com a edição da Lei de nº 11.464/07, foi suprimida a expressão “liberdade provisória”, da lei que regula os crimes hediondos, surgindo posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais destoantes acerca da possibilidade ou não da concessão da liberdade provisória aos delitos elencados. Dessa forma, foram delineadas linhas gerais sobre o benefício da liberdade provisória e dos princípios norteadores do sistema processual penal, bem acerca do processo de criação da Lei de Crimes Hediondos e suas consequências no cotidiano brasileiro.

Palavras-chave: Lei de Crimes Hediondos. Liberdade Provisória. Direito Penal Simbólico.

ABSTRACT

With the advent of the art. 5, item XLIII, of the Federal Constitution, emerged the heinous crimes being an ordinary law that should define the criminal heinous types, which are disciplined in the 1st article of Law No. 8.072/90. Therefore, the law of heinous crimes delimited seals to certain safeguards, such as bail, generating a problem regarding whether or not the granting of provisional release, given that the Federal Constitution prohibits bail only and does not indicate the institution of provisional release. With the enactment of Law No. 11.464/07, the term "provisional release" was suppressed of the heinous crimes law, emerging doctrinal and jurisprudential divergent positions about whether or not the grant of provisional release to the listed crimes. Therefore, were outlined general guidelines about the benefit of provisional release and guiding principles of criminal justice system, and about the process of creating the heinous crimes law and their consequences in Brazilian daily.

Keywords: Heinous Crimes Law. Provisional Release. Symbolic Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 LIBERDADE PROVISÓRA: conceitos, espécies e características gerais.....	12
2.1 Histórico da Liberdade Provisória no Brasil.....	12
2.2 Conceito.....	14
2.3 Liberdade Provisória Com Fiança.....	18
2.4 Liberdade Provisória Sem Fiança.....	22
2.5 Princípio Norteadores.....	25
2.5.1 Princípio da Presunção de Inocência.....	27
2.5.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.....	30
2.5.3 Princípio da Proporcionalidade.....	32
3 CRIMES HEDIONDOS.....	38
3.1 Formação Histórica da Lei de Crimes Hediondos.....	38
3.2 Conceito.....	44
3.3 Movimento da Lei e da Ordem.....	48
3.4 Análise das Estatísticas do Impacto da Lei de Crimes Hediondos nos Índices de Criminalidade.....	52
4 LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIMES HEDIONDOS.....	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.072/90 surgiu, a partir de um mandamento constitucional, contido no art. 5º, inc. XLII, que determina a disciplina dos crimes hediondos, por meio de uma lei ordinária, em que esta não introduziu novos tipos penais no ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas tratou de delitos já previstos no Código Penal.

Nas últimas décadas, o legislador brasileiro tem-se empenhado em combater os agentes praticantes dos denominados crimes hediondos. Em 1990, o Brasil passava por um período turbulento de violência e sequestros a pessoas com alto poder aquisitivo, como os famosos casos dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina.

Por sua vez, o Congresso Nacional decidiu promulgar a Lei de Crimes Hediondos, sendo tratados em rol taxativo os crimes constantes do Código Penal, que o legislador entendeu serem merecedores de tal denominação e aos quais imputou grave rigidez.

Dessa forma, a Lei nº 8.072/90 trouxe vedações a diversos direitos e garantias fundamentais, como o aumento do prazo para progressão de regime, a proibição de concessão de graça, indulto, anistia, fiança e liberdade provisória, sendo esta última objeto do presente trabalho.

Nesta senda, a liberdade provisória é considerada um benefício ao acusado para que este possa aguardar a instrução criminal sem os inconvenientes do cárcere, devendo assim cumprir certas obrigações. Sobreleva ainda mencionar a diferença existente entre a fiança e a liberdade provisória, em que a primeira é considerada espécie desta.

Portanto, a Constituição Federal, ao disciplinar os crimes inafiançáveis, deu margem à aplicação da liberdade provisória, haja vista não ter vedado expressamente a sua concessão.

Partindo desse pressuposto, o presente trabalho monográfico intentará demonstrar a admissibilidade ou não da liberdade provisória, no tocante aos crimes hediondos. Analisando, assim, a temática sob a égide de diversas garantias fundamentais preconizadas na Constituição Federal, como os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, da proporcionalidade, assim como os princípios da dignidade da pessoa humana, da individualização da

pena e do devido processo legal, de orientações jurisprudenciais, principalmente decisões do Supremo Tribunal Federal, e dos variados seguimentos doutrinários. Isto com o intuito de chegar-se a um consenso, no qual haja a ponderação de normas, princípios e aplicação de valores que devem reger um Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, será tratado o tema acerca da liberdade provisória, destacando o histórico do mencionado instituto no Brasil e demonstrando o conceito desta no ordenamento jurídico pátrio. Em primeiro plano, serão definidas as duas modalidades de liberdade provisória, quais sejam com e sem fiança, realçando a forma de aplicação de cada uma, bem como os requisitos necessários para a sua concessão.

Vale ainda ressaltar três princípios que regem a prisão processual: presunção de inocência, ampla defesa e contraditório e proporcionalidade, sendo feita uma análise na busca de auferir as principais garantias disciplinadas na Constituição Federal ao tratar da custódia penal.

Em seguida, será realizado um apanhado histórico da criação da Lei de Crimes Hediondos, demonstrando a influência exercida pelos meios de comunicação e a necessidade de tipificação de diversos delitos penais pelos governantes brasileiros para tranquilizar a sociedade nacional. Logo após, conceituar-se-á a mencionada Lei, colacionando opiniões doutrinárias a respeito do sistema legal adotado pelo legislador ordinário na enumeração dos crimes hediondos e também discorrendo sobre a proporcionalidade na escolha dos delitos tipificados como hediondos. Sobreleva ainda tratar o chamado Movimento da Lei e da Ordem, que teve grande repercussão nos Estados Unidos e influenciou a edição da Lei nº 8.072/90, baseado em um Direito Penal com severas punições aos criminosos.

No último capítulo, será feita uma análise em torno da liberdade provisória em crimes hediondos, com um apanhado doutrinário e jurisprudencial, na busca de demonstrar a possibilidade de concessão do benefício para os acusados de praticarem crimes hediondos, principalmente quando na ausência dos requisitos que tratam da prisão preventiva.

A metodologia adotada no presente trabalho foi de pesquisa exploratória envolvendo um levantamento bibliográfico, sendo este submetido a um plano de leitura sistemática, buscando explicações em trabalhos publicados, sob a forma de livros de Direito Penal e de Direito Processual Penal, revistas e publicações

especializadas na área de crimes hediondos e de liberdade provisória, artigos, pesquisas, dados oficiais e jurisprudências com as devidas anotações e fichamentos das variadas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais para, em seguida, serem confrontadas, perfazendo assim o método dialético, em conjunto com o dedutivo.

Os resultados demonstrarão a prevalência por parte da doutrina e da jurisprudência pela possibilidade da concessão da liberdade provisória, apesar dos argumentos, apresentados no decorrer do trabalho, que defendem o contrário, tomando por base a Constituição Federal.

2 LIBERDADE PROVISÓRIA

2.1 Histórico da Liberdade Provisória no Brasil

O Brasil, durante o período colonial, foi parte do Império Português, razão pela qual nele deveriam ser aplicadas as leis oriundas da metrópole. Desta forma, tiveram vigência no Brasil as Ordenações do Reino. Analisando-as, percebe-se uma longa tradição no Direito Luso-Brasileiro de institutos que garantiam a liberdade antes mesmo da decisão final em processos criminais. Nesse sentido, podem ser mencionadas: seguro ou cartas de seguro, homenagem, caução por fiéis carcereiros e fiança.

O seguro era concedido ao acusado solto, devendo este cumprir as obrigações feitas perante o juiz, enquanto aguardava o desfecho da lide. Já a homenagem tratava-se de um privilégio exclusivo da nobreza, em que o beneficiado era posto em liberdade durante certo período com a obrigação de comparecer ao julgamento. Na caução por fiéis carcereiros, o réu tentava obter a liberdade, através de fiadores idôneos, perante o rei, enquanto respondia ao processo.

A fiança era conceituada da seguinte maneira, nas lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, “[...] fato jurídico de caucionar obrigação alheia, importando, pois em abonação ou responsabilidade. Teria conotação fidejussória, sendo a expressão da confiança em alguém, que se obrigaria por outrem, suprindo sua falta”.¹

Ademais, vale o registro dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci a respeito do instituto da fiança:

Considera-se a fiança uma espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança. Diz-se ser a caução fidejussória, quando a garantia dada é pessoal isto é, assegurada pelo empenho da palavra de pessoa idônea de que o réu vai acompanhar a instrução e apresentar-se, em caso de condenação.²

Essas modalidades de liberdade provisória foram extintas com a edição do Código de Processo Criminal de 1832, sendo mantida exclusivamente a fiança durante todo período imperial.

¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7^a ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 656.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.624.

Com a promulgação da Constituição de 1891, visando a uma maior descentralização política, os estados membros adquiriram o poder de legislar seu próprio Código de Processo Penal. Todavia, a mencionada Constituição tratou de dispor a respeito das hipóteses de cabimento e de aplicação da fiança, trazendo algumas previsões mínimas acerca deste instituto.

O atual Código de Processo Penal brasileiro foi editado em 1941 com o objetivo de unificar os diversos códigos estaduais. Insta ressaltar sua inspiração no Código Italiano, denominado de “Código Rocco”, com forte influência do regime fascista.

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, o então Ministro Francisco Campos demonstrou o viés autoritário que traçou a formação do referido diploma legal ao afirmar que:

[...] As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. [...] O indivíduo [...] não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.³

As normas processuais penais que tratam de regras relacionadas à liberdade ainda foram flexibilizadas pelas reformas instituídas pelas Leis nºs 5.941/73 e 6.416/77.

A Lei nº 5.941/73 preconizava a interposição em liberdade de recurso de apelação contra sentença condenatória ou manter-se livre no caso de pronúncia ao réu primário e de bons antecedentes, até mesmo pela prática de crimes inafiançáveis.

Em relação a esta lei, pode-se afirmar que buscava ela combater duas realidades, quais fossem os inconvenientes causados pelo cárcere ao réu primário e de bons antecedentes, bem como que a prisão cautelar estava transformando-se em prisão pena, pois havia um congestionamento dos processos no Judiciário nacional, principalmente no Tribunal do Júri, retardando assim o julgamento e até mesmo a aplicação do instituto da liberdade provisória.

³ BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**: Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 469.

Já a Lei nº 6.416/77 introduziu modificações ao superar a antecipação da culpabilidade da prisão em flagrante, devendo o cárcere ser justificado pelo magistrado apenas quando presentes os requisitos da prisão preventiva, após oitiva do Ministério Público, caso contrário, deveria ser concedida a liberdade provisória, com a obrigação do agente de comparecer a todos os atos do processo, independente do crime afiançável ou não.

Contudo, apenas com a Constituição Federal de 1988 é que foi possível se desvincilar das fortes tendências autoritárias e inquisitivas daquele código, por meio, principalmente, dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, tendo em vista que aos acusados era garantido um número reduzido de direitos tutelados pelo Estado, conforme destaca Eugênio Pacelli:

[...] o texto de 1988, com a sua inclusão expressa [do princípio da presunção de inocência], põe a descoberto o verdadeiro conteúdo ideológico da reforma então instaurada, como a reclamar a instituição de um novo modelo de processo penal, no qual houvesse de despontar, em destaque, o estado ou a situação de inocência do jurisdicional criminal.⁴

Portanto, a Constituição Federal disciplina, no art. 5º, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais que visam proteger os cidadãos no território pátrio, como no seu inc. LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁵, extinguindo assim a presunção de culpabilidade que existia no Código de Processo Penal de 1941 para aqueles que eram presos em flagrante delito.

2.2 Conceito

A liberdade provisória tem como principal fundamento o art. 5º, inc. LXVI, da Constituição nacional, em que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”.⁶

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, Vade Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 10.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, *op. cit.*, p. 10.

Portanto, a prisão do acusado deve ser evitada a todo custo, devendo ser decretada apenas quando houver necessidade. Sendo assim, o direito objetivo tem buscado institutos e garantias que assegurem o andamento processual com a presença do réu, sem a experiência do cárcere.

Sobre a conceituação deste tema, Fátima Borges observa que o benefício da liberdade provisória concede ao acusado, através de determinados requisitos disciplinados pela legislação pátria, uma forma de este responder à persecução criminal sem ser privado de sua liberdade:

Liberdade provisória é a situação jurídica daquele tido por infrator penal que, estando preso ou devendo ser levado à prisão, quer seja por ocasião do inquérito policial, ou do processo, teve reconhecido a seu favor condições objetivas e subjetivas, todas descritas em lei, para garantir possa responder ao processo em liberdade [...].⁷

Denomina-se provisória porque é revogável e o beneficiário deverá cumprir as obrigações que lhe foram impostas, enquanto tramitar o processo, caso contrário poderá ser revogada ou substituída por outra medida cautelar. É considerado um benefício do *status libertatis* de que dispõe o agente sem violar seu estado de presunção de inocência, ficando assim vinculado ao Poder Judiciário, enquanto perdurar o trâmite processual.

Por sua vez, podem-se alegar dois motivos para que a liberdade seja considerada provisória, pois esta pode ser revogada pelo magistrado, de forma fundamentada, em qualquer fase do processo, como hipóteses elencadas em que a fiança for quebrada, disciplinadas no art. 341, do Código de Processo Penal⁸, bem como perdura somente até a prolação da sentença, se o réu vier a ser condenado ou tenha sua liberdade permanente, em caso de absolvição, de acordo com Júlio Fabbrini Mirabete:

Tem a denominação de liberdade “provisória” porque: a) pode ser revogada a qualquer tempo, salvo no caso de não ser vinculada; b) vigora apenas até

⁷ BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade Provisória**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.61.

⁸ Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa. (BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 97)

o trânsito em julgado da sentença final que, se condenatória, torna possível a execução da pena e, se absolutória, transforma a liberdade em definitiva.⁹

Vale ressaltar que, antes da Lei nº 12.403/11, esse instituto era visto por grande parte da doutrina apenas como uma medida de contracautela, tendo em vista que substituía a prisão em flagrante, considerada uma medida cautelar, por restrições de outra natureza, havendo assim uma incompatibilidade com a prisão preventiva e a temporária. Conforme ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

A liberdade provisória é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade ou a sua manutenção, ilidindo o estabelecimento de algumas prisões cautelares.¹⁰

Como se tratava de um sucedâneo da prisão em flagrante, tinha como objetivo que o acusado comparecesse aos atos processuais sem que tivesse sua liberdade suprimida, devendo assim cumprir determinadas obrigações.

José Armando da Costa arremata da seguinte forma:

[...] conceituamos a liberdade provisória como sendo uma medida contracautela e tendo por escopo elidir os efeitos deletérios defluentes de um trancafiamento precipitado e desnecessário, é concedida ao indiciado ou réu com a imposição de deveres processuais, os quais, uma vez descumpridos, provocam a sua revogação e o emprisionamento do seu beneficiário.¹¹

A respeito deste tema, José Frederico Marques leciona que:

[...] a liberdade provisória é medida de contracautela porque destinada a eliminar os danos ao direito de liberdade que poderiam originar-se da prisão cautelar. Apresentando caráter instrumental negativo, em relação às medidas cautelares consubstanciadas na prisão provisória, ela se reveste, outrossim, da natureza de medida instrumental positiva, como afirmação do *jus libertatis*.¹²

Com a promulgação da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória deixa de funcionar apenas como uma medida de contracautela, podendo ser adotada também como providência cautelar autônoma, por mais que seja em um nível menor de restrição da locomoção do agente

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 402.

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, *op. cit.*, p. 642.

¹¹ COSTA, José Armando da. **Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 21.

¹² MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2^a ed. Campinas: Millennium, 2003, vol. III, p. 129.

Nessa senda, observa-se as regras da excepcionalidade e da provisoriação do instituto, através da imposição de uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão em flagrante, sendo essas medidas alternativas e com possibilidade de serem impostas até mesmo se o réu estiver em liberdade, desde o início do processo.

