

5

A VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA EM ABSOLUTO NO DIREITO BRASILEIRO

5.1

A Vedação da Liberdade Provisória como Expressão da Cultura de Emergência no Processo Penal

Como se percebe, na ordem constitucional instituída pela Carta Política/88, o direito do acusado, preso em flagrante, responder à imputação em liberdade, durante o curso da persecução penal, impõe-se, desde que ausentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Porém, na hipótese contrária, ou seja, presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva, o cerceamento da liberdade de locomoção do acusado deve se confirmar, seja através da manutenção da prisão em flagrante ou, seja mediante a decretação da prisão processual – prisão preventiva.

Segundo Machado:

Ao determinar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, a CF alçou o direito de aguardar o julgamento em liberdade à condição de direito subjetivo dos acusados, qual verdadeira garantia constitucional do processo. Por força da norma inserida no referido art. 5º, LXVI, da Magna Carta, a liberdade dos acusados no curso dos processos passou a ser não apenas a regra geral, mas a ter também um caráter obrigatório. Com isso, uma vez ausentes os pressupostos da prisão preventiva, por dicção inequívoca da CF brasileira, será concedida, compulsoriamente, a liberdade provisória ao autor de crime que esteja respondendo ao respectivo processo, ou então simplesmente relaxada a prisão cautelar sem imposição das obrigações decorrentes da liberdade provisória. (MACHADO, 2009, p. 565).

Entretanto, concomitantemente ao tratamento da liberdade provisória como regra e, conseqüentemente, a prisão processual como exceção, o legislador ordinário estabeleceu, para determinadas infrações penais – consideradas de especial gravidade –, o regime de vedação da liberdade provisória, em absoluto, no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Assevera Oliveira:

Quando se achava que a mentalidade autoritária do Código de Processo Penal de 1941 já havia sido definitivamente banida pela nova ordem constitucional de 1988, a Lei nº 8.072/90, quase 50 anos depois da vigência do nosso Código de Processo Penal, restaurou o regime de prisão preventiva obrigatória, ao dispor que os crimes

hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de fiança e de liberdade provisória. Anote-se, à guisa de esclarecimento técnico, que não se trata, efetivamente, de prisão preventiva obrigatória. Fosse assim, mesmo aquele que se encontrasse em liberdade poderia ser recolhido à prisão, após o oferecimento da denúncia. O que estamos a afirmar é que o tratamento da manutenção do flagrante é que se equipararia à antiga prisão obrigatória. (OLIVEIRA, 2008, p. 450-451).

Assim, nota-se a coexistência de dois regimes de tratamento da liberdade provisória no ordenamento jurídico brasileiro. Um, em que o restabelecimento da liberdade de locomoção do acusado, preso em flagrante, está condicionado à inexistência dos motivos que autorizam a prisão preventiva. Outro, caracterizado pela vedação em absoluto da liberdade provisória decorrente de previsão legal, para determinados crimes, considerados de especial gravidade pelo legislador ordinário.

O regime de vedação em absoluto da liberdade provisória configura-se, no ordenamento jurídico brasileiro, como fruto do discurso de emergência no âmbito do processo penal, em que, entre outros argumentos, justifica-se a mitigação das garantias fundamentais em favor de uma política criminal eficiente.

Na lição de Choukr:

A emergência não apresenta um caráter de cultura complementar em face dos padrões de normalidade, antes, os destroem ou, ao menos, dificulta sobremaneira a sedimentação desses valores na prática quotidiana dos operadores do direito. Sobretudo isso se dá porque o fundo ético da cultura emergencial é substancialmente distinto dos padrões de normalidade, assentado que está na produção de resultados e não no respeito aos princípios, acabando por refletir num conceito de eficiência que lhe é bastante peculiar, baseado que está em supostos resultados pragmáticos, de resto dificilmente comprovados, ao menos no que tange à realidade brasileira. Dessa disparidade nasce a dificuldade de compreensão do próprio papel dos construtores do sistema jurídico diante do quadro cultural e valorativo reiteradamente apontado. As mutações constantes sob o rótulo da emergência criam obstáculos raramente transponíveis para a solidificação do conceito atual de estado de direito [...]. (CHOUKR, 2002, p. 58-59).

Importante ressaltar também que o combate a criminalidade – sobretudo a criminalidade organizada – destaca-se como o fim último visado pelo discurso de emergência no âmbito penal. Por outro lado, o medo, a angústia e a insegurança, sentimentos tão presentes nas sociedades contemporâneas, formam o contexto social necessário à expansão do referido discurso emergencial.

Neste sentido, o restabelecimento da ordem social ora abalada, de acordo com o discurso emergencial, somente seria possível, através da intervenção penal. Assim, o discurso de emergência penal se apropria do sistema repressivo

e o utiliza como único instrumento capaz de restabelecer a ordem social, caracterizando, desta forma, o emprego promocional – ou simbólico – do direito penal.

A respeito do uso simbólico do direito penal, assevera Silva Franco:

A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranqüilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual e coletivo, de insegurança. (FRANCO, 2007a, p. 15).

Contudo, o uso simbólico da repressão penal, pelo discurso de emergência, na medida em que, com o passar do tempo, apresenta-se ineficaz diante da realidade social – no sentido de não proporcionar a diminuição dos índices de criminalidade – fundamenta sua própria conservação, isto é, na lição de Choukr, “graças à sua flagrante inoperância nas finalidades a que se propõe, a finalidade do sistema [discurso de emergência penal] passa a ser a sua automanutenção.” (CHOUKR, 2002, p. 48).

A respeito da edição desenfreada de leis repressivas, esclarece Sica:

A inflação legislativa se expressa em “norme di taglio casistico”, o que cria obstáculos à busca de alternativas penais, porquanto se reforça a ilusória eficácia dissuasória da pena e se incrementa a proporcionalidade vertical, em vez da proporcionalidade abstrata e concreta do minimalismo. Em poucas palavras: “crescem os crimes, crescem as penas”. [...] Essa técnica de normatização casuística e/ou de reenvio do Direito Penal de Emergência amplia indiscriminadamente a área de criminalização para a tutela de interesses e para a conduta distantes da ofensa ao bem jurídico. Perde-se, assim, a função limitadora. (SICA, 2002, p. 84).

Por fim, integra também o discurso de emergência penal, o emprego abusivo da privação da liberdade de locomoção como instrumento de poder e autoridade. Consoante Sica:

Nesse cenário [discurso de emergência penal], a prisão é o principal meio de reprodução do discurso jurídico-penal. Numa ótica de mera dominação, o sistema penal fundando em bases prisionais assume especial eficácia e resume-se a uma função de custodialismo, assim como a teoria da pena, em sua concreta articulação, se resume à finalidade de retribuição e dissuasão. Enfim, a relevância da discussão da emergência penal reside na verificação de que a ampliação do Direito penal tem repercussão direta na discussão do sentido da pena, na manutenção da carcerização e de todos os paradoxos a ela ínsitos. (SICA, 2002, p. 88).