Renato Brasileiro argumenta ser possível aplicação da liberdade provisória da seguinte maneira:

Sua aplicação pode se dar de duas formas: a) poderá o juiz tanto condicionar a manutenção da liberdade do acusado ao cumprimento de uma das medidas elencadas no art. 319, sob pena de decretar a prisão preventiva, quer originalmente (art. 311 c/c art. 312), quer como sanção processual, justificada pela verificada insuficiência da medida menos gravosa para proteção do interesse ameaçado, decorrente do descumprimento da providência cautelar alternativa (CPP, art. 282, par. 4º); b) poderá o juiz substituir a situação de prisão em flagrante, ou mesmo a prisão preventiva ou temporária, por uma das medidas menos gravosas arroladas no art. 319, que funcionarão como alternativas para obviar a providência extrema, somente justificada ante a constatação de que essa medida seja igualmente eficaz e idônea para alcançar os mesmo fins, porém com menor custo para a esfera e liberdade do indivíduo.¹³

Saliente-se que, caso seja descumprida qualquer das medidas cautelares impostas ao acusado, a liberdade provisória poderá ser convertida em prisão preventiva, conforme disciplina no art. 312, par. único, do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”.¹⁴

A liberdade provisória trata ainda de um direito subjetivo do acusado frente ao Estado. Sendo assim, o juiz criminal não possui um poder discricionário para recusar a decretação da liberdade do réu.

Dessa forma, por ser direito subjetivo individual do cidadão, caso não seja admitido o seu exercício, Poder Judiciário deverá fundamentar sua decisão, com a demonstração das razões que o impossibilitam.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 1.464-1.465.

¹⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**, *op. cit.*, p. 495.

2.3 Liberdade Provisória Com Fiança

Segundo elucida-se, a fiança tem como escopo assegurar ao indiciado a liberdade provisória, durante o inquérito policial ou a instrução criminal, atendendo a certos requisitos, através de pagamento de determinada quantia pecuniária ao Estado. Sendo assim, o acusado torna-se vinculado ao acompanhamento do processo e, caso seja condenado, deve apresentar-se para obter a devolução dos valores pagos.

A garantia de pagamento das custas, da indenização do dano causado pelo crime e também da multa é considerada como outra importante função da fiança.

O Código de Processo Penal brasileiro preconiza, em seu art. 330, a respeito do instituto da fiança que “[...] será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.”.¹⁵

As alterações promovidas pela Lei nº 6.416/77 transformaram o instituto da fiança de aplicação em situações raras, havendo um verdadeiro esvaziamento dessa modalidade, ampliando assim a admissibilidade das hipóteses de liberdade provisória sem fiança.

Dessa forma, ao acusado preso em flagrante bastava o comprometimento de comparecer a todos os atos da instrução criminal para que sua liberdade fosse decretada, desde que não houvesse alguma hipótese que autorizasse a prisão preventiva.

Vale ressaltar que estas restrições à fiança destoavam do modelo adotado em grande parte dos países estrangeiros, onde sua aplicação prevalecia, haja vista a importância desse instituto.

Impende registrar que a fiança encontrava-se em desuso no Brasil, pois era permitida a concessão da liberdade provisória sem fiança até mesmo para delitos mais gravosos, ou seja, o agente poderia responder em liberdade sem pagar fiança pela prática de qualquer crime, desde que não ensejasse a decretação da prisão preventiva, conforme anota Weber Batista:

¹⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**, *op. cit.*, p. 497.

Com a adoção da regra do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, o instituto da fiança perdeu toda a importância que tinha. [...] Se, de um lado, o Código passou a admiti-la mesmo nos crimes punidos com reclusão, desde que a pena mínima cominada não seja superior a dois anos, de outro, a introdução do parágrafo único do art. 310, citado, consagrou a concessão da liberdade provisória, sem fiança, em qualquer caso, mesmo nos crimes graves e – por isso mesmo – inafiançáveis, desde que ausentes as condições que imporiam a prisão preventiva, ou seja, desde que inexista o *periculum in mora*.¹⁶

Diga-se que a única e a principal vantagem da fiança configurava-se na celeridade nos casos puníveis com pena de detenção, tendo em vista que era permitido ao acusado ser solto, mediante o pagamento desta, perante a autoridade policial, sem necessidade de manifestação judicial.

Com a edição da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória mediante fiança torna-se uma medida cautelar autônoma, podendo o juiz determiná-la nas infrações permitidas pela legislação nacional, com o acusado comprometendo-se a comparecer aos atos processuais e sem obstruir o andamento da instrução penal.

De acordo com os ensinamentos Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, para a concessão da liberdade provisória é necessário que o agente se enquadre nos requisitos legais objetivos e subjetivos, agindo com responsabilidade ao cumprir com as obrigações legalmente impostas, bem como é de extrema valia para o beneficiário, comparado à experiência do cárcere, a cumulação do instituto da liberdade provisória com determinadas medidas cautelares:

A liberdade provisória mediante fiança é o direito subjetivo do beneficiário, que atenda aos requisitos legais e assuma as respectivas obrigações, de permanecer em liberdade durante a persecução penal. É contracautela destinada ao combate de algumas prisões processuais, imprimindo uma implementação financeira e condicionando o beneficiário a uma série de imposições. Pode haver cumulação, inclusive, com as demais medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP). Com isso, se ele está preso, será libertado; se está na iminência do cárcere, a prisão não se estabelece.¹⁷

Já Fernando Tourinho ressalta que o réu deverá cumprir com as obrigações assumidas para que se beneficie da liberdade provisória:

Prestada a caução, o indiciado ou réu obterá a sua liberdade provisória, até o pronunciamento final da causa, em decisão passada em julgado, dando a garantia de que cumprirá as obrigações fixadas pela lei, atenderá às notificações para os atos do inquérito, da instrução criminal e do julgamento, sujeitar-se-á à execução da condenação, se lhe for imposta, e satisfará as

¹⁶ BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 61.

¹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, *op. cit.*, p. 657.

obrigações pecuniárias, cuja responsabilidade, em tal caso, lhe for atribuída.¹⁸

Impende salientar que a fiança pode ser concedida enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem necessidade de prévia oitiva do Ministério Pùblico, sendo o valor fixado pela autoridade que a conceder, de acordo com uma tabela disciplinada pelo Código de Processo Penal.

A fiança poderá ser concedida pela autoridade policial ou judicial. Antes do advento da Lei nº 12.403/11, a autoridade policial somente tinha permissão para conceder a fiança se a infração penal fosse punida com pena privativa de liberdade de detenção ou prisão simples. Atualmente, pode ser decretada a liberdade provisória mediante fiança nas hipóteses de infração penal com pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos.

Vale ressaltar que, em caso de retardamento da autoridade policial, o acusado poderá acionar o juiz competente para que seja prestada a fiança em até 48 (quarenta e oito) horas e, se esta não for concedida, ainda caberá o açãoamento das instâncias superiores, por meio de *habeas corpus*.

O art. 335, do Código de Processo Penal, disciplina ao preso, neste último caso, capacidade postulatória para requerer diretamente ao juiz que seja arbitrada de fiança, quando esta houver sido negada pela autoridade policial. Fica claro, portanto, que se justifica esta exceção ao art. 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil¹⁹, pois se trata de medida urgente com o objetivo de obstar uma prisão provisória desnecessária, prevalecendo o princípio do *favor libertatis*.

Se, porventura, a autoridade policial denegar a concessão da fiança, quando for cabível, poderá responder por abuso de autoridade ou constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, autorizando assim a impetração de *habeas corpus*.

No caso de réu pobre, a lei expressamente proíbe o arbitramento da fiança. Se a decisão violar essa regra, estará ferindo o princípio da dignidade humana, devendo assim ser cassada.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. III, p. 599.

¹⁹ Art. 1º: São atividades privativas de advocacia:

I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. (BRASIL. **Lei nº 8.906**: dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, promulgada em 4 de julho de 1994, Vade Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1.193)

Há situações em que o magistrado arbitra a fiança com um valor considerado exorbitante, não levando em conta a capacidade contributiva do acusado. De acordo com Auriney Uchôa e Ivan Luís Marques:

O valor exorbitante poderia muito bem garantir a manutenção de uma prisão ilegal caso os acusados não conseguissem pagar, como ocorreu com alguns presos cuja família não tinha condições de arcar com o montante exigido e acabaram passando mais tempo na cadeia até que conseguissem arrecadar. É certo que o magistrado leva em conta o valor de uma futura e provável indenização ou resarcimento ao erário, mas também não pode olvidar de diversos outros fatores legais (novos) e constitucionais (antigos) que precisa ponderar, como, p.ex. a substituição da prisão preventiva mesmo quando presentes os seus requisitos e a presunção do estado de inocência.²⁰

Sendo assim, é imperioso que magistrado revogue a prisão ilegal, pois não há fundamentação para que o acusado continue preso. Caso contrário, arbitre um valor razoável para fiança ou determine o cumprimento de outra medida cautelar, com a consequente expedição do alvará de soltura.

Por oportuno, o rol dos crimes afiançáveis foi ampliado com a nova lei mencionada, revigorando assim o instituto da liberdade provisória mediante fiança. Dessa forma, não se encontra mais a antiga distorção que consistia na possibilidade de acusados de crimes mais graves serem beneficiados com a liberdade provisória sem fiança, caso não fossem enquadrados pelo juiz na hipótese de decretação da prisão preventiva.

Em regra, as infrações penais são afiançáveis. Entretanto, o Código de Processo Penal, nos arts. 323 e 324, disciplina alguns crimes em que a fiança é vedada, como os seguintes: racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, crimes hediondos, em caso de prisão civil ou militar, dentre outros delitos.

Sobreleva ainda destacar que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XLII, XLIII e XLIV, preconiza como inafiançáveis os crimes acima mencionados, bem como a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

De seu turno, quando concedida a liberdade provisória com fiança, o afiançado assume certas obrigações, como: comparecer diante do juiz ou do delegado todas as vezes que for intimado para atos do inquérito ou da instrução

²⁰ BRITO, Auriney Uchôa de; MARQUES, Ivan Luís. **O Valor da Fiança: Licitude ou Illicitude, Balizadas Pela Razoabilidade.** Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 230, jan., 2012, p. 16-17.

criminal, bem como para o julgamento; não mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante; não tornar a cometer infração penal dolosa durante a vigência da fiança; não obstruir ao andamento do processo; entre outras.

A respeito da destinação da fiança em caso de ser esta quebrada, Tourinho Filho afirma que:

Uma vez quebrada a fiança, se não houver recurso desse despacho, ou havendo-o, for ele mantido, aguarda-se o trânsito em julgado da sentença final. Se condenatória, e desde que o réu se tenha apresentado à prisão e sido preso, dessa metade que ficou depositada deduzem-se as despesas processuais e outros encargos a que estiver obrigado o afiançado e, se houver saldo, a nosso juízo, será devolvido a quem a prestou. Caso não se tenha apresentado à prisão, o restante daquele saldo será recolhido ao fundo penitenciário, por meio de depósito no Banco do Brasil ou Caixa Econômica Federal. E se vier a ser absolvido? Pensamos que somente será devolvida a metade a quem a prestou, a despeito da regra contida no art. 337. A outra metade será perdida e recolhida aos cofres públicos, como sanção ao descumprimento das obrigações a que se sujeitara o afiançado.²¹

Por fim, saliente-se que, caso a fiança seja quebrada, com o descumprimento de alguma obrigação, poderá a autoridade judicial determinar a perda de metade do valor caucionado, a imposição de outras medidas cautelares e, se necessário, a decretação da prisão preventiva.

2.4 Liberdade Provisória Sem Fiança

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, o Código de Processo Penal dispunha que o réu se livrava solto, independentemente do pagamento de fiança, no caso de infração a que não fosse isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade, ou quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não excedesse a três meses.

Predominava o entendimento de que esta era uma liberdade definitiva, e não provisória, pois o acusado livrava-se solto sem o pagamento de fiança, e sem a imposição de outra medida cautelar, não podendo assim a medida ser revogada.

Com o advento da mencionada lei, quando ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, o juiz deve conceder a liberdade provisória e, caso

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, p. 626.

entenda necessário, impor as medidas cautelares disciplinadas no Código de Processo Penal, em seu art. 319²².

Caso a autoridade judiciária verifique, por meio do auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato acobertado por uma das excludentes da ilicitude, quais sejam, estado necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, deve conceder ao réu a liberdade provisória sem fiança, tendo em vista ser um direito público subjetivo do acusado, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Sobre o assunto, Renato Brasileiro salienta que, para conceder a liberdade provisória, não há necessidade de o magistrado ter certeza de que o agente, ao praticar o crime, agiu por uma excludente de ilicitude, pois somente ao final da instrução criminal é que ele poderá auferir convictamente:

Ademais, não obstante o art. 310, parágrafo único, do CPP, faça menção à expressão ‘se o juiz verificar’, não é necessário que o juiz tenha absoluta convicção de que o agente tenha praticado o fato acobertado por uma causa excludente de ilicitude. Por se tratar de medida de contracautela, com relação ao *fumus boni iuris*, não é necessário um juízo de certeza, bastando a probabilidade de que a discriminante esteja presente. Somente ao final do processo condenatório é que o juiz irá ter a certeza da ocorrência ou não da excludente de ilicitude.²³

O Código de Processo Penal, na antiga redação, determinava que, quando o magistrado não verificasse qualquer uma das hipóteses que autorizasse a

²² Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável 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. (BRASIL. **Código de Processo Penal**, op. cit., p. 495-496).

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2^a ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 433.

prisão preventiva, poderia conceder a liberdade provisória sem fiança. Dessa forma, o instituto da fiança tornou-se desprestigiado, praticamente em desuso, pois a principal preocupação do legislador brasileiro não era com os direitos e garantias individuais dos acusados, mas sim com os conhecidos problemas de superlotação carcerária.

Não havia, portanto, nenhum requisito quanto à infração penal suscetível de liberdade provisória sem fiança, sendo esta cabível tanto para as infrações inafiançáveis quanto para as afiançáveis. Como vantagem da liberdade provisória com fiança, havia apenas que a autoridade policial poderia conceder liberdade provisória, impedindo assim a privação da liberdade de locomoção do acusado, bem como não previa a oitiva do Ministério Público, tornando mais célere a apreciação do pedido.

Sendo assim, a nova redação da Lei nº 12.403/11 disciplina a liberdade provisória sem fiança com obrigação de apenas comparecer a todos os atos do processo somente nas hipóteses de causa excludente de ilicitude. Nas demais situações, o magistrado concederá a liberdade provisória com a imposição das medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP.

Quanto ao réu pobre, Tourinho Filho menciona três requisitos legais para a concessão do benefício:

“[...] evidente que ao Magistrado descebe julgar da conveniência ou não da medida. Caber-lhe-á, isto sim, apreciar a existência dos requisitos legais. Quais são eles: Três: a) Estado coercitivo. b) É preciso que a infração comporte fiança, isto é, que a hipótese seja de afiançabilidade. c) É preciso que se trate de indiciado, ou réu, pobre. Cabe a este fazer a prova de miserabilidade.”.²⁴

Dessa forma, o juiz, ao analisar a situação econômica do preso, deverá conceder-lhe a liberdade provisória, em que este se obrigará a comparecer a todos os atos do processo e a não mudar de residência, podendo o magistrado cumular estas obrigações com o cumprimento de outras medidas cautelares, caso seja necessário.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit.*, p. 604.

2.5 Princípios Norteadores

Destaque-se que houve uma verdadeira constitucionalização de princípios na busca de resguardar um maior número de garantias aos cidadãos, tendo em vista que o Estado não poderia agir de forma desnivelada e arbitrária.

Sobre esta constitucionalização, José Joaquim Gomes Canotilho defende que:

[...] os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, consequentemente, das respectivas Constituições nacionais está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional.²⁵

Nesta senda, o Estado Democrático de Direito exsurge como baluarte dos direitos e garantias fundamentais, máxime os exarados na Constituição. Assim, com o advento das revoluções em busca da conquista desses direitos, houve uma transição do Antigo Regime para o Liberalismo, o qual foi construído, inicialmente, para proteger os indivíduos contra o arbítrio do poder estatal. Acerca do tema, Norberto Bobbio aduzia que:

A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da idade moderna.²⁶

Ressalte-se, por oportuno, que os princípios fundamentais surgem, principalmente, a partir de conceitos expressos na Constituição Federal. Sendo assim, insta definir alguns dos mais importantes princípios que tratam das garantias asseguradas aos cidadãos para protegê-los de possíveis violações por parte do Estado.