Observa-se que para Ferrajoli, o discurso de emergência modifica a fonte de justificação da intervenção penal no Estado de Direito, que ao afastar de suas bases, essencialmente jurídicas, encontra na política sua razão de ser.

Esclarece Ferrajoli:

A alteração da fonte de legitimação consistiu precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política da ruptura ou, se se preferir, da modificação das regras do jogo no Estado de direito disciplinam a função penal. Esta concessão de emergência outra coisa não é que a idéia do primado da *razão de Estado* sobre a *razão jurídica* como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política, não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas à esta supraordenada. (FERRAJOLI, 2006, p. 747).

A razão de Estado que, segundo Ferrajoli, opera como fundamento de validade do discurso de emergência penal, assenta-se na supremacia da política em relação ao direito e, conseqüentemente, as atividades de governo são realizadas em atenção aos interesses do Estado, sendo orientadas, sobretudo, no sentido de sua contínua manutenção e fortalecimento.

Ferrajoli identifica a razão de Estado como postulado inspirador de toda forma de Estado absolutista e autoritário a partir do século XVI, desde a obra de Maquiavel – O Príncipe –, passando pelos teóricos do absolutismo – Bodin e Bodero –, até o pensamento de Carl Schmitt.

No âmbito do direito penal e do processo penal, Ferrajoli também reconhece a razão de Estado – ou razão política – como fundamento de todo arquétipo de intervenção penal em que a figura do criminoso é associada à noção de inimigo.

Esclarece Ferrajoli:

[...] entendendo-se por “razão de Estado” um princípio normativo da política que faz do “bem do Estado”, identificado com a conservação e o acréscimo da sua potência, o fim primário e não incondicionado da ação de governo. Ainda que o conceito de “razão de Estado” não se encontre usado freqüentemente no léxico filosófico político, é certo que ele, como demonstrou FRIEDRICH MEINECKE, informa ininterruptamente a história prática do Estado moderno e, por outro lado, todo o pensamento político absolutista e autoritário do século XVI em diante. [...] No direito e no processo penal a mesmíssima idéia é, por outro lado, encontrada na base de todos os modelos anti-liberais e anti-garantistas, informados, invariavelmente, pela concepção do delinqüente político como “inimigo”, a ponto de suprimir no interesse geral a sua identificação *extra legem*, com base em critérios substanciais e instrumentos inquisitivos. (FERRAJOLI, 2006, p. 749).

Como se percebe, Ferrajoli entende que a razão de Estado apresenta-se nitidamente incompatível com a noção de estado de Direito, uma vez que, a razão de Estado – como fonte de justificação – desconhece qualquer outro critério de legitimação, seja de ordem jurídica, seja de ordem moral.

Inerente ao arquétipo de Estado moderno, a razão de Estado vinculada exclusivamente aos interesses relevantes do Estado, permite a quebra do sistema jurídico sempre que este representar um óbice à realização de suas finalidades políticas.

Consoante Ferrajoli:

[...] a razão de Estado se configura como um princípio de legitimação histórica de tipo extra e eventualmente antijurídico, no sentido que consente a ruptura da legalidade e a alteração das regras do jogo toda vez que estas, pela emergência ou pela condição excepcional verificáveis sempre e apenas pelos governantes, entram em conflito ou não são funcionais ao “supremo” interesse do Estado. (FERRAJOLI, 2006, p. 752).

Com efeito, na razão de Estado, a consecução dos interesses do Estado desconhece qualquer vinculação aos meios utilizados para tanto, enquanto no Estado de Direito, a subordinação dos instrumentos – dos meios – ao ordenamento jurídico, legitima o resultado alcançado.

A respeito, esclarece Ferrajoli:

Compreende-se a contradição entre “razão de Estado” assim entendida e o “Estado de direito. O critério regulador da primeira é subordinação dos “meios”, que são indeterminados e não reguláveis, ao alcance dos “fins” políticos cuja formulação está ligada, real ou historicamente, à pessoa do soberano ou a qualquer dos titulares do poder estatal; o princípio guia do segundo é, ao invés, a subordinação dos fins políticos ao emprego dos meios juridicamente prestáveis, isto é, não abertos ou indeterminados mas vinculados pela lei. Desta forma, enquanto para a teoria da *razão de Estado* o Estado é um fim, não fundado a não ser em si mesmo e, por sua vez, fundamento dos meios jurídicos, os quais restam indiferentes, mutáveis e manipuláveis pelo arbítrio, para o *Estado de direito*, a partir de LOCKE em diante, o Estado é um *meio*, justificado pela sua finalidade de tutela dos direitos “fundamentais” dos cidadãos e a esta vinculação pela sujeição de todos os seus poderes a regras constitucionais rígidas e fundadas. (FERRAJOLI, 2006, p. 752-753).

Por fim, Ferrajoli sustenta que a razão de Estado e o exercício da jurisdição penal são claramente inconciliáveis. Enquanto a razão de Estado é orientada por interesses políticos e pela total desvinculação das decisões do soberano à ordem jurídica, a jurisdição penal tem por objeto questões particulares referentes aos direitos fundamentais, ainda que em detrimento aos interesses da maioria.

Com isso, a relação amigo/inimigo, peculiar à razão de Estado e, que orienta as atividades políticas do soberano na realização dos interesses do Estado – totalitário –, não tem lugar – a relação amigo/inimigo – no exercício da jurisdição penal, uma vez que seu fundamento de legitimidade alicerça na legalidade das formas procedimentais, bem como na verdade – ainda que relativa e limitada – de suas decisões.

Afirma Ferrajoli:

A razão jurídica do Estado de direito, de fato, não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados e inocentes. Não admite exceções às regras senão como fato extra ou antijurídico, dado que as regras – se são levadas a sério, como regras, e não como simples técnicas – não podem ser deixadas de lado quando for cômodo. E na jurisdição o fim não justifica os meios, dado que os meios, ou seja, as regras e as formas, são as garantias de verdade e de liberdade, e como tais têm valor para os momentos difíceis, assim como para os momentos fáceis; enquanto o fim não é mais o sucesso sobre o inimigo, mas a verdade processual, a qual foi alcançada apenas pelos seus meios e prejudicada por seu abandono. (FERRAJOLI, 2006, p. 767).

Especificamente no campo da prisão processual, o discurso de emergência altera a lógica constituída pela Carta Política/88, estabelecendo que o cerceamento da liberdade de locomoção, durante o curso da persecução penal, torna-se a regra e, conseqüentemente, reservando à condição de liberdade do acusado, o caráter de exceção, seja através da vedação da liberdade provisória em absoluto, seja mediante do desprezo da exigência de motivação das decisões judiciais.