A Constituição Federal regula o poder estatal referente à liberdade do indivíduo, evidenciando assim a vontade do legislador constituinte ao definir regras

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.1217.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.4.

para evitar abusos contra os direitos fundamentais de cada indivíduo, subordinando assim o ordenamento jurídico penal aos direitos e garantias individuais nela elencados.

Efetivamente, tornam-se todos intérpretes da Constituição, onde o processo democrático de interpretação constitucional sobressai-se e exige-se, quando da análise pelo Supremo Tribunal Federal da legislação, que esta tome em consideração legitimidade democrática das leis. Assim, “[...] Ao examinar essas leis, a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional [...]”.²⁷

Os princípios podem ser caracterizados como as normas elementares que servem de base ou elemento vital para o Direito, sendo os requisitos primordiais para aplicação deste. Sobre o tema, Humberto Ávila ensina que:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁸

Nota-se certa contradição existente entre as prisões cautelares e a presunção de inocência assegurada ao acusado, até o trânsito em julgado da decisão. Por oportuno, impende esclarecer por qual justificativa as prisões provisórias são aceitas em um Estado de Direito baseado na presunção de inocência.

Não é objeto de dúvida, portanto, a obrigatoriedade de interpretar as normas conforme a Constituição, tal mandamento, princípio geral do direito, tornou-se largamente consagrado em vários sistemas constitucionais, porquanto decorre, a *priori*, da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais, a fim de uniformizar, de conceder unidade à ordem jurídica. Paulo Bonavides afirma que:

²⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes, 2002, p. 45.

²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 13^a ed.. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85

A interpretação das leis “conforme a Constituição”, se já não tomou foros de método autônomo na hermenêutica contemporânea, constitui fora de toda a dúvida um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais. Decorre em primeiro lugar da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais – de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional – e enfim do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta.²⁹

Dessa forma, vale destacar uma breve explicação a respeito dos princípios jurídicos envolvidos neste tema, buscando solucionar de forma clara e concisa as questões que envolvem o assunto da prisão sem pena e a liberdade provisória nos crimes inafiançáveis. Assim, a “[...] norma que não envolva tal relação, seguramente, não pode pretender ser jurídica. [...] A falta de justiça leva à descrença no Direito, antes de determinar a deterioração das instituições sociais.”³⁰.

2.5.1 Princípio da Presunção de Inocência

Este princípio está previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inc. LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³¹. Portanto, pode-se concluir que legislação brasileira preconiza a liberdade como regra, e a prisão como exceção. Consagra-se assim um princípio basilar como garantia processual penal, velando pela tutela da liberdade pessoal, haja vista ser dever de o Estado comprovar a culpabilidade dos acusados.

Sobreleva ressaltar que, buscando combater a prática de ilícitos penais e proteger a sociedade dos indivíduos que violam normas de condutas socialmente aceitas para manter a harmonia entre os agentes de uma comunidade, o legislador desenvolveu instrumentos regulamentares na tentativa de punir os transgressores, gerando assim limites à liberdade individual e o cerceamento ao direito de locomoção.

Por sua vez, o Estado atua como guardião do interesse coletivo, zelando ainda pelos direitos e garantias individuais. Conquanto, para que haja uma punição estatal adequada, deve existir um equilíbrio com as garantias fundamentais que servem de tutela para o direito de liberdade, harmonizando assim com os preceitos constitucionais.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 517-518.

³⁰ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 25.

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, *op. cit.*, p. 10.

Em seu turno, o poder estatal deve respeitar os limites impostos pela Constituição, bem como pela legislação infraconstitucional, sendo vedada a atuação de forma desregrada, tendo em vista que o princípio da legalidade também deve ser observado, qual seja, aquele preconizado no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal: “Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”³².

Sendo assim, o reconhecimento deste princípio pela Constituição Federal brasileira acarretou na esfera penal os seguintes desdobramentos, quais sejam: durante a valoração da prova, havendo uma pequena confusão com o princípio do *in dubio pro reo*; invertendo-se o ônus da prova, como presunção legal relativa de não culpabilidade; como paradigma de tratamento do acusado, durante a persecução penal; bem como no que diz respeito à imposição de qualquer espécie de prisão provisória ao agente.

Insta salientar que a presunção de inocência deve ser observada até o trânsito em julgado da decisão, sendo possível a manutenção do réu no cárcere apenas quando houver a presença dos requisitos necessários para a decretação de alguma modalidade de prisão cautelar.

Eugenio Pacelli ensina, a respeito do princípio da presunção de inocência, que qualquer agente submetido à instrução criminal, conforme disciplinado na Constituição pátria, deve ser considerado em estado de inocência, bem como a garantia de que toda prisão cautelar seja fundamentada pela autoridade competente:

[...] origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte do nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).

A Constituição da República, portanto, promoveu: a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.³³

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, *op. cit.*, p. 09.

³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014, p. 497.

Dentre as diversas modalidades de prisão provisória, destaque-se a prisão preventiva, que é considerada medida excepcional e somente deve ser decretada em casos de extrema necessidade. Sendo assim, o fato de o agente encontrar-se preso preventivamente não significa que este é considerado culpado, pois apenas há necessidade de cautelaridade em relação ao processo, como nas hipóteses de conveniência da instrução criminal ou com objetivo de assegurar a aplicação da lei penal ou, ainda, para garantir a ordem pública ou a ordem econômica, conforme disciplinado no art. 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. 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.³⁴

Ressalte-se ainda que a prisão cautelar pode conviver harmonicamente com a presunção de inocência, desde que a medida cautelar mantenha um viés excepcional e atue de forma instrumental.

Uma prática constante na realidade brasileira é divulgação, por parte da mídia nacional, de fatos que tratam a respeito da investigação em curso de diversos crimes, muitas vezes julgando o acusado de maneira abusiva, transformando-o em verdadeiro culpado, antes até mesmo do trânsito em julgado da decisão. Sobre o assunto, vale transcrever a lição de Selma Pereira:

[...] embora ainda no início das investigações policiais, a notícia seja veiculada, de forma açodada e irresponsável, com a cumplicidade muitas vezes dos próprios órgãos de segurança, quando se sabe que o inquérito é marcado notadamente pelo seu caráter sigiloso. Tal sigilo tem, na realidade, duas razões específicas, uma delas é garantir uma melhor apuração dos fatos, a outra é exatamente proteger a reputação e a vida privada de todas as pessoas envolvidas nesta fase de instrução provisória. É comum ser noticiada a prática criminosa, e de seus autores, ainda sob o clamor popular. Passada, porém, essa fase inicial, o desdobramento de uma tramitação processual penal já não mais interessa à mídia. O que fora amplamente divulgado e que se projetou no universo de compreensão do cidadão tem força de uma sentença definitiva.³⁵

Por fim, insta salientar as consequências graves e indeléveis trazidas à honra e à dignidade dos agentes que ainda se defendem processualmente, por meio

³⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**, *op. cit.*, p.495.

³⁵ SANTANA, Selma Pereira de. O princípio Constitucional da Inocência e a Imprensa. **Revista CONSULEX**, Ano II, n.º 32, Outubro de 1998.

de notícias escandalosas, sendo até mesmo irreparáveis os danos causados a estes acusados.

2.5.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

A tutela jurisdicional desempenhada pelo Estado está completamente atrelada ao princípio da ampla defesa, que pode ser caracterizado como a garantia que as partes possuem para utilizar todos os meios aceitos pelo Direito, com o objetivo de provar que os fatos alegados são verdadeiros. Protege, portanto, o direito das partes serem comunicadas dos atos processuais e o direito à prova legitimamente obtida.

A ampla defesa busca a formação dos elementos usados para o convencimento que sustenta a coisa julgada material, sendo limitada razoavelmente ao contexto processual desenvolvido, contando ainda com uma vinculação às garantias fundamentais exercidas pela tutela jurisdicional.

É, portanto, a garantia do demandado inerente ao Estado de Direito. Até mesmo diante de regime de exceção, este instituto prevalece, tendo em vista que é natural de cada indivíduo, resultando do instinto defensivo de todo ser humano.

Vale lembrar que a atuação deste princípio não tem apenas a defesa do réu como sua finalidade, tendo em vista que outros sujeitos, como o autor e terceiros juridicamente interessados, também são protegidos. Sendo assim, somente haverá ampla defesa processual quando as partes envolvidas no processo exercerem os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, no que tange às suas garantias e aos seus direitos.

Ressalte-se que a ampla defesa está intrinsecamente atrelada à garantia do estado de inocência, haja vista que o acusado deve ter assegurado o direito de se defender, sem haver arbítrio por parte do Estado, conforme a opinião de Guilherme de Souza Nucci:

A ampla possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de se preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano. Não se deve cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a soltura das amarras formais, porventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente, a Constituição Federal.³⁶

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.290.

A Constituição Federal disciplina os princípios da ampla defesa e do contraditório em seu art. 5º, inc. LV, da CF, em que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”³⁷

Já o princípio do contraditório pode ser conceituado como a possibilidade das partes contrariarem os termos do processo, sendo assim assegurada a igualdade entre estas. Nota-se a bilateralidade da manifestação dos litigantes e, caso não seja respeitado o direito de se defender, o processo será declarado nulo.

Vicente Greco Filho conceitua este princípio de forma clara e sucinta da seguinte maneira:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.³⁸

Sobreleva transcrever ainda as lições de Railda Saraiva sobre o princípio do contraditório:

[...] estabelece a igualdade das partes em juízo, no tocante às afirmações, alegações e provas que produzidas por uma parte hão de necessariamente ser submetidas à apreciação da outra, para que lhes contraponha o que entender conveniente, vedado ao juiz sonegar a qualquer das partes oportunidade de manifestar-se sobre tudo que ocorre no processo.³⁹

Por sua vez, o princípio do contraditório configura o exercício da dialética processual, tendo em vista a pretensão judicial. Tem como principal objetivo conceder às partes o direito de serem comunicadas sobre o que está sendo alegado no processo. A impugnação da pretensão modifica-se conforme o interesse ou direito que se visa proteger ou adquirir.

Sobre este princípio, Celso Ribeiro Bastos analisa, que por meio do posicionamento das partes no processo, tem-se assegurado o direito de cada defender seus interesses:

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, *op. cit.*, p. 10.

³⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 11ª ed., Saraiva. São Paulo, 1996, vol. II, p. 90.

³⁹ SARAIVA, Railda. **A Constituição de 1988 e o Ordenamento Jurídico-penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 72.

É por isso que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório. É pela afirmação e negação sucessivas que a verdade irá exsurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente.⁴⁰

Por fim, impende dizer que o princípio do contraditório apresenta duplo fundamento, configurando-se tanto em seu sentido lógico, como político. O fundamento lógico demonstra-se através da natureza bilateral da pretensão, criando assim a bilateralidade do processo. Já na seara política, afirma-se que ninguém poderá ser julgado sem ser previamente consultado.

2.5.3 Princípio da Proporcionalidade

A aplicação da proporcionalidade encontra-se relacionada à preservação dos direitos fundamentais, considerada assim um instrumento para a interpretação constitucional.

Por oportuno, o princípio da proporcionalidade caracteriza-se como meio adequado e apto instituído para solucionar diversos, destacando-se assim como ferramenta relevante na função de solidificar os direitos fundamentais, ao exercer um controle das atividades que os restringem e ao impedir a violação da legislação constitucional, conferindo proteção aos direitos e às garantias fundamentais.

Surge, então, como o harmonizador da colisão dos princípios fundamentais, a ser utilizado pelo operador do direito na ponderação dos valores que deverão se sobressair no caso concreto.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade corresponde à maneira adequada em que poder estatal deve agir ao promover suas funções específicas. Sendo assim, este não deve atuar arbitrariamente, da mesma forma que não pode agir de forma insignificante na obtenção dos seus escopos. Além de limitar a intervenção estatal, o princípio em comento também se relaciona com a proteção substancial do indivíduo. A proporcionalidade estará violada sempre que houver priorização exacerbada do sacrifício de um dos valores sopesados em relação aos outros.

Vale, portanto, transcrever as lições de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix sobre o postulado da proporcionalidade:

⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1989, vol. II, p.266.

Num modelo de Estado (Social e) Democrático de Direito, sustentado por um princípio antropocêntrico, não teria sentido, nem cabimento, a cominação ou a aplicação da pena flagrantemente desproporcionada à gravidade do fato. Pena desse teor representa ofensa à condição humana, atingindo-a, de modo contundente, na sua dignidade da pessoa. O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de eu pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção. [...] Para viabilizar o princípio há, no entanto, uma grande dificuldade operacional: qual o critério que deve ser utilizado como medida de proporcionalidade? Não há, em verdade, nenhum critério formalmente assente, mas tudo está a indicar que tal critério deve ser buscado num juízo de adequabilidade entre a gravidade do preceito sancionatório e a danosidade social do comportamento incriminado.⁴¹

Dessa forma, caso o Estado adote medidas arbitrárias consideradas desproporcionais, estará ferindo os direitos humanos assegurados nos ordenamentos internacional e interno. Por isso, o princípio da proporcionalidade é de extrema valia, pois poderá auxiliar no reconhecimento da violação de algum direito fundamental no caso concreto. Para Eugênio Pacelli, o princípio da proporcionalidade possui as seguintes características:

[...] o postulado da proporcionalidade, presente implicitamente em nossa Constituição, por dedução do conjunto geral da garantias individuais, exerce uma dupla função no Direito, a saber: a) na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na *proibição do excesso*, mas, também, na *máxima efetividade* dos direitos fundamentais, serve de efetivo *controle da validade* e do *alcance* das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação; b) na segunda, presta-se a permitir um juízo de *ponderação* na escolha da norma mais adequada em caso de eventual *tensão* entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável ao mesmo fato."⁴² (destaques do autor)

Vale ressaltar ainda que não é apenas a seara penal a única beneficiada por este princípio, haja vista que os demais ramos também estão a ele submetidos, os quais, neste processo hermenêutico, devem verificar se a norma é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Pode-se definir como adequada a ação do Estado quando for possível buscar o resultado pretendido de maneira legítima. Sendo assim, na esfera penal, observa-se quando os fins almejados pela norma encontram-se concatenados com os bens jurídicos que esta pretende proteger.

⁴¹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *op. cit.*, p.504.

A necessidade encontra-se na preservação dos limites indispensáveis à manutenção da finalidade que se almeja, devendo esta finalidade ser legítima. Sendo assim, o meio menos grave deve ser o objetivo para se alcançar o fim desejado.

Saliente-se que o Direito Penal não é considerado a primeira solução que o Estado deve se utilizar para resguardar determinado bem jurídico, sendo a *ultima ratio*, haja vista que há outras formas de assegurá-lo com mesma eficácia.

Tem-se ainda a proporcionalidade em sentido estrito, em que são balanceados os meios e as finalidades, sendo comparadas as suas vantagens e as desvantagens, para que o meio seja proporcional a sua finalidade.

Miguel Reale Júnior leciona o seguinte a respeito do mencionado princípio:

A ação do legislador está sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade, também dito princípio da razoabilidade, e ao princípio da ofensividade. Estes princípios, verdadeiras pautas de conduta, dizem respeito não só à atuação do Executivo na sua atividade administrativa limitadora da liberdade dos administrados, referindo-se, também, à elaboração legislativa como corolário da concretização dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, atuam como mandados de proibição de excessos vinculativos ao legislador e ao intérprete/aplicador da lei.⁴³

Cabe ressaltar que na esfera penal, para que seja aplicada a proporcionalidade são necessárias as seguintes premissas: a) em um Estado Democrático de Direito devem ser impostos limites adequados para que não haja violações arbitrárias; b) o Direito Penal é um instrumento estatal que deve ser utilizado em último plano, tendo em vista a sua ampla capacidade de restringir a liberdade dos indivíduos; c) os direitos humanos limitam a atuação estatal, bem como o legislador, devendo assim ser obedecidas as garantias trazidas por este.