A respeito, explica Choukr:

A prisão, de figura excepcional antes de sentença condenatória transitada em julgado, passa a ser encarada como algo natural à relação processual. Mais além. Os argumentos naturalmente pertencentes à exceção passam a integrar a rotina persecutória, como se a transposição não fosse traumática. Há, ainda, reflexos diretos na (não) aplicação integral do princípio da motivação das decisões. Com efeito, na medida em que mecanismos emergenciais apresentam a compulsoriedade da constrição, bastando a mera invocação legal (v.g., art. 2º da lei nº 8.072/90), nos demais casos a tendência do julgador é, também, a de apenas invocar os ditames legais, como se a robótica repetição do texto de lei fosse auto-suficiente para justificar a medida excepcional. (CHOUKR, 2002, p. 63).

Desta forma, demonstra-se claramente a influência do discurso de emergência na relação prisão em flagrante/liberdade provisória, durante o curso da persecução penal. Assim, liberdade provisória, na ordem constitucional fundada pela Carta Política/88, configura direito fundamental do acusado, sendo

que sua concessão subordina-se exclusivamente à ausência dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Por outro lado, a vedação em absoluto da liberdade provisória a determinados crimes, considerados de especial gravidade, pelo legislador ordinário, a partir da ruptura do arquétipo de normalidade vigente, caracteriza manifesta expressão do discurso de emergência no processo penal.

5.2

Manifestações em Torno da Vedação em Absoluto da Liberdade Provisória

A doutrina processual penal sempre dedicou especial atenção à liberdade provisória, sobretudo a partir da ordem constitucional estabelecida pela Carta Política/88 que conferiu *status* de garantia fundamental ao referido instituto jurídico.

Neste contexto, a partir da Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos – as discussões a respeito da vedação da liberdade provisória em absoluto ocupam lugar de relevante destaque, notadamente quanto à conformidade constitucional da manutenção do cerceamento da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante em decorrente da vedação da liberdade provisória instituída pelo legislador ordinário.

Na visão de Monteiro, a vedação da liberdade provisória em absoluto não ofende nenhum postulado constitucional, nem tão-pouco qualquer princípio fundamental previsto na Carta Política/88. Por outro lado, segundo o autor, o próprio art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal/88, relativiza a garantia da liberdade provisória, autorizando o legislador ordinário a denegá-la em hipóteses excepcionais.

Considera Monteiro:

A inconstitucionalidade de uma lei deve ser analisada sob o prisma da possível ofensa a alguma disposição expressa da Constituição, ou a algum dos chamados princípios fundamentais constitucionais. Ora, em nenhum dispositivo constitucional é defeso que lei ordinária venha a proibir a concessão da liberdade provisória neste ou naquele caso. Por outro lado, ao mesmo tempo em que se afirma a garantia da liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI), ressalva-se a necessidade de uma lei a permiti-la. Note-se que a forma redacional do inciso – “quando a lei admitir” – não dá o caráter absoluto a este direito-garantia, deixando como que pendente a exigência de uma lei ordinária para lhe dar eficácia plena. (MONTEIRO, 1996, p. 107-108).

Adverte, ainda, Monteiro que seria inadmissível o entendimento segundo o qual, o art. 5º, inciso XLIII, da Carta Política/88, torna os crimes hediondos e equiparados inafiançáveis, entretanto, concomitantemente, permitiria a liberdade provisória sem fiança. E conclui o autor, “podemos até afirmar que o art. 310, parágrafo único, é inaplicável aos crimes inafiançáveis, e toda vez que, por qualquer motivo não puder ser concedida a fiança. (MONTEIRO, 1996, p. 109).

Percebe-se que o entendimento majoritário atual do Supremo Tribunal Federal¹ – após a edição da Lei n.º 11.464/07, que retirou a vedação da liberdade provisória da redação do art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90 – no sentido de que a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, inciso XLIII, da Carta Política/88, nada apresenta de novidade, ou seja, encontra ressonância nos argumentos outrora sustentados por Monteiro.

Bechara também entende que a vedação da liberdade provisória em absoluto na legislação infraconstitucional não viola qualquer princípio constitucional, uma vez que a própria Carta Política/88 autorizou o legislador ordinário determinar as hipóteses em que a restituição da liberdade de locomoção – tratando-se de acusado preso em flagrante – poderia ou não ocorrer e, conclui o autor, “a regra da vedação da liberdade provisória demonstra que o legislador presumiu [...] que a liberdade do agente implica maior risco aos interesses da persecução [penal].” (BECHARA, 2006, p. 09).

¹ HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO. PERICULOSIDADE DA PACIENTE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS SUFICIENTES PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. 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 o 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 deste Supremo Tribunal, 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 ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ao contrário do que se afirma na petição inicial, a custódia cautelar do Paciente foi mantida com fundamento em outros elementos concretos, que apontam a periculosidade do Paciente e a quantidade de droga apreendida como circunstâncias suficientes para a manutenção da prisão processual. Precedentes. 5. Ordem denegada. (STF – HC 99447/MG – Rel. Min. Cármen Lúcia – 1ª Turma – j. 09/02/2010).

Na lição de Bizzoto; Rodrigues, o art. 5º, inciso XLIII, da Carta Política/88, ao determinar tão-somente a inafiançabilidade dos crimes hediondos e assemelhados, permitiu a concessão de liberdade provisória sem fiança a quaisquer infrações penais, desde que ausentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Quanto à vedação da liberdade provisória derivar da inafiançabilidade prevista no referido dispositivo constitucional, considera Bizzoto; Rodrigues:

A defesa da interpretação extensiva, aplicando-se a proibição da fiança à liberdade provisória, é contrária ao sistema jurídico, pois a legislação ordinária (Lei 8.072/90) é que deve se adaptar à Constituição Federal e não o contrário. É preciso dar um basta às interpretações retrospectivas nas quais se interpreta a Constituição para nada modificar na esfera da legislação ordinária. Se o poder constituinte originário não restringiu a liberdade provisória, a legislação ordinária, fruto de efeitos sociais momentâneos, não pode atropelar garantias conquistadas com muito esforço de várias gerações. Repudiam-se os estratagemas daqueles que buscam no endurecimento das leis penais uma solução para a sociedade e a conformação da Constituição às novas posturas legais, fazendo com que haja o prolongamento das jurisprudências de conteúdo anterior a Constituição. (BIZZOTO; RODRIGUES, 2007, p. 110-111).

Para Capez, a Constituição Federal/88 permite a decretação da prisão processual durante o curso da persecução penal. Entretanto, a vedação da liberdade provisória em absoluto, uma vez ausentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, constitui nítida antecipação dos efeitos da condenação penal irreversível, implicando ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Notadamente em relação à vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário como ofensa à separação dos poderes do Estado, Capez esclarece:

Proibir a liberdade provisória por meio de uma regra geral implica subtrair do Poder Judiciário o exercício da atividade decisória e, conseqüentemente, violação aos princípios da independência e da separação dos Poderes. O Poder Legislativo estaria julgando todos os casos antecipadamente, subtraindo função típica do Poder Judiciário, o que contraria o art. 2º da CF. (CAPEZ, 2007, p. 254).

Nucci afirma que a Carta Política/88, em seu art. 5º, inciso LXVI, autorizou o legislador ordinário a disciplinar as hipóteses de cabimento e/ou de vedação da liberdade provisória. Deste modo, conclui o autor, “[em] nosso entendimento, cuida-se de preceito constitucional, embora esdrúxulo”. (NUCCI, 2007a, p. 98).

Na lição de Oliveira, a vedação da liberdade provisória pelo legislador ordinário ofende, também, a regra constitucional que impõe que as decisões

judiciais sejam substancialmente motivadas, na medida em que “segundo o nosso texto constitucional, ninguém será mantido preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos termos do art. 5º, LXI.” (OLIVEIRA, 2008, p. 452).

Para Rangel, a carta Política/88 reservou *status* de garantia fundamental ao instituto da liberdade provisória, entretanto, concomitantemente, determinou a vedação do referido benefício – liberdade provisória – nos crimes hediondos e aqueles que lhe forem assemelhados.

A Constituição Federal/88, em seu art. 5º, inciso LXVI, ao taxar de inafiançáveis os crimes hediondos e equiparados, no entendimento de Rangel, vedou ambas as modalidades de liberdade provisória, uma vez que, sendo o regime da liberdade provisória mediante fiança mais oneroso para o acusado, sua vedação já comportaria também a impossibilidade da concessão de regime menos gravoso, ou seja, da liberdade provisória sem fiança.

Explicita Rangel:

A Constituição da República, ao mesmo tempo que concede à liberdade provisória com ou sem fiança como direito fundamental, excepciona esta regra, negando este direito quando se tratar de crimes hediondos (cf. art. 5º, LXVI c/c XLIII). Ao mais desavisado, pode parecer que o legislador constituinte veda, apenas, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos e os que lhes forem equiparados, porém não veda a liberdade provisória sem fiança prevista no art. 310 e seu parágrafo único do CPP. Considere-se, inclusive, que o legislador constituinte fez diferença entre as duas, bastando conferir a regra do inciso LXVI do art. 5º. Pensávamos ser errado este posicionamento, pois, se o legislador constituinte vedou o mais (liberdade provisória mediante fiança), não seria plausível que o menos (sem fiança) fosse permitido. (RANGEL, 2008, p. 743).

Feitoza sustenta que a Carta Política/88 não proibiu a liberdade provisória sem fiança a nenhuma infração penal, vedando somente, em algumas hipóteses, a restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante, através da liberdade provisória mediante fiança. Para o autor, a vedação em absoluto da liberdade provisória pelo legislador ordinário ofende os princípios constitucionais da presunção de inocência, da necessária motivação das decisões judiciais e, ainda, da ampla defesa e do devido processo legal.

Assevera Feitoza:

[...] pensamos que essa vedação [da liberdade provisória em absoluto] viola [...] o princípio da ampla defesa (pois a prisão automática se baseia em uma presunção de *periculum libertatis* sem possibilitar que a defesa do preso a refute concretamente). Essa exigência constitucional de fundamentação – e, diga-se de passagem, fundamentação que afirme a necessidade cautelar da prisão provisória

referida a alguma circunstância fática concretamente e devidamente demonstrada, diversa do *poder de punir* ou do *fato delitivo* em si mesmos – constitui-se no devido processo legal da prisão provisória e da liberdade, motivo pelo qual podemos dizer que essa vedação também viola o princípio constitucional do devido processo legal. (FEITOZA, 2008, p. 793-794).

No entendimento de Lopes Júnior, a imposição da prisão processual não ofende, só por si, o princípio da presunção de inocência, embora o cerceamento da liberdade de locomoção anteriormente à sentença penal condenatória definitiva limite o referido postulado constitucional. Considera o autor que a prisão processual deve ser tratada como medida excepcional e, decretada somente se reconhecidos, no caso concreto, seus pressupostos e requisitos legais e, ainda, demonstrado seu caráter cautelar.

Lopes Júnior reconhece que a vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário em muito se assemelha à prisão preventiva obrigatória, uma vez que ambas decorrem “de um critério abstrato, genérico e antecipado, incompatível com a epistemologia do sistema de prisões cautelares”. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 155).

E conclui o autor:

Assim, como se afirma desde o advento da Lei 8.072, não há prisão cautelar obrigatória, senão que se trata de medida excepcional cujos pressupostos e necessidade devem ser estritamente demonstrados no caso concreto. Vedar a liberdade provisória é o mesmo absurdo de falar-se em prisão cautelar obrigatória. Assim, se mesmo antes do advento da Lei 11.464 já não se aceitava a vedação da concessão da liberdade provisória, agora reforçada esta essa posição, que acrescenta um novo argumento: se cabe liberdade provisória para os crimes mais graves (como os hediondos e equiparados), como proibir sua concessão em relação a crimes menos graves (como aqueles previstos no Estatuto do Desarmamento ou na Lei 9.613)? (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 155).

Como se percebe, a questão em torno da (i)legitimidade da vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário que, desde a edição da Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos –, fomenta acirradas discussões doutrinárias, ainda desafia os estudiosos do direito processual penal, muito embora a vedação legal do referido benefício – liberdade provisória – insira no art. 2º, inciso II da Lei 8.072/90 tenha sido eliminada com o advento da Lei n.º 11.464/07.

5.3

A Vedação da Liberdade Provisória na Legislação Especial

5.3.1. A Vedação da Liberdade Provisória na Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos

Inicialmente, importa ressaltar que o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal/88² estabelece – no universo de infrações penais – uma categoria de delitos, considerados de alta potencialidade ofensiva, definidos como crimes hediondos e assemelhados, que devem receber tratamento mais rigoroso do que todos os demais crimes.

Entretanto, a Carta Política/88, definindo os crimes assemelhados aos hediondos – tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo – deixou para o legislador ordinário a tarefa de indicar os critérios que seriam adotados para a classificação e conceito dos crimes hediondos.

Com efeito, três critérios foram sugeridos para a definição de crimes hediondos, pelo legislador ordinário: o critério legal, o critério judicial e o critério misto.