Entrementes, desponta o princípio da proporcionalidade como método e meta da solução de conflito entre questões fundamentais - no caso, o interesse coletivo pela segurança pública e o resguardo da ordem social, em conflito com os direitos e garantias fundamentais do acusado de um crime hediondo.

Nesse sentido, o referido princípio há de apontar que os excessos persecutórios contidos na Lei de Crimes Hediondos não devem prevalecer sobre as

⁴³ REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. **Fascículo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 763, p. 415.

garantias historicamente asseguradas ao encarcerado, sobretudo a presunção de inocência, a garantia da progressão do regime e a própria dignidade humana.

Dentre os métodos identificados para o desenlace de questões envolvendo direitos fundamentais, em sede de conflitos autênticos, aponta a doutrina para o princípio da proporcionalidade, advindo do direito germânico, o qual se avulta na atual teoria constitucional como método relevante de solução das colisões entre direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade encontra-se implicitamente previsto na Constituição Federal, integrando a garantia do devido processo legal , no art. 5º, inc. LIV. Ora, a própria ideia de “proporcionalidade” aponta para um sentido de igualdade, equilíbrio e harmonia. É por meio de um sopesamento harmonioso, ponderado entre interesses divergentes, cada um pautado num direito ou garantia fundamental específico, que se pretende solucionar o caso concreto.

Com efeito, Robert Alexy conceitua o mencionado princípio como mandamento de otimização, que se divide em três outros subprincípios, conforme desenvolvido na doutrina alemã, quais sejam o princípio da adequação (*Geeignetheit*), o princípio da necessidade (*Enforderlichkeit*) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)⁴⁴.

Assim, o princípio da adequação há de determinar ao intérprete qual o meio mais apto e apropriado para atingir o fim estabelecido. Já o princípio da necessidade, também conhecido por princípio da exigibilidade, denota que a restrição a ser aplicada ao caso concreto seja, de fato, imprescindível para a preservação do conteúdo dos direitos fundamentais em conflito, devendo ser escolhido o meio menos gravoso. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, exige uma análise da relação custo-benefício da aplicação da norma.⁴⁵

A utilização do princípio da proporcionalidade em sentido estrito objetiva, pelo visto, que os prejuízos da aplicação de uma norma a um caso sejam menores do que os benefícios que dela resultem, realizando o intérprete constitucional verdadeira ponderação de interesses⁴⁶. No mesmo sentido, entende Ana Paula de Barcellos que tal atividade a como “uma técnica de decisão própria para casos

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 87-89.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 89.

difíceis (do inglês, *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado".⁴⁷

Ora, deve o aplicador da norma constitucional atribuir, após compulsar os direitos fundamentais em conflito, um peso ou carga específica para cada um, a depender da intensidade com que se manifestam no caso concreto. Assim, atribuindo-se tal carga, é possível definir o nível de restrição a que cada direito fundamental em conflito se permite.

Nesse sentido, preleciona Daniel Sarmento que "o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente."⁴⁸

Em outras palavras, significa atribuir valores a cada direito fundamental conflitante, de forma orientada, idêntica e racional, atendo-se sempre à realidade dos fatos. Assim, o mesmo autor ilustra:

De um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, de outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.⁴⁹

Vale mencionar ainda, que a ponderação de interesses não se pode revestir, todavia, de caráter absoluto, devendo-se salvaguardar o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais, entendido como um conteúdo mínimo e inatingível, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, quer pelo legislador, quer pelo aplicador do direito.⁵⁰

Cabe distinguir a ponderação, enquanto exercício da proporcionalidade restrita, da chamada categorização, entendida como o "esforço no sentido de correlacionar os fatos em exame às categorias expressadas nas normas constitucionais".⁵¹

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p.55.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 104.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 89.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 111.

⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234.

Dessa forma, a categorização é taxonômica. A ponderação sopesa bens e interesses em conflito. Para categorizar, as questões legais colocam-se como diferenças de tipos; para o ponderador elas são questões de grau.

André de Carvalho Ramos, no entanto, salienta haver dúvida em saber se, “em vista do caráter aberto e indeterminado das normas constitucionais, categorização é um mecanismo satisfatório para resolver todos os casos, e, mais especificamente, os casos difíceis”.⁵² O autor também ressalta que, “com clareza, há uma estreita conexão entre a ponderação e o modelo de princípios, assim como a categorização pode ser associada ao modelo de regras e ao esquema puramente subsuntivo”.⁵³

⁵² RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.*, p. 236.

⁵³ *Ibidem*, p. 237.

3 CRIMES HEDIONDOS

3.1 Formação Histórica da Lei de Crimes Hediondos

O constituinte, visando conferir uma eficácia plena das leis constitucionais, determina diversas vezes a criação de leis complementares e ordinárias, como no presente caso, em que os crimes hediondos devem ser definidos através de uma lei ordinária.

Reconhecida é, hodiernamente, a supremacia normativa da Constituição Federal no Estado contemporâneo. Destarte, os direitos fundamentais são os liames básicos não apenas da atividade administrativa, mas, do mesmo modo, da legiferante. Não é objeto de dúvida mais sobre a juridicidade e aptidão da eficácia imediata dos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Tal fenômeno autorizou a adoção de uma nova hermenêutica, uma vez que as normas que os definem, estruturam-se de forma diversa daquelas que têm as normas infraconstitucionais. Nesta senda, assinala Glauco Barreira Magalhães Filho:

Com o reconhecimento da supremacia normativa da Constituição no Estado Moderno, os direitos fundamentais são considerados como limite não apenas da atividade administrativa, mas também, da legiferante. Não há, portanto, nenhuma dúvida mais sobre a juridicidade e aptidão de eficácia dos princípios estabelecidos no Estatuto Básico da Sociedade, e esse repositionamento dos direitos fundamentais tornou necessário o surgimento de uma nova hermenêutica, porquanto as normas que os definem, possuem estrutura diferente daquelas que têm as normas infraconstitucionais.⁵⁴

Insta salientar que, em inúmeras situações, o Congresso Nacional não editou as mencionadas leis requeridas pela Constituição Federal, entretanto, no que se refere aos crimes hediondos, em um curto prazo o projeto de lei elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária foi encaminhado pelo Ministro da Justiça ao Presidente da República. Sendo assim, urge explicitar as causas determinantes para a celeridade em que a Lei nº 8.072/90 foi promulgada.

O crime de extorsão mediante sequestro aterrorizava as classes sociais mais ricas, gerando uma grande repercussão nos meios de comunicação como revistas, jornais e redes de televisão. Portanto, a sociedade necessitava de um

⁵⁴ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.** 4^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 31.

maior rigor no combate a esta forma de criminalidade, em que predominava a violência e a sensação de insegurança pela população brasileira.

O sequestro do empresário paulista Abílio Diniz e do publicitário Roberto Medina, este sendo mantido em cativeiro durante 16 (dezesseis) dias, fez com que o Senado aprovasse o projeto de lei em 34 (trinta e quatro) dias, que tramitava em urgência, e a Câmara Federal aprovasse um substitutivo em dois dias.⁵⁵

De acordo com Luiz Guilherme Mendes, a imprensa abordou de forma peculiar uma sensação de medo e impunidade, gerando assim uma concepção de que qualquer pessoa poderia ser vítima do crime de sequestro, até mesmo as classes sociais desprovida de maiores recursos financeiros, haja vista ser este delito praticado, principalmente, nas camadas sociais mais abastadas:

A dramatização que acompanhou a cobertura dos dois casos mencionados serviu, ao que parece, para manter a sensação de disfunção social decorrente desse tipo de crime. O fato das abordagens da imprensa vincularem, quase sempre, ao medo das famílias contribuiu, evidentemente, para a identificação da experiência cotidiana das pessoas com o sofrimento das vítimas, mesmo aquelas com probabilidade estatisticamente irrelevante de vitimização. Isso também convenceu os diversos setores de que o problema do sequestro era realmente grave, o que se relaciona diretamente com os efeitos negativos imaginados pela hipótese de vitimização. Em outras palavras, se qualquer família tinha condições de se colocar no lugar de uma vítima, ou no de alguém, com um parente vitimado por um sequestro, a postulação desse crime como um problema social gozava de sólida credibilidade.⁵⁶

João José Leal defende que o crescimento da quantidade de sequestros influenciou para que os parlamentares alcançassem o quórum necessário para viabilização da Lei de Crimes Hediondos:

Caso não fosse o episódio do grande número de sequestros, que gerou pânico na população nos grandes centros urbanos e, se não fosse também a manipulação político ideológica de tal fenômeno, dificilmente as correntes conservadoras teriam conseguido reunir maioria parlamentar necessária para aprovação desta lei, que endureceu significativa e inutilmente o sistema punitivo brasileiro.⁵⁷

Entretanto, a rapidez com que a lei foi aprovada não demonstra a segurança necessária dos parlamentares à época, ressaltando assim o poder da imprensa ao influenciar a sociedade brasileira e pressionar os políticos nacionais.

⁵⁵ PIMENTEL, Aldenor da Silva. **O Jornalismo e a História da Lei de Crimes Hediondos.** Disponível em: http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/8o-encontro-2011-1/artigos/O_jornalismo_e_a_historia_da_Lei_de_Crimes_Hediondos.pdf/view. Acesso em: 12/05/14.

⁵⁶ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Fábrica de Penas.** Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 100.

⁵⁷ LEAL, João José. **Crimes Hediondos: Aspectos Políticos-jurídicos da Lei 8.072/90.** São Paulo: Atlas, 1996, p. 17.

Resta claro que estes últimos não tiveram o tempo necessário para analisar o projeto e, mesmo assim, não solicitaram um adiamento da votação, tendo em vista a urgência com que a sociedade ansiava por novos esforços no combate ao crime violento. O então deputado Érico Pegoraro afirmou tomar conhecimento do substitutivo através de uma “leitura dinâmica”, enquanto o deputado Plínio de Arruda disse que:

Por uma questão de consciência, fico um pouco preocupado em dar meu voto a uma legislação que não pude examinar. [...] Tenho todo interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo sob ameaça de hoje, à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do sequestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir o adiamento da votação.⁵⁸

Saliente-se ainda a opinião Miguel Reale Júnior, a respeito da celeridade da tramitação do projeto de lei, ao alegar ter sido uma maneira dos políticos responderem aos anseios da sociedade, aprovando assim uma lei sem maiores estudos científicos, o que fica demonstrado pelo aumento da criminalidade, não obtendo êxito as limitações instituídas:

A lei de crimes hediondos, aprovada de afogadilho, foi uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do sequestro de Roberto Medina, sem que o legislador sopesasse as vantagens em matéria de execução de pena das limitações impostas, que quebram o sistema do Código Penal, com a exigência de cumprimento integral da pena no regime fechado, gerando-se uma fera no meio prisional, que não tem nada a perder. O importante, no entanto, é verificar que editada lei mais rigorosa, aumentaram vertiginosamente os sequestros, a mostrar nenhuma correspondência entre a gravidade da pena e redução da criminalidade.⁵⁹

Após quatro anos da criação da Lei de Crimes Hediondos, foi aprovada a Lei nº 8.930/94, principalmente, pela obstinação e persistência da diretora de telenovelas Glória Perez, que teve sua filha assassinada, em dezembro de 1992.⁶⁰

Impende mencionar que, através da sensação de impunidade dos agressores vivida por parte da população brasileira, surgiram organizações informais financiadas por comerciantes ou vítimas de roubo com o objetivo de exterminar os supostos criminosos, tomando para si a função repressora do Estado e originando assim as famosas chacinas da Candelária e Vigário Geral. Portanto, o legislador

⁵⁸ Diário do Congresso Nacional. Edição de 29/06/1990, p. 8.233.

⁵⁹ REALE JÚNIOR., Miguel. **Avanços e Retrocessos: Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 275.

⁶⁰ PIMENTEL, Aldenor da Silva. **O Jornalismo e a História da Lei de Crimes Hediondos.** Disponível em: http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/8o-encontro-2011-1/artigos/O_jornalismo_e_a_historia_da_Lei_de_Crimes_Hediondos.pdf/view. Acesso em: 12/05/14.

incluiu no rol de crimes hediondos os delitos de homicídio praticado em atividade típica de extermínio, ainda que cometido só por um agente e homicídio qualificado.⁶¹

Em 1998, o Laboratório Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. disponibilizou nas farmácias vários lotes do anticoncepcional Microvlar sem princípio ativo, provocando gravidez indesejada em suas consumidoras. As conhecidas “pílulas de farinhas” haviam sido fabricadas para o teste de uma máquina embaladora do laboratório, contudo foram introduzidas no mercado para consumo.⁶²

Sobre o assunto em tela, afirma Antônio Lopes Monteiro que:

Trata-se do escândalo da falsificação dos medicamentos que, de forma bombástica, veio a público pela mídia escrita e falada. Nesse ano, o governo descobriu 138 medicamentos falsos nas prateleiras das farmácias. Era assunto diário nos noticiários, de forma gritante e os jornais a cada dia revelavam outros produtos falsificados, pondo em xeque a credibilidade dos laboratórios e a eficácia de seus remédios. [...] veio à tona o que todos já conheciam, mas que se mantinha, por conveniência ou ineficácia das autoridades ou por ambos os motivos: a ação de quadrilhas bem organizadas e inescrupulosas que se aproveitavam da precária fiscalização para enriquecer, pondo em risco a saúde e a vida da população.⁶³

Com o mencionado caso da “pílula de farinha”, foi promulgada a Lei nº 9.695/98, incluindo entre o rol de crimes hediondos a falsificação, a corrupção, a adulteração e a alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Sendo assim, percebe-se mais uma vez a pressão exercida pelos meios de comunicação ao amedrontar a população com notícias escandalosas e requisitando a intervenção do legislador para resguardar e proteger a sociedade de diversos delitos, como se o Direito Penal fosse a salvação para a punição dos infratores e a extinção dos crimes, conforme preconiza Sandro D’Amato:

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos. Se os cálculos exatos pudessem ser aplicados a todas as combinações obscuras que levam os homens a agir, seria necessário buscar e estabelecer uma progressão de penas que corresponda à progressão dos delitos. O quadro dessas duas progressões seria a medida da liberdade ou da escravidão da humanidade ou da maldade de cada país [...]. Bastará, pois, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades

⁶¹ PIMENTEL, Aldenor da Silva, *op. cit.*

⁶² PIMENTEL, Aldenor da Silva, *op. cit.*

⁶³ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos. Texto, Comentários e Aspectos Polêmicos.** 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

proporcionadas aos crimes e que, especialmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos.⁶⁴

Após a promulgação destas leis que buscam maior severidade no combate ao crime, os clamores da imprensa nacional e da população são atendidos pelo legislador, dando a impressão de que este se encontra atento e disponível para solucionar qualquer problema que aparecer na esfera penal, entretanto, esta não deveria ser a melhor alternativa encontrada para prevenir os mais variados crimes, pois apenas acarreta uma inflação legislativa, gerando assim uma verdadeira desordem punitiva. Saliente-se assim a lição de Damásio de Jesus:

[...] Para tanto, os meios de comunicação tiveram grande influência, dando enorme valor aos delitos de maior gravidade, como assaltos, latrocínios, sequestros, homicídios, estupros, etc. A insistência do noticiário desses crimes criou a síndrome da vitimização. A população passou a crer que a qualquer momento o cidadão poderia ser vítima de um ataque criminoso, gerando a idéia da urgente necessidade da agravação das penas e da definição de novos tipos penais, garantindo-lhe a tranquilidade.⁶⁵

Sabe-se que a intervenção penal deve existir como *ultima ratio* e, antes de tudo, deve haver um controle e uma fiscalização adequados, buscando assim prevenir eventuais crimes e, caso estes venham a ser cometidos, que sejam reprimidos e punidos os responsáveis pelas suas práticas, de acordo com as lições de Antônio Lopes Monteiro:

Assim é que depois de noticiado que mulheres haviam engravidado tomando a pílula falsa, [...] a sociedade civil exigia das autoridades uma tomada de posição enérgica. E, como nas situações anteriores, sequestros e homicídios clamorosos, mais uma vez o direito penal foi chamado a dar uma resposta, como se, rotulando de hedionda esta ou aquela conduta, num passe de mágica, o problema estivesse resolvido.⁶⁶

Sobreleva destacar ainda a falta de rigor científico na ampliação do rol dos crimes hediondos, haja vista que infrações penais com penas maiores como o homicídio simples, dentre outras, não estão incluídas, configurando assim uma desproporcionalidade nesta lei, como salientam Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix:

⁶⁴ NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **O STF, os Crimes Hediondos e a In(constitutionalidade) do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 – Tratamento Jurídico Igual Para os Desiguais?** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-stf-os-crimes-hediondos-e-inconstitucionalidade-do-§-1º-do-art-2º-da-lei-807290---tratame>. Acesso: 10/05/2014.