Neste sentido, esclarece Capez:

De acordo com o sistema legal, somente a lei pode indicar, em rol taxativo, quais são os crimes considerados hediondos. O juiz não pode deixar de considerar hediondo um delito que conste da relação legal, do mesmo modo que nenhum delito que não esteja enumerado pode receber essa classificação. Assim, ao juiz não resta nenhuma avaliação discricionária. O sistema judicial propõe exatamente o contrário, ou seja, na lei não haveria nenhuma enumeração, devendo o juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, reconhecer ou não a hediondez do crime. Haveria, portanto, discricionariedade plena por parte do julgador. O sistema misto contém proposta intermediária. Na lei haveria um rol exemplificativo, podendo o juiz reconhecer em outras hipóteses a hediondez de crime não constante da relação. (CAPEZ, 2008, p. 172).

E conclui o autor, “prevaleceu o sistema legal. Só à lei cabe definir quais são os crimes hediondos, restando ao julgador apenas promover a adequação típica e aplicar as conseqüências legais.” (CAPEZ, 2007, p. 170).

² Art. 5.º [...]

[...]

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Por outro lado, a Constituição Federal/88, em seu art. 98, inciso I³, instituiu, também, as infrações penais de menor potencial ofensivo e, conseqüentemente, os juizados especiais criminais como órgãos jurisdicionais competentes para conhecer e julgar os crimes desta natureza. Restando, também, ao legislador ordinário o dever de indicar o conceito e a abrangência da expressão “infrações penais de menor potencial ofensivo”.

Por essa razão, observa-se claramente três categorias de infrações penais bem definidas no ordenamento jurídico brasileiro: Os crimes hediondos e assemelhados, onde os benefícios penais e processuais penais são, em grande parte, subtraídos aos acusados; os crimes “comuns”, ou seja, a média criminalidade onde os benefícios penais e processuais penais permanecem acessíveis aos acusados e; por fim, as infrações de menor potencial ofensivo em que os acusados dispõem de um rol de benefícios penais e processuais penais que visam, sobretudo, a não aplicação de pena privativa de liberdade.

Assevera Choukr:

Basicamente, os graus de criminalidade são definidos na própria Constituição de 1998, onde se encontram as infrações penais de menor potencial ofensivo e os crimes hediondos, restando entre eles a criminalidade normal. No entanto, a dissonância de valores entre eles impede a consolidação da cultura democrática do texto maior na prática jurídica [...] a justificar a indagação sobre quando o *due process of Law* não é embaraço ao sistema repressivo, na medida em que suas regras, no direito brasileiro, são derogadas em ambas as extremidades da repressão penal e, com muito custo, observadas no cotidiano dessa mesma justiça. (CHOUKR, 2002, p. 06).

Neste contexto, a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, regulamentando o disposto no art. 5º, inciso XLIII, da Carta Política/88, define, em seu art. 1º⁴, os

³ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁴ Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: [artigo com redação determinada pela Lei 8.930/1994]

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 – extorção qualificada pela morte (art. 158, §2º);

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, §1º);

VII-A – (vetado); [inciso VII-A acrescentado pela Lei 9.695/1998]

crimes qualificados de hediondos e, no art. 2^o⁵, impõe uma série de vedações de benefícios – penais e processuais penais – aos acusados de tais crimes, como, inclusive, – conforme redação original – a vedação da fiança e da liberdade provisória.

Muito se debateu a cerca da constitucionalidade do dispositivo legal que vedava a liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados. A respeito, sintetiza Capez:

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 [...]. Para uma segunda corrente, essa vedação legal não conteria qualquer vício de inconstitucionalidade. Assim, afirmava-se que a Constituição não impediria, em momento algum, que o legislador infraconstitucional proibisse a concessão da 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). (CAPEZ, 2008, p.193-194).

Importa ressaltar que, embora existissem divergências, tanto doutrinárias, quanto jurisprudências, os Tribunais Superiores apresentavam entendimento majoritário de que a vedação da liberdade provisória constante no art. 2^o, inciso II, da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, não era, por si só, suficiente para impedir a restituição da liberdade de locomoção, em caso de prisão em flagrante, nos crimes hediondos e assemelhados.

Neste sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

O tema relativo à liberdade provisória no caso de crime hediondo, apesar de toda a discussão, deságua em orientação jurisprudencial majoritária nesta Casa e na Suprema Corte, segundo a qual, há a necessidade de indicar com precisão os pressupostos da custódia cautelar, independentemente da essência delitual, para o fim de impedir o *status libertatis*.[...] (STJ – 5.^a T. – HC 37.282 – rel. José Arnaldo da Fonseca – j. 21.10.2004 – DJU 22.11.2004, p. 370).

VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1^o, §1^o-A e §1^o-B, com redação dada pela Lei 9.677, de 2 de julho de 1998). [inciso acrescentado pela Lei 9.695/1998]

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1^o, 2^o e 3^o da Lei 2.889, de 1^o de outubro de 1956, tentado ou consumado.

⁵ Art. 2^o Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança e liberdade provisória;

Observa-se que, em consonância ao entendimento majoritário dos Tribunais Superiores, o legislador ordinário editou a Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007 que, alterando a redação do inciso II, do art. 2º, da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, retirou do texto legal, a expressão “liberdade provisória”, permanecendo, apenas, a vedação da fiança aos crimes hediondos e assemelhados.

Consoante Franco:

A Lei 11.464/2007 recolocou a questão da liberdade provisória em trilhos certos. Ao abolir a locução liberdade provisória do texto do § 1.º do art. 2º da Lei 8.072/90, a Lei 11.464/2007 ajustou-se plenamente ao disposto no inciso XLIII do art. 5.º da Constituição Federal, que, em relação aos crimes hediondos e assemelhados, excluía tão-somente a fiança, sem fazer alusão à liberdade provisória. (FRANCO, 2007b, p. 484).

Esse, também, o entendimento sustentado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE HOMOLOGADA. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DOS FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA. A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo penal. Precedentes desta Corte. Em razão da supressão, pela lei 11.646/2007, da vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão. A análise do pleito de afastamento da qualificadora surpresa do delito de homicídio consubstanciaria indevida incursão em matéria probatória, o que não é admitido na estreita via do habeas corpus. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida. (STF – 2ª T – HC 92824/SC – rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 18.12.2007).

Entretanto, a partir de então, o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando, ainda que não unanimemente, no sentido de que a exclusão da expressão “liberdade provisória” do rol de restrições previstas no inciso II, do art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, realizada pela Lei n.º 11.464/07, “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 deste

Supremo Tribunal, constituía redundância.”⁶ (STF – HC 98548/SC – Rel. Min. Cármen Lúcia – 1ª Turma – j. 24.11.2009).

Percebe-se que a inafiançabilidade constante no art. 5º, inciso XLIII, da Carta Política/88, tornou-se fundamento de validade da vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados, chegando ao extremo do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski afirmar que “Inconstitucional seria a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a delitos com relação aos quais a Carta Magna veda a concessão de fiança⁷.” (STF – HC 96.833/SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – 1ª Turma – j. 20.10.2009).

5.3.2

A Vedação da Liberdade Provisória na Lei n.º 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento

A Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003, determina tanto a inafiançabilidade, quanto também a vedação da liberdade provisória sem fiança.

⁶ HABEAS CORPUS. 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 o 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 deste Supremo Tribunal, 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 ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ordem denegada. (STF – HC 98548/SC – Rel. Min. Cármen Lúcia – 1ª Turma – j. 24.11.2009).

⁷ HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII E LXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO. ORDEM DENEGADA. I - A vedação à liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados provém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII e XLIV). II - Inconstitucional seria a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a delitos com relação aos quais a Carta Magna veda a concessão de fiança. Precedentes. III - A prolação de sentença condenatória constitui novo título para a segregação cautelar do paciente, sobre o qual não houve exame nas instâncias inferiores. IV - Ordem denegada. (STF – HC 96833/SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – 1ª Turma – j. 20.10.2009).

Os crimes previstos nos artigos 14⁸ – porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – e 15⁹ – disparo de arma de fogo – são insuscetíveis de liberdade provisória mediante fiança, de acordo com a redação dos parágrafos únicos dos referidos dispositivos legais.

Observa-se que o art. 14 do Estatuto do Desarmamento, contrariamente ao disposto no art. 323, inciso I, do Código de Processo Penal¹⁰, impede a liberdade provisória mediante fiança a um delito cuja pena mínima, abstratamente prevista, é de reclusão igual a dois anos.

Já a vedação da liberdade provisória em absoluto encontra-se prevista no art. 21 da Lei n.º 10.826/03¹¹ e, refere-se aos crimes previstos nos artigos 16¹² –

⁸ Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

⁹ Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.

¹⁰ Art. 323. Não será concedida fiança:

I – nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;

¹¹ Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.

¹² Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização, ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório ou munição ou explosivo a criança ou adolescente; e

VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito –, 17¹³ – comércio ilegal de arma de fogo – e, 18¹⁴ – tráfico internacional de arma de fogo.

Como se percebe, o legislador ordinário, nos crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 da Lei n.º 10.826/03, – em consonância com a sistemática da Lei n.º 8.072/90 – presumiu que a restituição da liberdade de locomoção do acusado, preso em flagrante, constitui ameaça ao curso regular da persecução penal.

Deve-se lembrar, ainda, que nos juízos singulares, bem como nos Tribunais de segundo grau de jurisdição, a vedação da liberdade provisória em absoluto prevista no art. 21 do Estatuto do Desarmamento mostrou-se, de início, suficiente para manter o cerceamento da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante nos citados crimes.

Neste sentido, o Acórdão relatado pelo Desembargador Armando Freire do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

"HABEAS CORPUS". PRISÃO EM FLAGRANTE. ARTIGO 16 DA LEI 10.826/03. LIBERDADE PROVISÓRIA. DESCABIMENTO. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - PRESCINDIBILIDADE - PRESUNÇÃO LEGAL ABSOLUTA DE NECESSIDADE DA MEDIDA CAUTELAR - ART. 21 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO - ORDEM DENEGADA. A concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante pela prática do crime previsto no art. 16 da Lei 10.826/03 encontra óbices no art. 21 deste mesmo diploma legal. Tratando-se da prática de crime ao qual seja vedada, por força de lei, a concessão de liberdade provisória, a fundamentação da decisão denegatória deste benefício não deve revestir-se das mesmas formalidades exigidas para fundamentar a sua negativa quanto aos demais crimes, aos quais permitida sobredita liberdade, uma vez que a presunção legal da necessidade da custódia é absoluta. (TJMG – HC 1.0000.05.428273-6/000 – Rel. Des. Armando Freire – 1ª Câmara Criminal – j. 08.11.2005).

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento majoritário, segundo o qual a vedação da liberdade provisória em absoluto contida no art. 21 da Lei n.º 10.826/03 não bastava, por si só, para justificar a

¹³ Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.

¹⁴ Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

manutenção do cerceamento da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante nos crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 da Lei n.º 10.826/03.

Com efeito, a denegação da liberdade provisória, de acordo com o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, nos crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento, deveria necessariamente fundamentar na demonstração da existência concreta dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Este o posicionamento sustentado pelo Ministro Paulo Gallotti do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO COM BASE NA VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 21 DA LEI Nº 10.826/2003. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1 - Tratando-se de medida que mantenha a custódia cautelar, é necessário, para sua eficácia, que a motivação do ato esteja baseado em fatos que efetivamente justifiquem a sua excepcionalidade, a fim de que sejam atendidos os termos do artigo 312 do CPP.

2 - Esta Corte tem assentado o entendimento de que a vedação contida no artigo 21 da Lei nº 10.826/2003 não impede, por si só, a concessão da liberdade provisória, só se mostrando válido o provimento que esteja devidamente fundamentado, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

3 - Habeas corpus concedido em parte para, confirmando a liminar deferida, determinar que o Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal de Guarulhos, em São Paulo, examine, no mérito, o pedido de liberdade provisória formulado pelo paciente, afastado o óbice relativo ao artigo 21 da Lei nº 10.826/2003. (STJ – HC 44151/SP – Rel. Min. Paulo Gallotti – 6ª Turma – j. 20.09.2005).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 3.112/DF., declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos arts 14 e 15, que impede a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança nas hipóteses de porte ilegal de arma de fogo – art. 14, parágrafo único – e, disparo de arma de fogo – art. 15, parágrafo único –, como também do art. 21, que proíbe a concessão de liberdade provisória em absoluto nos crimes previstos nos artigos 16 – posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito –, 17 – comércio ilegal de arma de fogo – e, 18 – tráfico internacional de arma de fogo –, todos da Lei n.º 10.826/03. Consoante o Acórdão relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública incorrente, pois cabe à União legislar sobre matérias de predeminante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. (STF – ADIn 3.112/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Tribunal Pleno - j. 02.05.2007).

Assim, reconhecendo que a vedação em absoluto da liberdade provisória ofende os princípios da presunção de inocência e da necessária motivação das decisões judiciais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei n.º 10.826/03 que impedia a restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante nos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo.

5.3.3

A Vedação da Liberdade Provisória na Lei n.º 11.343/06 – Lei Anti-Drogas

A Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – em substituição às Leis n.º 6.368/76 e n.º 10.409/02¹⁵ –, que dispõe sobre medidas de prevenção ao uso indevido e de repressão à produção, bem como ao comércio de drogas ilícitas, vedou em absoluto a liberdade provisória, em seus arts. 33, *caput*, e §1º, 34 a 37¹⁶, aos acusados presos em flagrante por crimes relacionados ao tráfico de drogas ilícitas.