⁶⁵ JESUS, Damásio E. de. **Sistema Penal Brasileiro: Execução das Penas no Brasil.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sistema-penal-brasileiro-execucao-das-penas-no-brasil>. Acesso em: 10/05/2014.

⁶⁶ MONTEIRO, Antonio Lopes, *op. cit.*, p. 71.

A Lei 9.677/98 contribuiu para desequilibrar ainda mais o desestabilizado sistema de penas do Código Penal. Falsificar substância alimentícia, tornando-a nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo, passa a ser conduta bem mais grave do que ofender a integridade corporal de uma pessoa. Provocar uma intoxicação alimentar ou levar uma pessoa a ingerir um alimento com menor poder nutritivo tem o dobro de gravidade em relação à ação de quem provocou, para uma pessoa, a cegueira ou a deformidade permanente, ou ainda a incapacidade permanente para o trabalho. [...] Por outro lado, falsificar produtos domésticos, saneantes, ou mesmo terapêuticos, provocará uma desproporcionada punição em confronto com o preceito sancionatório previsto para o delito de homicídio simples. Matar constitui fato típico bem menos gravoso.⁶⁷

Em 2007, foi sancionada a Lei nº 11.464, que tinha como principal escopo extinguir a impunidade, diminuindo assim a criminalidade no país. Sua promulgação teve como marco a morte do garoto João Hélio⁶⁸. Dentre suas alterações, concedeu aos acusados a possibilidade de liberdade provisória e impôs o direito à progressão de regime, tendo em vista que antes a pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado.

A mídia nacional passou a dar ampla cobertura aos casos de pedofilia ocorridos, principalmente, pela internet, havendo uma grande divulgação de vários escândalos de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Foi criada até mesmo uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado Federal tratando do tema da pedofilia, que percorreu vários estados para buscar maiores informações a respeito de pessoas que sofreram agressões sexuais, durante a infância e a adolescência.

Por fim, surgiu o delito chamado de estupro de vulnerável praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, deficiente mental ou por quem não pode oferecer resistência, que passou também a ser considerado hediondo, por meio da Lei nº 12.015/09.

⁶⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁸ Um assalto terminou com a morte de um menino de seis anos, João Hélio Fernandes, no dia 07/02/2007, no Rio de Janeiro. Ele não conseguiu sair do veículo levado pelos criminosos e foi arrastado por, aproximadamente, sete quilômetros, durante a fuga dos assaltantes.

De acordo com a polícia, o menino estava no carro com a mãe, quando foram os dois abordados pelos assaltantes, no bairro Osvaldo Cruz. A mãe foi retirada do veículo, mas não conseguiu retirar a criança, que estava no banco traseiro, presa ao cinto de segurança. A irmã do menino e outra pessoa também estavam no carro e conseguiram sair.

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u131469.shtml>. Acesso: 11/05/2014.

3.2 Conceito

O legislador, ao conceituar o que seria crime hediondo, preferiu catalogar em um rol taxativo os crimes que assim deveriam ser definidos⁶⁹, não sendo relevante a forma da conduta praticada pelo agente ou o bem jurídico ofendido, buscando assim evitar uma provável ofensa ao princípio da legalidade. As figuras típicas, portanto, dizem respeito a dados, fatos, elementos e condições que a integram, devendo todas estarem presentes para a configuração criminosa. Como ressalta Marcelo Sales Santiago Oliveira:

Elementares são dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas, cujo desaparecimento faz submergir ou modificar o crime, transformando-o em outra figura típica. Tais circunstâncias e condições, quando não compõem elementares do crime, dizem respeito apenas ao agente que as tem como predicados logo não se comunicam. Cada um responde pelo delito de acordo com suas circunstâncias e condições pessoais.⁷⁰

Nas lições de Antônio Lopes Monteiro, crime hediondo pode ser assim definido:

[...] é simples e tão somente aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no art. 1º da lei. Estamos diante de um grupo de crimes que, embora de objetos jurídicos distintos e de outros elementos de afinidade discutível, têm o mesmo tratamento processual pela simples razão de que a lei assim o quis. Os crimes hediondos são em ‘numerus clausus’.⁷¹

⁶⁹ Art. 1º: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B). (BRASIL. **Lei nº 8.072**: promulgada em 5 de julho de 1990, Vade Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1.057)

⁷⁰ OLIVEIRA, Marcelo Sales Santiago. **Do Concurso de Agentes: Análise Abrangente**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul., 2010. Disponível em:

www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7809. Acesso em: 11/05/2014.

⁷¹ MONTEIRO, Antonio Lopes, *op. cit.*, p. 16.

Caso o conceito de crime hediondo ficasse ao arbítrio do magistrado, ocorreria o mencionado delito sempre que ação do réu fosse de extrema gravidade, podendo ser observado em situações que este demonstra desprezo pela vítima na execução do crime, sem se abalar com qualquer sofrimento físico ou mental, conforme defendido por Zacarias Toron:

Uma possível definição dada a elasticidade do significado da expressão, tornaria possível, ao sabor da formação ideológica ou cultural do juiz, considerar como tal aquilo que assim lhe parecesse. Dessa maneira um juiz de ‘esquerda’ poderia considerar hediondo o roubo do salário de um operário humilde, que trabalhou o mês inteiro para ganhá-lo. Já o de ‘direita’ poderia considerar sórdido o sujeito que teve o desplante de, em artigo de imprensa, atacar as Forças Armadas ou o Judiciário. As dificuldades de se fazer uma definição legal de crime hediondo dizem com a própria dificuldade de se proceder a uma definição material de delito. Não basta a particularidade de a conduta representar um mal ou ser ofensiva a um bem jurídico, se não houver expressa previsão legal da pena. Admitir o contrário daria azo a uma indefinição, quando não a desmedido arbítrio das autoridades policiais e judiciais que, ao seu talante poderiam tratar penal ou processualmente, com maior severidade o acusado. Não se esqueça que a expressão crimes hediondos é portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis critérios axiológicos ou ideológicos.⁷²

Portanto, predominaria uma insegurança jurídica na aplicação da lei, haja vista que não haveria uma definição exata a respeito do que seria um crime hediondo, pois, caso ficasse ao arbítrio do magistrado, prevaleceria uma subjetividade na conceituação destes delitos e, se porventura a Lei de Crimes Hediondos não os enumerasse, persistiria uma insegurança que consiste na própria definição material de delito, conforme ressalta o autor retro mencionado.

Já Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix posicionam-se em sentido contrário ao afirmarem que há uma indefinição no conceito de crime hediondo, pois o legislador não menciona uma noção exata para justificar o que seja um delito hediondo, sendo assim não configura este crime se a conduta for praticada em circunstâncias aterrorizantes e repugnantes, mas sim aqueles que estão disciplinadas na lei, por meio de um rol taxativo:

O texto legal pecou, antes de mais nada, por sua indefinição a respeito da locução ‘crime hediondo’, contida na regra constitucional. Em vez de fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que entendia ser a hediondez do crime, o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão ‘hediondo’, tipos já descritos no Código Penal ou em leis penais especiais. Dessa forma, não é ‘hediondo’ o delito que se mostre ‘repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjecto, horroroso, horrível’, por sua gravidade objetiva, ou por

⁷² TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos – O Mito da Repressão Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 97.

seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador.⁷³

A respeito da definição dos crimes hediondos no ordenamento jurídico brasileiro, o autor Ricardo Andreucci defende a apreciação do caso concreto pelo magistrado e que este aplique a Lei dos Crimes Hediondos quando considerar conveniente e adequada, conforme afirma abaixo ao discorrer sobre o tema em comento:

O adjetivo hediondo constitui elemento normativo do tipo, de caráter cultural, referido a valores e a sentidos, devendo estes serem apreendidos não através de simples capacidade cognoscitiva, como em relação aos descritivos; quanto a eles, necessária particular apreciação do juiz, que se realizará através de uma estimativa axiológica sem parâmetros objetivos definidos, daí por que, mais uma vez, a reserva legal ficará atingida em razão da fluidez e do elastério possíveis. A censura não pode incidir sobre o julgador, que procura adequar o tipo à realidade, mas sobre a regra que tisna o princípio da legalidade, apresentando um conceito poroso.⁷⁴

Dessa forma, o legislador preferiu adotar o critério legal, em que este define quais crimes são hediondos, tendo em conta um rol taxativo. Ao contrário do critério judicial, em que o juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, reconhece ou não a hediondez do delito, sendo assim é o magistrado quem determinar qual crime deverá se enquadrar na lei, baseando-se na gravidade do crime, na maneira como foi executado e na repercussão que gerou na sociedade, aplicando assim as consequências penais e processuais. Já o critério misto é considerado um sistema intermediário, em que haveria um rol exemplificativo e o juiz poderia reconhecer outras hipóteses de crimes hediondos não constantes na relação. Segundo Rogério Sanches e Luiz Flávio Gomes:

Para nós nenhum dos critérios é justo: o primeiro (legal) trabalha somente com gravidade do fato em abstrato, desconsiderando, lamentavelmente, o caso concreto; o segundo (judicial) deixa ao exclusivo império do juiz a análise da hediondez, ferindo, consequentemente, o mandamento da certeza e segurança jurídica (um comportamento tido como hediondo para um juiz pode, nas mesmas circunstâncias, não ser para outro); o terceiro (misto), a exemplo do anterior, não garante a necessária segurança ao cidadão, partindo de exemplos dado pelo legislador, podendo o magistrado encontrar outros casos semelhantes (ignora a taxatividade). Diante desse quadro, sugerimos um quarto sistema, mais justo (e seguro), no qual o legislador, num primeiro momento, enuncia num rol taxativo (por tanto sem

⁷³ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *op. cit.*, p. 166.

⁷⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antunes; DOTTI, René Ariel; REALE JR. Miguel; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Parecer sobre o Projeto de Lei do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a respeito de crimes hediondos.** 1989.

possibilidade de ampliação) os crimes hediondos, cabendo ao juiz apenas conformar, na análise do caso concreto, a hediondez do fato praticado (assim por exemplo, nem todo homicídio qualificado será, em concreto, hediondo).⁷⁵

Sobre o critério legal adotado pela Lei de Crimes Hediondos, Fernando Capez defende que diversos crimes ficaram excluídos da lei, contudo não gera nenhuma dúvida na aplicação da lei pelo magistrado, tendo em vista que estes se encontram enquadrados no rol enumerativo, evitando assim possível arbitrariedade por parte do juiz:

Diante da enumeração taxativa, ficaram excluídos os delitos não indicados na disposição, tais como o sequestro e o roubo qualificado pelo emprego de arma, pouco importando eu em determinado caso concreto essas condutas se revistam de excepcional repugnância. Por outro lado, o sistema legal, por sua própria rigidez, deixou pouco campo para a avaliação discricionária da especial repugnância da conduta no caso concreto: se esta se enquadrar em um dos tipos selecionados como hediondos, quase nenhuma margem interpretativa sobrará para o julgador.⁷⁶

Vale salientar que o legislador, ao enumerar os crimes hediondos em um rol exaustivo, criou uma verdadeira deformidade, haja vista que há crimes socialmente mais repugnantes tratados da mesma forma de crimes considerados menos graves, existindo assim uma desarmonia na inserção de alguns crimes no rol desta lei. Sobre este tema, Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix alegam que:

A falta de um equilibrado balanceamento, na determinação legal das penas, possibilitou punições desproporcionais, incoerentes, absurdas. Assim, a morte, por homicídio qualificado será punível, no mínimo, com doze anos de reclusão; no latrocínio, no mínimo, com vinte anos de reclusão e na extorsão mediante sequestro, no mínimo, com vinte e quatro anos de reclusão. Bastou que a agressão à vida tivesse uma conotação de ordem patrimonial, para que o mesmo fato (morte) provocasse consequências penais tão disformes. [...] Além disso, colocam-se no mesmo nível punitivo quem falsificou produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e quem falsificou produtos cosméticos.⁷⁷

Em conclusão, pode-se observar que a enumeração dos chamados crimes hediondos traz uma maior segurança jurídica para a legislação pátria e até mesmo confere maior garantia ao acusado, tendo em vista que este não se encontra ao arbítrio do juiz. Embora seja necessário que haja uma proporcionalidade na inserção de determinados crimes no mencionado rol taxativo, pois hoje existem delitos que tutelam bens jurídicos socialmente considerados menos relevantes e

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação Criminal Especial.** (Coleção Ciências Criminais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 385.

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 198.

⁷⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *op. cit.*, p. 169.

absurdos que são tipificados por esta lei, enquanto outros mais graves não são vislumbrados.

3.3 Movimento da Lei e da Ordem

O Movimento da Lei e da Ordem surgiu nos Estados Unidos, durante a década de 70, como uma política criminal com o principal escopo de modificar os conhecimentos empíricos nos delitos por meio da repressão máxima e o aumento de leis penais. Defende, portanto, a ideia de que a prisão, a punição e a penalização em larga escala de condutas delituosas são a melhor forma de diminuir as taxas de violência.

Sendo assim, esta corrente afirma que a sociedade está dividida entre as pessoas de boa índole, com ínfima possibilidade de realizarem uma conduta maléfica e outras perversas que, por diversos fatores sociais ou psicológicos, são mais suscetíveis a cometerem determinados crimes.

Dessa forma, a principal função das leis penais é determinar quais são esses dois tipos de agentes e separá-los da sociedade, evitando assim que os incapazes de cometerem delitos se envolvam com aqueles que são aptos a cometerem ações reprováveis pelo ordenamento jurídico, conforme destaca Damásio de Jesus:

Um dos princípios do ‘Movimento da Lei e da Ordem’ separa a sociedade em dois grupos: o primeiro, composto de pessoas de bem, merecedoras de proteção legal; o segundo, de homens maus, os delinquentes, aos quais se endereça toda a rudeza e severidade da lei penal. [...] É o que está acontecendo no Brasil. Cristalizou-se o pensamento de que o Direito Penal pode resolver todos os males que afligem os homens bons, exigindo-se a definição de novos delitos e o agravamento das penas cominadas aos já descritos, tendo como destinatários os homens maus (criminosos).⁷⁸

O Movimento da Lei e da Ordem teve como suporte os principais fatos, a seguir mencionados, que se expandiram nas décadas de setenta e oitenta: aumento do tráfico de ilícito e de drogas afins; crescimento da criminalidade que vitimizava as camadas sociais mais altas, como sequestros e roubos a bancos; expansão do crime organizado; conceito reducionista de violência ao confundir este com criminalidade; e difusão de uma sensação de insegurança pelos meios de comunicação social.

⁷⁸ JESUS, Damásio E. de, *op. cit.*

Para Luís Arthur Pantano, este movimento teve extrema influência na criação da Lei nº 8.072/90, buscando exercer uma política repressora, que se mostra inadequada, além de gerar uma sensação de insegurança e medo na sociedade, conforme ressalta:

Esse contexto político-social influenciou sensivelmente o legislador na Lei n. 8.072/90, condicionando-o a adotar uma política criminal altamente repressora e que visasse, mesmo que ingenuamente, a redução da violência alarmante por que passava a população e que causava nesta um sentimento coletivo de pavor e insegurança.⁷⁹

Resta clara a grande influência exercida pelos meios de comunicação ao aterrorizar a população com notícias sobre as mais diversas brutalidades ocorridas no país, surgindo assim a Lei de Crimes Hediondos, gerando uma resposta penal amplamente repressiva para tentar tranquilizar a população brasileira.

A mencionada lei teve como um de seus objetivos tranquilizar a população brasileira por meio de uma política de maior repressão penal, tornando assim inviável a edição de novas leis que vão de encontro aos interesses dos governantes e dos princípios do Movimento da Lei e da Ordem:

A Lei de Crimes Hediondos consolidou-se como uma fonte inesgotável de projetos de lei destinados a satisfazer a opinião pública, dirigindo a produção legislativa penal com força tamanha que praticamente elimina a viabilidade política da apresentação de um projeto de iniciativa parlamentar que vá contra os pressupostos da lei e da ordem.⁸⁰

Em seu turno, Ferdinand Lassalle, ao tratar do assunto, afirma que a mídia conduziu a sociedade de uma forma marcada pelo radicalismo, em que possíveis alterações legislativas somente serão cabíveis na busca de um maior rigor repressivo, haja vista que a violência é diariamente explorada pela imprensa e, caso haja um ínfimo abrandamento na legislação criminal, será extremamente criticado pelo opinião pública:

Os crimes provocaram um medo difuso nacional, acompanhado de desconfianças para com a competência dos órgãos de controle social, e assim a atuação do mecanismo de pressão social alterou a posição político-criminal, expressa por radicalismo e passionalidade, a condução da opinião pública pela mídia que, a partir do momento em que o fenômeno da violência é explorado politicamente pelos meios de comunicação, conduz a

⁷⁹ PANTANO, Luís Artur Ferreira. **Lei dos Crimes Hediondos e Liberdade Provisória: Fundamentos Constitucionais e Entendimentos Jurisprudenciais**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007, p. 101.

⁸⁰ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de, *op. cit.*, p. 107.

sociedade a uma postura de reação e de exigências por medidas mais repressivas a fim de restabelecer a lei.”⁸¹

Dessa forma, o legislador brasileiro, ao perceber a comoção social gerada, principalmente, pelos meios de comunicação e buscando satisfazer os anseios, a paz social e a sensação de segurança, promulgou a Lei dos Crimes Hediondos, suprimindo assim direitos e benefícios garantidos aos réus que são encontrados no ordenamento penal, sem analisar as particularidades de cada caso concreto.

Percebe-se assim que o legislador não deu preferência ao princípio da individualização da pena, demonstrando seu interesse apenas em reprimir aquilo que estava sendo noticiado na imprensa brasileira. Vale citar as palavras de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix ao tratar deste assunto:

[...] A improvisação, o caos, a carência de rigor científico, o conúbio com os meios de comunicação social, a preocupação em dar uma tutela penal fortemente antecipada geraram o uso simbólico do Direito Penal e proclamaram a atuação do controle penal em nome de um eficientismo que só tem cabimento ao preço da violação de garantias fundamentais, formais ou substanciais. A hipertrofia de delitos provocada pela massa imensa e confusa de normas penais põe em xeque a própria validade e a coerência da legislação penal como um sistema coordenado de proibições e de punições, impondo-se de forma cada vez mais nítida a necessidade de colocar-se um freio à frenética capacidade repressiva do legislador.⁸²

Em relação ao conceito reducionista de violência, vislumbra-se que este reduz violência a crime ao deixar em segundo plano o caráter violento de outros fatos cotidianos de enorme gravidade, como a corrupção, a miséria, a fome, dentre outros, gerando assim uma sensação de insegurança e tensão que os governantes buscam solucionar por meio de uma intervenção penal, como se fosse a melhor alternativa. Saliente-se a opinião de João Marcelo Araújo Jr. ao afirmar que o crescimento da criminalidade:

[...] é apresentado pela *mass media* e por alguns políticos, como um fenômeno aterrador que gera insegurança, consequência do trato benigno que a lei dispensa aos criminosos e que, portanto, não a respeitam. Essa propaganda massiva de fatos aterrorizantes provoca na população um verdadeiro estado de pânico, do qual se aproveitam os movimentos políticos, geralmente autoritários, para apresentar-se como possuidores de fórmulas infalíveis contra a onda criminosa.⁸³

⁸¹ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Ed. Lumen Juris. 2008.

⁸² FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *op. cit.*, p. 179.

⁸³ ARAUJO JR., João Marcelo. **Os Grandes Movimentos Atuais de Política Criminal. Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre, 1988, n. 9, p. 145.

Pode-se afirmar que o Brasil vivencia um processo em que o legislador preocupa-se em editar leis penais simbólicas, haja vista que estas trazem uma sensação de alívio e paz, demonstrando ainda o empenho dos governantes em punir os crimes aqui cometidos. Entretanto, a sociedade encontra-se vedada pelo Estado, através de uma falsa impressão de segurança, pois os índices de criminalidade alarmantes provam justamente o contrário.

Dessa forma, sobreleva destacar a crítica ao Movimento da Lei e da Ordem feita por Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix, ao defenderem que esta é baseada em suposições falsas, pois a humanidade mostra-se heterogênea e diversificada, não havendo um lado bom e outro mau, tendo em vista que todos estão suscetíveis a cometerem delitos, estando no livre arbítrio de cada pessoa querer praticá-los ou não:

O Movimento da Lei e da Ordem apoia-se, contudo, em premissas faltas. Não é mais possível concordar com a afirmação de que o comportamento delitivo constitui o mal e a sociedade, o bem, de modo que a sociedade, para sua própria sobrevivência, teria de pôr fim ao crime. [...] A ordem social é, na sua estrutura, pluralista, conflituosa, antagônica, não monolítica, nem consensual. Não é, portanto, um todo harmônico, unitário [...]. Não há como fugir à conclusão de que o crime se caracteriza como um comportamento desviado, porém, normal, a outra face da lei, a sombra inevitável da convivência humana. Pode-se, destarte, afirmar que o delito é uma conduta que pode ser identificada em qualquer segmento da pirâmide social, não sendo manifestação exclusiva ou privativa de classes sociais menos favorecidas.⁸⁴

Sendo assim, criar novas leis simplesmente para diminuir a pressão da sociedade contra os altos índices de criminalidade, conforme a seguir analisado, que se vivencia no Brasil não basta, haja vista que, inicialmente, deve haver o cumprimento das garantias já disciplinadas pela Constituição Federal, bem como novos investimentos em tecnologia preventiva, maior preparação da Polícia no combate ao crime, união da sociedade com os governantes para criação de novas políticas de repreensão, dentre outras alternativas, pois o Direito Penal deve ser considerado a *ultima ratio*, ou seja, apenas quando esgotadas as outras vias de repreensão à criminalidade é que se deve buscar uma modificação nas leis penais

⁸⁴ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *op. cit.*, p. 150.

3.4 Análise das Estatísticas do Impacto da Lei de Crimes Hediondos nos Índices de Criminalidade

Nesta senda, cumpre verificar o comportamento estatístico dos delitos hediondos, antes e depois da promulgação da Lei nº 8.072/90, aferindo assim se o comportamento estatístico dos referidos crimes foi ou não compatível com a tendência projetada antes da edição da Lei, qual seja a inibição da prática dos delitos, sendo este o argumento principal dos políticos na aprovação do projeto que resultou na edição da mencionada Lei.

Portanto, vale citar uma pesquisa realizada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD/Brasil⁸⁵ para avaliar os impactos gerados pela Lei nº 8.072/90 nos índices oficiais de criminalidade, determinando assim sua eficácia como instrumento de política criminal.

Na elaboração da referida pesquisa, os dados estudados foram coletados, no estado do Rio de Janeiro, na Assistência de Estatística da Polícia Civil (ASPLAN/PCERJ), no Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana (NECVU), da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto de Segurança Pública (ISP – NuPESP) e no Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC), da Universidade Cândido Mendes.

Dessa forma, cabe destacar os dados referentes aos crimes de homicídio, latrocínio e estupro, no estado do Rio de Janeiro. No ano de 1988, foram praticados 6.023 homicídios, 8.408 (em 1994) e 6.994 (em 2002). Já em relação ao latrocínio, foram praticados 187 (em 1988), 223 (em 1994) e 201 (em 2002). Por fim, vale ressaltar a quantidade de estupros, 1.204 (em 1988), 961 (em 1994) e 1.198 (em 2002).

Em seu turno, no estado de São Paulo, os dados são baseados nas estatísticas da Secretaria de Segurança Pública (SSP) e da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados e Estatística (SEADE). Sendo assim, sobreleva destacar os crimes de homicídio, latrocínio e sequestro. No ano de 1996, percebe-se a prática de 10.447 homicídios, 12.595 (em 2000) e 10.953 (em 2003). Em 1996,

⁸⁵ FIGUEIREDO; Isabel (Coord. Geral). **A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal.** São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/torviolpolist/RelILANUD.pdf>. Acesso em: maio de 2014.

foram cometidos 524 latrocínios, 724 (em 2000) e 540 (em 2003). Já o número de sequestros foi de 12 (em 1996), 291 (em 2000) e 118 (em 2003).

Por sua vez, não se constata, ao analisar os dados referentes à prática dos delitos hediondos, uma redução ou inibição da quantidade destes, haja vista que, mesmo após a edição da Lei de Crimes Hediondos, não há um comportamento que aponte tendência permanente de queda ou estabilização das ocorrências. Portanto, insta salientar as palavras de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix ao tratar deste assunto:

Os demais crimes catalogados como hediondos tiveram uma posição de relativa estabilidade. Ora, se isso ocorreu após a Lei de Crimes Hediondos, poderiam alguns analistas creditar essa relativa estabilidade a uma influência positiva da referida lei. Quando se examinam, no entanto, as estatísticas correspondentes aos anos que antecederam à Lei de Crimes Hediondos, imediata é a conclusão de que a incidência de certos delitos já era estável naquela época. Destarte, se a Lei de Crimes Hediondos representou uma perfeita inutilidade, no que tange a alguns crimes, que tiveram aumentada sua incidência; de outro, denotou, em relação aos mais representativos crimes etiquetados como hediondos, uma absoluta desnecessidade na medida exata em que não serviu para interferir na demarcada linha de estabilidade, tanto em relação à quantidade de delitos executados antes, como no tocante aos realizados depois de sua promulgação.⁸⁶

Certamente, não há como supor que a quantidade de crimes varie apenas de acordo com a edição da Lei nº 8.072/90, haja vista existirem outros fatores, como sociais, econômicos e psicológicos, que exercem igual ou maior influência sobre a decisão do indivíduo de cometer ou não um delito. Entretanto, na análise em comento, vale destacar somente a influência da Lei dos Crimes Hediondos na redução ou inibição na prática de infrações penais. Ressalte-se mais uma lição de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix ao discorrer sobre o tema:

Sua existência, sob todo e qualquer ângulo, constitui algo totalmente indiferente: tivesse ou não sido elaborada, os índices percentuais, em relação aos referidos crimes teriam da mesma forma crescido porque não se levou em conta, em momento algum, as causas dessas infrações penais. A Lei de Crimes Hediondos, por representarmediocremente o papel de legislação penal de propósitos meramente simbólicos, não permitiu em momento algum provocar a redução dos crimes hediondos ou assemelhados a níveis toleráveis. [...] A Lei de Crimes Hediondos prestou tão somente para transmitir à opinião pública a ideia ilusória de que, com o controle penal, os delitos deixariam de ser praticados. Mas, sem atingir nenhum resultado sério nesse sentido, serviu para o desmonte irreversível

⁸⁶ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *op. cit.*, p. 819.

do sistema punitivo no direito penal brasileiro e, mais do que isso, para lesar fortemente direitos processuais já consagrados em nível constitucional.⁸⁷

Embora o objetivo da referida lei seja essencialmente inibitório, pode-se afirmar que o criminoso, quando atua impulsivamente, não arca com as consequências de sua conduta, motivo pelo qual se considera que o maior rigor disciplinado pela mencionada lei não é elemento determinante para a prática criminosa nessas situações.

Cumpre ainda avaliar a efetiva concretização da proposta trazida pela Lei de Crimes Hediondos, tendo em vista a perspectiva dos indivíduos condenados pelo cometimento destes delitos, permitindo assim demonstrar em que medida a Lei nº 8.072/90 interfere nas condutas individuais, antes do cometimento de um crime e durante a execução da pena.

Portanto, o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD/Brasil promoveu diversas entrevistas em penitenciárias, em São Paulo e no Rio de Janeiro, com condenados pela prática de crimes hediondos e foi observado o seguinte:

As entrevistas nos permitiram constatar que a Lei de Crimes Hediondos é muito comentada nos presídios, tanto pelos condenados por este tipo de crimes, quanto pelos demais. Os presos conhecem a Lei dos Crimes Hediondos, embora, em geral, só tenham tomado conhecimento dela quando já estavam no sistema carcerário.

Ou seja, mesmo após o alarde da promulgação da Lei, que se repetiu após cada uma das inserções de novos delitos dentre o rol de crimes hediondos, nos parece que não houve uma real assimilação acerca do seu significado.⁸⁸

Neste sentido, vale mencionar parte de uma entrevista realizada pelo ILANUD/Brasil com um homem, na idade de 38 anos, que teve a identidade preservada:

(...) Pra quem vive nessa vida, pode ser hediondo aí 10 vezes mais perigoso, mais forte, mais cadeia, mais severo (...) pela convivência que eu tive com esse povo, com essas pessoas, elas não param. Qualquer lei que colocar o crime não para (...).⁸⁹

Assim, percebe-se uma verdadeira legislação simbólica, principalmente no âmbito do Direito Penal, em que o legislador adota medidas punitivas mais

⁸⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *op. cit.*, p. 814.

⁸⁸ FIGUEIREDO; Isabel (Coord. Geral), *op cit.*

⁸⁹ *Ibidem*

severas, criminaliza diversas condutas e diminui as garantias fundamentais, preocupando-se de forma ínfima com conscientização da sociedade, com melhorias em educação e com a implantação de políticas públicas que previnam e reduzam a quantidade de infrações penais.

Destaquem-se as palavras de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix:

Enquanto, nos demais ramos do Direito, navega-se com desenvoltura no mar da desregulamentação, da deslegalização e da desconstitucionalização, adota-se, no Direito Penal, rumo inverso. Criminalizam-se novas condutas; exacerbam-se as sanções de tipos já formulados; relativizam-se princípios constitucionais relevantes com o emprego deliberado de conceitos indeterminados, ambíguos ou porosos; exclui-se ostensivamente o princípio da culpabilidade; amplia-se a área de interferência da Polícia no campo judicial; alargam-se desmesuradamente as medidas de cautela; reduzem-se as garantias processuais e, em especial, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao acusado a carga probatória de sua inocência.⁹⁰

Conclui-se assim que a melhor forma de combater o crime não é por meio da extirpação dos criminosos da nossa sociedade, e sim a busca por uma sociedade igualitária e tolerante, em que predomine a educação de qualidade, bem como políticas de prevenção e infraestrutura adequadas, investimentos em tecnologias de repreensão ao crime e melhor preparação de policiais, pois não basta a edição de leis penais severas, se não houver tolerância e amor ao próximo.

⁹⁰ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *op. cit.*, p. 802.

4 LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIMES HEDIONDOS

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XLIII, disciplina que, “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos [...].”⁹¹ Por sua vez, há um expresso mandamento constitucional vedando a concessão de fiança para os crimes hediondos e equiparados, sendo assim cabe esclarecer a respeito da possibilidade da concessão de liberdade provisória sem fiança para os delitos considerados hediondos.

Eugênio Pacelli afirma que a redação do artigo acima mencionado foi infeliz, ao preconizar alguns crimes como inafiançáveis, e que houve um manifesto equívoco constitucional, tendo em vista que não estabelece medidas cautelares mais rigorosas para estes crimes e traz duas severas críticas para embasar o seu posicionamento:

Primeiro, porque, se o objetivo era *impedir* a liberdade provisória daquele que fosse preso e acusado pela prática de tais delitos, a escolha não foi só, mas *tola*; é o próprio constituinte quem afirma que *ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial* (ressalvado o flagrante, é óbvio!), o que veda, de modo absoluto, a prisão como decorrência de ato *normativo abstrato* (Lei ou Constituição). As incompatibilidades do texto constitucional em matéria penal e processual penal se resolvem em favor do sistema de garantias individuais! Nem o constituinte é onipotente ou divino!