Percebe-se, assim, que o legislador ordinário ao determinar a vedação, tanto do regime da fiança, quanto também da liberdade provisória no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, manteve a mesma sistemática estabelecida na Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos.

Entretanto, ainda que existam decisões permitindo a liberdade provisória aos acusados, presos em flagrante, por crimes relacionados ao tráfico de drogas ilícitas, os Tribunais Superiores firmaram entendimento majoritário no sentido de que a vedação da liberdade provisória em absoluto constante no art. 44, da Lei n.º 11.343/06 bastava, por si só, para fundamentar a manutenção da prisão processual.

Neste sentido, o acórdão relatado pela Ministra Ellen Gracie do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PETIÇÃO INICIAL SEM ASSINATURA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. SUPERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES. LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Há obstáculos intransponíveis ao conhecimento do habeas corpus: a) a ausência de assinatura da impetrante na petição inicial deste writ, a caracterizar ato inexistente; b) a orientação contida na Súmula n.º 691, do STF, eis que se trata de impetração de habeas corpus contra decisão monocrática que indeferiu pedido de liminar requerida em outro writ anteriormente aforado perante o STJ. 2. Ainda que se admita a impetração do habeas corpus pelo próprio paciente e por pessoa que não possua capacidade postulatória em juízo, no caso concreto não se observa a assinatura da impetrante na petição inicial, a caracterizar ato inexistente e, por

¹⁵A Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002, editada com o propósito de substituir a Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976, teve toda a sua parte referente aos crimes e respectivas penas vetada pelo Presidente da República, subsistindo, em relação ao texto original, somente as normas de natureza procedimental. Com efeito, a legislação de combate às drogas ilícitas restou formada pela Lei n.º 6.368/76, quanto aos crimes e suas respectivas penas e, pela Lei n.º 10.409/02, quanto ao procedimento.

¹⁶ Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e §1º, e 34 a 43 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

isso, insuscetível de propiciar qualquer apreciação acerca do mérito. 3. Houve mera decisão monocrática do relator do STJ no sentido do indeferimento do pedido de liminar, incidindo o óbice representado pela orientação acolhida na Súmula 691, desta Corte. **4. Esta Corte tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei n 11.343/06), o que, por si só, é fundamento para o indeferimento do requerimento de liberdade provisória.** 5. HC não conhecido. (STF – HC 90937/GO – Rel. Min. Ellen Gracie – 2ª Turma – j. 02.09.2008).

Nota-se que, embora o art. 5º, inciso XLIII, da Carta Política/88 determine que o tráfico de drogas ilícitas e os crimes hediondos integram a mesma categoria de crimes – ou seja, o tráfico de drogas ilícitas e os crimes hediondos como infrações penais de alta potencialidade ofensiva – e, conseqüentemente, reservado tratamento idêntico aos referidos delitos, os Tribunais Superiores, no âmbito da liberdade provisória, não reconhecem o referido regime constitucional.

Mesmo anteriormente à edição da Lei n.º 11.343/06, os Tribunais Superiores firmaram entendimento que a vedação da liberdade provisória contida no art. 2º, inciso II, da Lei 8.072/90, era suficiente para fundamentar a manutenção da prisão processual – prisão em flagrante – nos crimes afetos ao tráfico de drogas ilícitas.

Neste sentido, o acórdão relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. LEI 8.072/1990, ART. 2º, II. DECRETO DE PRISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PRAZO DA PRISÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO PROCESSO. A vedação à concessão do benefício da liberdade provisória prevista no art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 é fundamento suficiente para o impedimento da concessão do benefício ao paciente. A demora na tramitação do processo é justificada pela complexidade do feito, dada a necessidade de expedição de precatórias para oitiva de testemunhas e a presença de vários réus com procuradores distintos. Ordem denegada. (STF – HC 86814/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa – 2ª Turma – j. 29.11.2005).

Observa-se, entretanto, que o advento da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que retirou a vedação da liberdade provisória contida no art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90, subsistindo, tão-somente a proibição do regime de fiança aos crimes hediondos e equiparados, mostrou insuficiente para alterar o entendimento dos Tribunais Superiores quanto à impossibilidade de liberdade provisória nos crimes afetos ao tráfico de drogas.

Assim, já se manifestou o Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. RELAXAMENTO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CF. ESPECIALIDADE DA LEI 11.343/2006. ORDEM DENEGADA. I - Os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de natureza permanente. O agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. II - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII). III - A Lei 11.343/2006 é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos, não existindo antinomia no sistema jurídico. IV - Ordem denegada. (STF – HC 97463/MG – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – 1ª Turma – j. 06.10.2009).

Como se percebe, após a edição da Lei n.º 11.464/07, os Tribunais Superiores consolidaram o entendimento – embora não unânime – que a vedação da liberdade provisória nos crimes relacionados ao tráfico de drogas ilícitas deriva da inafiançabilidade contida no art. 5º, inciso XLIII, da Carta Política/88, bem como, do caráter especial da Lei n.º 11.343/06 – Lei Anti-Drogas – em relação à natureza geral da Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos.

5.4

Críticas à Vedação em Absoluto da Liberdade Provisória

Embora o presente trabalho não pretenda demonstrar a ilegitimidade de toda e qualquer prisão decretada anteriormente à sentença penal condenatória irrecorrível – como sustentado por Ferrajoli –, percebe-se que a vedação da liberdade provisória em absoluto mostra-se incompatível com o princípio da presunção de inocência inserido no art. 5º, inciso LVII, da Carta Política/88.

A vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário ofende o princípio da presunção de inocência, uma vez que a manutenção da prisão em flagrante se fundamenta, exclusivamente, na presunção legal de que a restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante gera risco à regularidade da persecução penal.

A prisão processual, conforme demonstrado no segundo capítulo da pesquisa, legitima-se a partir dos princípios e pressupostos das medidas cautelares e, desde que tenha como finalidade a tutela da persecução penal. Neste sentido, a necessária motivação da decisão judicial aperfeiçoa a prisão processual, sem, contudo, ofender o princípio da presunção de inocência.

Esclarece Tourinho Filho:

[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apenas poderá ser admitida a título de cautela. [...] Não havendo perigo de fuga do indiciado ou imputado e, por outro lado, se ele não estiver criando obstáculo à averiguação da verdade buscada pelo Juiz, a prisão provisória torna-se medida inconstitucional. Se se pretende dar combate ao crime implacavelmente, superlotando as cadeias e decuplicando seu número, é muito simples: basta riscar da Constituição o princípio da presunção de inocência [...]. (TOURINHO FILHO, 2007b, p. 64)

A vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário afronta também o princípio da motivação das decisões judiciais inserido no art. 93, inciso IX, da carta Política/88, na medida em que a mera referência a proibição legal como fundamento para impedir a restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante desatende o mencionado preceito constitucional.