Segundo, se o objetivo era o estabelecimento de um regime de liberdade *mais gravoso* para os autores de crimes mais graves, não se deveria fazer alusão à inafiançabilidade, cujo sentido, desde o ano de 1977 (Lei nº 6.416), se reporta apenas à proibição da aplicação da liberdade provisória mediante fiança, não impedindo, a restituição da liberdade mediante o comparecimento aos atos do processo, conforme a antiga redação do art. 310, parágrafo único, CPP.⁹²

Em sua redação original, a Lei dos Crimes Hediondos⁹³ vedava expressamente tanto a fiança, como o instituto da liberdade provisória, gerando intenso debate acerca da constitucionalidade desta determinação legal, haja vista que a Constituição Federal diferencia os institutos da fiança e da liberdade provisória

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, *op. cit.*, p. 10.

⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *op. cit.*, p.524.

⁹³ Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
II - Fiança e liberdade provisória.

no art. 5º, inc. LXVI, ao dispor que, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”⁹⁴.

Portanto, pode-se afirmar que liberdade provisória é o gênero, enquanto fiança é considerada espécie, pois se divide a liberdade provisória em duas modalidades, quais sejam, com e sem fiança, conforme as lições de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix:

“Por outro lado, não há possibilidade de confusão, em nível constitucional e, por via de consequência, na legislação ordinária entre os conceitos de liberdade provisória e fiança. O inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal é de clareza solar: ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’. O texto constitucional deixa à mostra, para quem quiser ler, que o instituto da liberdade provisória tem uma aérea de significado bem mais extensa do que a fiança, na medida em que guarda aplicabilidade em relação à infração penal que não comporta fiança. E nisso o legislador constituinte seguiu à risca a doutrina brasileira. Não obstante ocorra ‘a relação entre gênero e espécie’ entre a liberdade provisória e a fiança, não há possibilidade de fundir ou de confundir os dois conceitos. Daí a possibilidade de liberdade provisória até mesmo nos casos em que a infração penal seja inafiançável.”⁹⁵

Dessa forma, com a promulgação da Lei nº 11.464/07, dentre inúmeras modificações na Lei de Crimes Hediondos, foi suprimida a expressão “liberdade provisória”, no art. 2º, inc. II, que vedava a concessão deste instituto, com a justificativa de que a reforma teve como escopo desafogar o sistema carcerário e sedimentar o entendimento de que a prisão cautelar deve ser decretada apenas em último caso.

Insta salientar que parcela da doutrina considera a supressão da mencionada expressão apenas uma forma de abolir uma redundância que havia na legislação infraconstitucional, tendo em vista que a Constituição Federal já vedava a liberdade provisória e, portanto, não deveria haver palavras ou expressões desnecessárias e redundantes na Lei nº 8.072/90, conforme defende Charles Machado:

A Lei 11.464/07, ao retirar a expressão ‘e liberdade provisória’ do art. 2º, inc. II, da Lei 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual, pois constituía redundância a “proibição da liberdade provisória e fiança”. Logo, a Lei 12.403/2011 ao estabelecer, na nova redação do art. 323 do CPP, que são inafiançáveis os crimes de racismo; tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; bem como nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a

⁹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁵ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *op. cit.*, p. 685-686.

ordem constitucional e o Estado Democrático, não precisaria dizer que eles são insuscetíveis de liberdade provisória, pois incorreria em nova redundância.⁹⁶

Importante mencionar a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 104.337, em que a Ministra Relatora Cármem Lúcia se posiciona no sentido da constitucionalidade da proibição da liberdade provisória, pois a expressão “e liberdade provisória” demonstra apenas uma redundância, tendo em vista que a Constituição Federal já veda liberdade provisória com fiança para os crimes hediondos, ressaltando ainda que a presença de determinados pressupostos subjetivos para concessão do benefício, como emprego lícito, residência fixa e família constituída não impedem a manutenção do cárcere:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII); Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu ao comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão ‘e liberdade provisória’ do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual. A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável à espécie vertente. [...]. 4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Paciente, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar. Precedentes. 5. Ordem denegada.⁹⁷

Dessa forma, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal defende ser inviável conceder liberdade provisória sem fiança, tendo em vista ser um crime

⁹⁶ MARTINS, Charles Emil Machado. **Crimes Inafiançáveis: Uma Interpretação da Lei nº 12.403/11 à Luz da Jurisprudência do STF.** Disponível em:
www.jus.com.br/artigos/19476/crimes-inafiancaveis-uma-interpretacao-da-lei-n-12-403-11-a-luz-da-jurisprudencia-do-stf. Acesso em: 11/05/14.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 104.337 PE. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. **Órgão Julgador: Primeira Turma**, Brasília, 2011.

inafiançável, portanto, não há possibilidade de se decretar o que seria considerado o mais, aquilo que é mais fácil de se obter, que seria a liberdade provisória por meio da fiança, quanto menos a liberdade provisória sem fiança.

Acerca da tese doutrinária que defende a constitucionalidade da vedação à concessão do instituto em comento, Fernando Capez menciona que a Constituição Federal não demonstra nenhum empecilho à manutenção do indiciado na custódia cautelar, além de ter restringido outras garantias, como a graça, a anistia e a fiança, portanto os crimes hediondos podem perfeitamente ter a aplicação do benefício da liberdade provisória restrinida de forma abstrata para os delitos preconizados na Lei nº 8.072/90, haja vista ter sido essa lei criada justamente para punir com maior rigor e severidade:

Para uma segunda corrente (da doutrina), essa vedação legal não conteria qualquer vício de inconstitucionalidade. Assim, afirma-se que a Constituição não impediria, em momento algum, que o legislador infraconstitucional proibisse a concessão de liberdade provisória, principalmente para crimes que considerou de especial gravidade e para os quais vedou a anistia, a graça e a liberdade provisória vinculada (mediante fiança). [...] Dessa forma, para os adeptos dessa corrente de pensamento, os crimes hediondos e equiparados seriam insuscetíveis de liberdade provisória, sem que tal vedação pudesse ser considerada inconstitucional.⁹⁸

Entretanto, se a intenção do legislador constituinte, ao caracterizar os crimes hediondos como inafiançáveis, era vedar também a liberdade provisória, deveria expressamente fazê-lo. Todavia, não se pode inferir isto da legislação constitucional, nem há possibilidade de interpretar extensivamente o dispositivo que trata da inafiançabilidade, tendo em vista tratar-se de um direito à liberdade do agente, considerado constitucionalmente uma garantia fundamental.

A Lei nº 11.464/07 não objetivou eliminar do texto legal palavras desnecessárias, supérfluas, mas apenas recolocar o texto da Lei de Crimes Hediondos em sintonia com a Constituição Federal.

Renato Marcão afirma que, caso seja constitucional a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos, o correto deveria ser decretar a inconstitucionalidade do art. 310, do Código de Processo Penal, por serem estes incompatíveis, conforme alega:

Dessas reflexões, resultam duas vertentes possíveis: 1^{a)} ou se reconhece, definitivamente, a possibilidade de liberdade provisória, sem fiança, em

⁹⁸ CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 226.

relação a todos os crimes inafiançáveis; 2^a) ou se reconhece a constitucionalidade do inciso II do artigo 310 do CPP.

A primeira linha de pensamento é a acertada, conforme procuramos evidenciar nas reflexões expostas.

Por outro vértice, sustentar que a inafiançabilidade tratada expressamente na Constituição Federal também significa vedação à liberdade provisória sem fiança implicará reconhecer a constitucionalidade do novo artigo 310 do CPP quando determina que ninguém permanecerá preso cautelarmente se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva.⁹⁹

Insta salientar que, com a reforma da Lei nº 12.403/2011, o legislador introduziu a possibilidade de o magistrado impor diversas medidas cautelares ao conceder a liberdade provisória para o acusado, devendo ser analisado cada caso concreto. Ressalte-se assim o caráter de medida de exceção da prisão provisória, não devendo esta ser proibida em nenhuma lei infraconstitucional.

Impende transcrever as lições de Rogério Lauria Tucci ao afirmar que a legislação infraconstitucional viola o direito de liberdade constitucionalmente assegurado ao determinar o encarceramento prévio do agente, sendo, por sua vez, a edição de leis restritivas desta garantia fundamental inconstitucional, pois a Constituição disciplina apenas a inafiançabilidade de determinados crimes, e não o instituto da liberdade provisória:

Não obstante, em princípio caiba à legislação ordinária estabelecer quais as infrações penais afiançáveis e quais as inafiançáveis, o legislador constituinte brasileiro elevou à eminência constitucional a declaração de inafiançabilidade de especificados crimes (incs. XLII, XLII e XLIV do art. 5º), ao tempo em que determinou o não encarceramento prévio, no caso de a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança (LXVI), tendo, portanto, a liberdade provisória, inerente ao *ius libertatis*, como direito fundamental do membro da comunhão social envolvido numa *persecutio criminis*. Desse modo, resta vedado ao legislador infraconstitucional qualquer ampliação das normas constitucionais, sempre de caráter restritivo, por afetarem, declaradamente, o direito de liberdade do indivíduo. Se o fizer, como aconteceu com a malfadada Lei 8.072/90, obrará com o vício da constitucionalidade.¹⁰⁰

Caso haja a prisão em flagrante de agente acusado por crime hediondo e não estejam presentes as hipóteses cabíveis da preventiva, o agente não deve ser preso, tendo em vista que não subsiste no ordenamento jurídico brasileiro a prisão preventiva compulsória ou obrigatória, que é imposta independentemente de

⁹⁹MARCÃO, Renato. **O Ordenamento Jurídico Não Admite Preventiva Compulsória**. Disponível em: www.conjur.com.br/2011-ago-17/ordenamento-juridico-nao-admite-prisao-preventiva-compulsoria. Acesso em: 12/05/14.

¹⁰⁰TUCCI, Rogério Lauria. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 84.

qualquer condenação ou da análise de casos concretos¹⁰¹, sendo assim necessária a concessão de liberdade provisória sem fiança, até mesmo cumulada com outras medidas cautelares restritivas elencadas no art. 319, do Código de Processo Penal.

Aqui se mostra ajustado transcrever os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci ao afirmar que o mais adequado seria o juiz fundamentar sua decisão quando fosse manter o acusado na prisão, seguindo assim uma lógica e uma uniformidade na aplicação da lei para todos os indiciados, não sendo correta a privação da liberdade destes baseada na prática de certos crimes:

[...] o ideal é exigir sempre do magistrado, nos crimes considerados mais graves, uma decisão fundamentada para manter o acusado preso ou solto. Enfim, o correto é exigir uniformidade de raciocínio e de aplicação da lei processual penal a todos os indiciados e acusados, não sendo cabível vedar a liberdade provisória, única e tão somente porque o agente foi preso em flagrante, pela prática de determinados delitos.¹⁰²

Saliente-se que não cabe a liberdade provisória com fiança, pois, conforme acima mencionado, a Constituição Federal e a Lei de Crimes Hediondos vedam expressamente a concessão de fiança, disciplinando estes crimes como inafiançáveis.

Sobre o tema em comento, Fernando Capez defende que, quando ausentes as hipóteses que autorizam a prisão preventiva, é perfeitamente cabível a concessão do instituto da liberdade, não devendo ser imposta a prisão cautelar nas circunstâncias em que o acusado não oferece ameaça à ordem pública ou econômica, ao andamento processual ou à aplicação da legislação penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria:

Muito embora o crime continue inafiançável, o condenado por crime hediondo [...], que for preso provisoriamente, poderá obter o benefício da liberdade provisória, caso não estejam presentes os pressupostos para a manutenção de sua segregação cautelar. Assim, somente se admitirá que o acusado permaneça preso cautelarmente quando estiverem presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva. [...] Quando não ocorrer nenhuma dessas hipóteses, não se vislumbra a existência de *periculum in mora* e não se poderá impor a prisão processual.¹⁰³

¹⁰¹ FIGUEIREDO, Gabriel Andrade. **Proporcionalidade e a Prisão Preventiva Compulsória: o STF e a Não Recepção do art. 81 da Lei 6.815/81.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24736/proporcionalidade-e-prisao-preventiva-compulsoria-o-stf-e-a-nao-recepcao-do-art-81-da-lei-6-815-80/1>. Acesso em: 15/05/14.

¹⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 653.

¹⁰³ CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 226.

Caso seja decretada a prisão preventiva, sem o enquadramento das hipóteses encontradas na legislação penal, após a prisão em flagrante do agente acusado de crime hediondo, percebe-se que houve uma antecipação da pena, tendo em vista que o cárcere está desprovido da natureza cautelar, visando atender ao clamor público e aos interesses sociais, fugindo assim do princípio do devido processo legal.

Em relação princípio da proporcionalidade, Gabriel Figueiredo salienta que a vedação à liberdade provisória atende ao requisito adequação da segurança pública, contudo resta ausente o elemento de necessidade da manutenção da custódia para todas as circunstâncias de crimes hediondos, pois existem outras formas de proteger a sociedade, evitando assim o cárcere para o acusado, quando não for necessário no caso concreto, analisado pelo juiz, e não por meio de uma antecipação de valores, disciplinada pelo Poder Legislativo:

Para que se faça um exame à luz do Postulado da Proporcionalidade, deve-se promover o exame dos três subelementos que lhe integram, destacados no começo deste trabalho. Primeiro plano, **Adequação**. Questionar-se-ia: a vedação em abstrato da **liberdade** provisória é apta a promover a **segurança**? Forçoso seria reconhecer que sim. O meio se adequa ao fim, tendo em vista que é apto a **realizar** [...] o valor **segurança**. No segundo plano, ter-se-ia a **Necessidade**: dentre todos os meios a disposição e de igual eficácia, há algum outro apto a promover o valor segurança, que importe menor restrição ao direito de liberdade em abstrato? Por óbvio que sim. A medida é extrema e desnecessária. Ela não mitiga o direito a liberdade; ela simplesmente o extirpa. É claro que a **segregação provisória compulsiva** é um meio apto a promover o fim **segurança**. Mas, assim como ela, há outras medidas aptas a promover o mesmo fim, sem o custo social de vedação absoluta do fundamental direito à liberdade. Claro, é possível que, **no caso concreto**, ela seja necessária; mas caberá ao magistrado, na trinchera dos fatos, dizer se é ou não. Não cabe ao Poder Legislativo fazer essa antecipação de valor em totalmente detimento ao direito de liberdade.¹⁰⁴ (destaques do autor)

Diversos crimes são praticados com exacerbados níveis de violência, causando grande impacto na opinião pública, porém não se deve permitir que o legislador atue arbitrariamente ao vedar de forma genérica e universal a liberdade provisória, proibindo a análise do juiz em cada caso concreto na aplicação do referido instituto.

Sobre a constitucionalidade da disposição legal que proibia expressamente a liberdade provisória, Fernando Capez cita o seguinte posicionamento doutrinário defensor de que a ausência de disciplina legal acerca da

¹⁰⁴ FIGUEIREDO, Gabriel Andrade, *op. cit.*

liberdade provisória sem fiança seria inconstitucional, tendo em vista que o legislador infraconstitucional estaria editando novas situações restritivas do direito à liberdade constitucionalmente assegurado, bem como retiraria do magistrado a possibilidade de conceder o benefício, interferindo assim na função jurisdicional e ferindo o princípio da separação dos poderes, haja vista que juiz não poderia proferir determinado benefício no caso concreto por causa de uma proibição genérica:

Parte da doutrina alegava que a proibição da liberdade provisória era inconstitucional, pois o constituinte só proibiu a concessão de fiança, nada falando a respeito da liberdade provisória desvinculada. Assim, não poderia o legislador criar, no silêncio constitucional, novas hipóteses restritivas do direito de liberdade. Além disso, não caberia ao legislador, ‘de antemão’, proibir a liberdade provisória para todos os crimes, uma vez que isso retiraria do juiz a discricionariedade para analisar cada caso concreto. O legislador estaria interferindo em atividade típica do Poder Judiciário, que ficaria, assim, tolhido em sua atuação jurisdicional. Dessa forma, mesmo que, em determinado caso, o juiz entendesse que o réu faria jus à liberdade provisória, estaria proibido pelo legislador de conceder o benefício. Haveria, portanto, no entender dessa corrente, ofensa ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CF.¹⁰⁵

A legislação infraconstitucional pode vedar a liberdade provisória em hipóteses que observem cada circunstância concreta, entretanto, a não concessão deste benefício de forma genérica e absoluta para determinados crimes é completamente inaceitável e em desacordo com a Constituição Federal.

Portanto, percebe-se que o princípio do devido processo legal resta violado, caso a prisão provisória esteja presente em todas as situações disciplinadas pela Lei de Crimes de Hediondos, até mesmo quando não há necessidade, ausentes os procedimentos que justifiquem a aplicação desta medida cautelar.

Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix argumentam que o princípio da presunção de inocência, bem como outros princípios constitucionais não contrariam a inafiançabilidade de determinados delitos e alegam que estes postulados ainda proíbem a vedação à liberdade provisória, haja vista que não deve existir na legislação infraconstitucional uma presunção da necessidade de prisão:

Não encontra também a mínima razoabilidade o argumento de que, se a presunção de inocência ou *qualquer outro dispositivo constitucional referente à liberdade individual* fosse idôneos a neutralizar o inciso XLIII do art. 5.º da Constituição Federal, tal dispositivo constitucional se tornaria *mera letra morta*. [...] Ora, não parece, no caso em exame, que, em verdade, exista um conflito entre a presunção de inocência ou *qualquer outro dispositivo constitucional referente à liberdade individual*, de um lado, e o inc. XLIII do art. 5.º, de outro. Antes de tudo porque um comando

¹⁰⁵ CAPEZ, Fernando, *op., cit.*, p. 223.

constitucional de criminalização de determinadas condutas – hipótese do inc. XLIII do art. 5º - não se equipara, de forma alguma, a um princípio constitucional. Depois porque tal comando criminalizador, ao contrário do que foi afirmado, não autoriza o legislador ordinário – que, por sinal, é seu destinatário – a arrostar os princípios constitucionais de primeira grandeza, como os do devido processo legal, da presunção de inocência ou da liberdade provisória, com ou sem fiança, que, interpretados de forma harmônica, excluem a possibilidade de proibição tipológica da liberdade provisória ou a criação, por força de lei, de presunções de necessidade de prisão.¹⁰⁶

Sobre a violação a diversos princípios constitucionais, impende destacar a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal, em que o Ministro Relator Eros Grau, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 100.745, referente ao crime de tráfico de entorpecentes, equiparado a crime hediondo, proferiu pela inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória, tendo em vista que confronta os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, devendo a prisão ser uma exceção, e não regra em nosso ordenamento jurídico, bem como é imperioso que o juiz fundamente sua decisão ao decretar uma prisão cautelar, contrariando assim ao entendimento acima mencionado da Primeira Turma,

HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EXCEÇÃO À SÚMULA N. 691/STF. 1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. 3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. 4. A inafiançabilidade não pode e não deve – considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal – constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 5 [...] A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se porém ao Juiz o dever de explicitar as

¹⁰⁶ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *op. cit.*, p. 690-691.

razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente.¹⁰⁷

Com a privação da liberdade trazida pela redação original da Lei de Crimes Hediondos e defendida por parcela da doutrina, o indiciado que preencha as condições exigidas para a obtenção do benefício da liberdade provisória deverá se manter no cárcere, até mesmo se houver indícios suficientes de sua inocência, seja por alguma excludente de ilicitude, culpabilidade ou atipicidade do fato, bem como por qualquer motivo que justifique a sua libertação.

Vale ressaltar que, conforme anteriormente defendido, a prisão provisória não viola o princípio da presunção de inocência, pois não imputa culpa ao acusado, sendo considerada uma medida de cautela. Entretanto, deve ser decretada apenas como exceção, quando houver uma real necessidade e, caso não se observe uma fundamentação do magistrado, tem-se a decretação de uma pena injustificada, ferindo assim o mencionado princípio.

De acordo com Aury Lopes Júnior, vedar a concessão da liberdade provisória seria uma medida inconstitucional, pois afirma que limitaria o estado de inocência ao criar uma proibição abstrata e universal, não podendo assim o benefício em comento ser concedido no caso concreto, violando, portanto, a real intenção da prisão provisória, qual seja, manter o acusado no cárcere quando houver prova da existência do crime, bem com indício suficiente da autoria e este agente venha oferecer riscos expressamente disciplinados na legislação penal, conforme acima mencionado:

Trata-se de restrição legislativa substancialmente inconstitucional, pois limita a presunção de inocência através de um critério abstrato, genérico e antecipado, incompatível com a epistemologia do sistema de prisões cautelares. Em outras palavras, a presunção de inocência pode ser limitada, mas não de forma *a priori* (no sentido kantiano, ou seja, antes da experiência). Há que se operar dentro da epistemologia das prisões cautelares, fulcradas que estão na excepcionalidade e na concreta demonstração de seus pressupostos.¹⁰⁸

Sobreleva destacar que, em maio de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, pela inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória no crime de

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 100.745 SC. Relator: Ministro Eros Grau. **Órgão Julgador: Segunda Turma**, Brasília, 2010.

¹⁰⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II, p. 155.

tráfico de drogas, equiparado a hediondo, em julgado do *Habeas Corpus* nº 104.339 SP. Portanto, impende citar parte do voto do Ministro Relator:

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. [...]

Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória [...] é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. [...] Ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais.

Nesse sentido, imperioso concluir que a segregação cautelar [...] deve ser analisada tal qual as prisões decretadas nos casos dos demais delitos previstos no ordenamento jurídico, o que conduz à necessidade de serem apreciados os fundamentos da decisão que denegou a liberdade provisória ao ora paciente, no intuito de verificar se estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP que rege a matéria.¹⁰⁹

O direito à liberdade deve ser visto como regra, conforme preconizado na Constituição Federal, e as medidas privativas ou restritivas de liberdade devem ser aplicadas somente em forma de exceção, quando realmente necessárias.

Vicente Greco Filho afirma, acerca da vedação da liberdade provisória, que não cabe, hodiernamente, no Estado Democrático de Direito, a manutenção do cárcere apenas baseada em uma lei genérica e considerada excessiva, sem as devidas garantias fundamentais, sendo assim perfeitamente cabível o instituto da liberdade provisória:

Cremos que seria um retrocesso, incompatível com o sistema geral de garantias da pessoa, manter a prisão uma pessoa em virtude de situação meramente formal, que seria a de flagrância. A despeito de inafiançáveis, portanto, esses crimes admitirão a liberdade provisória do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e seria excessiva a norma legal que, para eles, viesse impedir sua aplicação.¹¹⁰

Manter determinado agente na prisão sem necessidade e sem justificativa, não sendo observado um procedimento adequado, apenas porque supostamente cometeu um crime considerado hediondo traz graves consequências físicas e psicológicas, afrontando o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 104.339 SP. Marcio da Silva Prado. Daniel Leon Bialski e Outro (a/s). Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Brasília, 10/05/2012.

¹¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62.

Por sua vez, ressalte-se que os direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis, portanto, qualquer disposição contrária e restritiva, sem a devida autorização constitucional, não deve ser recepcionada pelo ordenamento jurídico.

Concluindo, o cárcere, durante a persecução criminal, deve ser apenas um instrumento utilizado para hipóteses legalmente disciplinadas, caso contrário, há uma inversão de valores constitucionais quando a prisão processual se torna regra e a liberdade é impossível de ser decretada no caso concreto, restando violados os direitos e as garantias fundamentais veladas pela Constituição Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito dos avanços que se puderam perceber, na história constitucional brasileira, com a promulgação das Constituições republicanas de 1934 e 1946, nenhum outro texto constitucional traduziu de forma tão completa um aparato de direitos e garantias fundamentais como a Constituição Federal de 1988, especialmente na seara criminal, dada a gama de princípios constitucionais que passaram a reger o Direito Penal.

Com efeito, a partir de seu inciso XXXVII, que veda a existência de qualquer juízo ou tribunal de exceção, o portentoso art. 5º, da Constituição Federal, emplacou uma série de direitos e garantias processuais-penais, elevadas ao pedestal constitucional de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV), que passou a determinar toda a jurisdição criminal, em todos os seus aspectos processuais, cognitivos, acautelatórios ou executórios. Já o inciso LXVI, do referido artigo, assevera que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Nesse contexto, o presente trabalho monográfico salientou as nuances da polêmica advinda com a edição da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 – Lei de Crimes Hediondos, a qual definiu, nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição, o rol de delitos já tipificados no Código Penal Brasileiro que seriam considerados hediondos e, portanto, desmerecedores de benesses processuais penais, como a anistia, a graça e o indulto. No texto original do referido diploma, eram negadas a fiança e a liberdade provisória, além de se obrigar o cumprimento integral das penas previstas para tais crimes em regime fechado, o que ocasionou toda sorte de críticas por parte dos estudiosos da área.

Conforme aduzido nas páginas que antecedem este epílogo, diante de inofismável ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da garantia à ampla defesa e ao contraditório, da individualização da pena, da progressão de regime e do devido processo legal, além dos superprincípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, tais previsões não sobreviveram à reforma normativa pela Lei nº 11.464, de 2007, a qual retirou a liberdade provisória das vedações do art. 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos, além de substituir a previsão quanto ao regime de cumprimento da pena, de “integralmente” para apenas “inicialmente em regime fechado” (§ 1º).

Por outro lado, a pesquisa também mostrou quão relevante vem sendo a submissão dos legisladores em matéria penal e processual penal à opinião pública, cada vez pautada numa perspectiva expiatória, de recrudescimento das penas e da execução destas como forma precípua de combate à violência. A própria Lei de Crimes Hediondos, consoante abordado, adveio de tal determinante, objetivando diminuir as estatísticas tão altas dos crimes considerados hediondos na época que antecederá a sua edição.

Foi nesse contexto que despontou o Movimento da Lei e da Ordem, no cenário político dos EUA, durante a década de 70, que pretendia intensificar o combate à criminalidade por meio de um incremento exagerado da legislação penal. O movimento acreditava que o encarceramento, como política de reproche estatal por excelência, consistiria na melhor forma de se diminuíssem os altos índices de violência. Com efeito, pôde-se perceber o vislumbre de bandeira política bastante semelhante no Brasil, encampada justamente pelos políticos, cujo discurso sempre se apropria da segurança pública, trazendo assim uma perspectiva extremamente punitiva.

Desta sorte, impede salientar que, inobstante os reclames bradados pela sociedade civil, o sistema jurídico brasileiro não comportaria alterações tão bruscas na política criminal de modo a afetar a gama de princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados a todos.

Ora, em se tratando do direito de liberdade provisória quando a lei a permite, não se justifica a manutenção de um acusado ou denunciado no cárcere apenas por conta do arquejo justiceiro da população, a qual ultimamente vem denotando preocupante destempero e intolerância.

Na história do Direito Penal, quando o Estado retira das mãos do particular o poder punitivo, almeja-se justamente evitar tais excessos e arbitrariedades. Hodernamente, quando impera uma Constituição que elege como fundamentais uma série de direitos e garantias penais e processuais penais, não pode o próprio Estado, quer na esfera legislativa, quer no Judiciário ou no Executivo, ceder aos reclames indiscriminados da mídia e da população.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes; DOTTI, René Ariel; REALE JR. Miguel; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Parecer sobre o Projeto de Lei do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a respeito de crimes hediondos**. 1989.
- ARAUJO JR., João Marcelo. **Os Grandes Movimentos Atuais de Política Criminal. Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre, 1988, n. 9.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 13^a ed.. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, Vade Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014.
- BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**: Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014.
- BRASIL. **Lei nº 8.072**: dispõe sobre os crimes hediondos, promulgada em 5 de julho de 1990, Vade Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014.
- BRASIL. **Lei nº 8.906**: dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, promulgada em 4 de julho de 1994, Vade Mecum Legislação / coordenação: João Ricardo Brandão Aguirre, Nestor Távora. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 104.337 PE. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. Órgão Julgador: Primeira Turma, Brasília, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 100.745 SC. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Segunda Turma, Brasília, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 104.339 SP. Marcio da Silva Prado. Daniel Leon Bialski e Outro (a/s). Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Brasília, 10/05/2012.
- BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional.In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.). **A Nova Interpretação**

Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1989, vol. II.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade Provisória.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRITO, Auriney Uchôa de; MARQUES, Ivan Luís. O Valor da Fiança: Licitude ou Ilícitude, Balizadas Pela Razoabilidade. **Boletim IBCCRIM.** São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 230, jan.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, José Armando da. **Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória.** São Paulo: Saraiva, 1989.

FIGUEIREDO, Gabriel Andrade. **Proporcionalidade e a Prisão Preventiva Compulsória: o STF e a Não Recepção do art. 81 da Lei 6.815/81.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24736/proportionalidade-e-prisao-preventiva-compulsoria-o-stf-e-a-nao-recepcao-do-art-81-da-lei-6-815-80/1>. Acesso em: 15/05/14.

FIGUEIREDO; Isabel (Coord. Geral). **A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal.** São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/torviolpolsist/RelILANUD.pdf>. Acesso em: maio de 2014.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação Criminal Especial.** (Coleção Ciências Criminais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, vol. II.

_____. **Manual de Processo Penal.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Sistema Penal Brasileiro: Execução das Penas no Brasil.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sistema-penal-brasileiro-execucao-das-penas-no-brasil>. Acesso em: 10/05/14.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** Ed. Lumen Juris. 2008.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos: Aspectos Políticos-jurídicos da Lei 8.072/90.** São Paulo: Atlas. 1996.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática.** 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

_____. **Manual de Processo Penal.** 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, vol. II.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.** 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARCÃO, Renato. **O Ordenamento Jurídico Não Admite Preventiva Compulsória.** Disponível em: www.conjur.com.br/2011-ago-17/ordenamento-juridico-nao-admite-prisao-preventiva-compulsoria. Acesso em: 12/05/14.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 2ª ed. Campinas: Millenium, 2003, vol. III.

MARTINS, Charles Emil Machado. **Crimes Inafiançáveis: Uma Interpretação da Lei nº 12.403/11 à Luz da Jurisprudência do STF.** Disponível em: www.jus.com.br/artigos/19476/crimes-inafiancaveis-uma-interpretacao-da-lei-n-12-403-11-a-luz-da-jurisprudencia-do-stf. Acesso em: 11/05/14.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 402.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos. Texto, Comentários e Aspectos Polêmicos.** 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

NOGUEIRA, Sandro D'amato. **O STF, os Crimes Hediondos e a In(constitutionalidade) do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 – Tratamento Jurídico Igual Para os Desiguais?** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-stf-os-crimes-hediondos-e-inconstitucionalidade-do-§-1º-do-art-2º-da-lei-807290---tratame>. Acesso: 10/05/2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal.** 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Código de Processo Penal Comentado.** 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.** 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Fábrica de Penas.** Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PIMENTEL, Aldenor da Silva. **O Jornalismo e a História da Lei de Crimes Hediondos.** Disponível em: http://www.ufrgs.br/alcarr/encontros-nacionais-1/8o-encontro-2011-1/artigos/O_jornalismo_e_a_historia_da_Lei_de_Crimes_Hediondos.pdf/view. Acesso em: 12/05/14.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE JR., Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. **Fascículo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 763.

_____. **Avanços e Retrocessos: Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PANTANO, Luís Artur Ferreira. **Lei dos Crimes Hediondos e Liberdade Provisória: Fundamentos Constitucionais e Entendimentos Jurisprudenciais.** São Paulo: Lemos e Cruz, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 18^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

OLIVEIRA, Marcelo Sales Santiago. Do Concurso de Agentes: Análise Abrangente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul., 2010. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7809. Acesso em: 11/05/2014.

SANTANA, Selma Pereira de. O princípio Constitucional da Inocência e a Imprensa. **Revista CONSULEX**, Ano II, n.º 32, Outubro de 1998.

SARAIVA, Railda. **A Constituição de 1988 e o Ordenamento Jurídico-penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 7^a ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos – O Mito da Repressão Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 35^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. III.

TUCCI, Rogério Lauria. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica.** 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1993.