Ressalta-se que a motivação da decisão judicial que denega a liberdade provisória, pela autoridade judiciária, deve consubstanciar-se na demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não a partir de ilações ou presunções, mas, imperativamente, em fatos concretos carreados aos autos do inquérito policial e/ou do processo penal.

Com efeito, na motivação da decisão que decretar a privação da liberdade de locomoção do acusado antes de sentença condenatória definitiva, deve o magistrado demonstrar, indicando os fatos concretos sobre os quais se alicerça seu convencimento, tanto em relação ao *fumus commissi delicti*, quanto também relativamente ao *periculum libertatis*, pressupostos de toda prisão processual.

Quanto ao *fumus commissi delicti* da prisão processual, necessário se faz, inicialmente, a comprovação da materialidade da infração penal, através da constatação de todos os elementos analíticos do crime, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Por isso, a exclusão de qualquer um dos referidos requisitos do crime – tipicidade, ilicitude ou culpabilidade –, desautoriza o cerceamento da liberdade de locomoção do acusado antes de decisão penal condenatória final.

Afirma Lopes Júnior:

Dessarte, o primeiro ponto a ser demonstrado é a aparente tipicidade da conduta do autor. Esse ato deve amoldar-se perfeitamente a algum dos tipos previstos no Código Penal, mesmo que a prova não seja plena, pois o que se exige é a probabilidade e não a certeza. Em síntese, deverá o juiz analisar todos os elementos que integram o tipo penal, ou seja, conduta humana voluntária e dirigida a um fim, presença de dolo ou culpa, resultado, nexos causal e tipicidade. Mas não

basta a tipicidade, pois o conceito formal de crime exige a prática de um ato que, além de típico, seja também ilícito e culpável. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 96).

A existência de indícios relativos à autoria, integra também, o *fumus commissi delicti* necessário para a decretação da prisão processual do acusado, em outras palavras, o cerceamento da liberdade de locomoção antes de decisão penal condenatória final, somente poderá ocorrer, de acordo com a lição de Dalabrida, caso haja, “probabilidade fundada, de que o acusado ou suspeito tenha sido o autor da infração ou que tenha dela participado de alguma forma” (DALABRIDA, 2009, p. 93).

Entretanto, não basta somente a fundamentação quanto ao *fumus commissi delicti*, necessário ainda a comprovação do *periculum libertatis* – consistente no risco que acarreta a liberdade de locomoção do acusado para a regularidade da persecução penal e, conseqüentemente, a utilidade e eficácia da decisão final – para a efetivação da prisão processual.

Quanto à profundidade da cognição judicial necessária em relação ao *periculum libertatis* para a decretação da prisão processual, esclarece Grinover; Fernandes; Gomes Filho:

[...] se a lei se contenta com o mero juízo de probabilidade relativamente ao *fumus boni juris* [*fumus commissi delicti*], o mesmo não pode ser afirmado quanto ao *periculum libertatis*, que deve obrigatoriamente resultar de avaliação mais aprofundada sobre as circunstâncias que indicam a necessidade da medida excepcional. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 357).

Em conseqüência disto, a demonstração do *periculum libertatis*, como pressuposto necessário para a decretação da prisão processual, deve, obrigatoriamente, fundar-se em fatos concretos e, jamais em meras conjecturas ou presunções.

Na lição de Lopes Júnior:

[...] é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva [modalidade de prisão processual]. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida. Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo dever estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações [...]. Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 100).

E conclui o autor:

É imprescindível um juízo sério, desapaixonado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva [modalidade de prisão processual] deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 100-101).

Desta forma, ao vedar em absoluto a liberdade provisória, exclusivamente com base na presunção de que a restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante colocará em risco a persecução penal, o legislador ordinário viola os princípios da presunção de inocência e da necessária motivação das decisões judiciais.

Importante salientar que há decisões judiciais que, mesmo reconhecendo a insuficiência da vedação da liberdade provisória em absoluta pelo legislador ordinário para fundamentar a restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante, reconhece a presença dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva no caso concreto e, mantém em cárcere, o autuado.

Neste sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I E IV, C/C 14, INCISO II, E 29, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PRONÚNCIA. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Inobstante haja previsão legal de proibição da concessão de liberdade provisória no caso de cometimento dos crimes hediondos, se faz necessária a análise in concreto, de acordo com os requisitos do art. 312 da Lei Processual Penal.

2. In casu, presentes os motivos ensejadores da custódia cautelar. Paciente que ameaçou a vítima quando esta foi conduzida para depoimento.

3. Ordem denegada. (STJ – HC 40571/SP – 6ª T. – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. 20/10/2005).

Por outro lado, o entendimento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal, após o advento da Lei n.º 11.464/07, ainda que não unanimemente, no sentido de que a exclusão da expressão “liberdade provisória” do rol de restrições previstas no inciso II, do art. 2.º, da Lei n.º 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 deste Supremo Tribunal, constituía redundância.” (STF – HC 98548/SC – Rel. Min. Cármen Lúcia – 1ª Turma – j. 24.11. 2009), não encontra amparo constitucional.

Isto por que, a distinção entre crimes inafiançáveis e afiançáveis, surge exclusivamente no contexto da liberdade provisória mediante fiança. Com efeito, o ordenamento jurídico estabelece quais as infrações penais que não admitem a liberdade provisória mediante fiança – isto é, os crimes inafiançáveis –, a *contrario sensu*, pode-se concluir quais os crimes permitem tal benefício processual – ou seja, os crimes afiançáveis.

A proibição da liberdade provisória mediante fiança, isto é, a inafiançabilidade, pode decorrer da própria Carta Política/88 – nos crimes de racismo, hediondos e assemelhados e, na ação de grupos armados, civis, ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático – bem como, no âmbito da legislação ordinária – como nas hipóteses previstas nos arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal¹⁷.

Entretanto, percebe-se, claramente, que a inafiançabilidade diz respeito tão-somente à vedação da liberdade provisória mediante fiança, não se podendo confundir, jamais, a inafiançabilidade com a vedação da liberdade provisória, mesmo porque a Constituição Federal/88 não estabeleceu a vedação da liberdade provisória, em absoluto, a nenhuma infração penal.

Assevera Oliveira:

[...] a definição e o conceito de inafiançabilidade foram elaborados a partir da vigência do Código de Processo Penal, quando a única modalidade de liberdade provisória existente era a liberdade com fiança. Com isso, dizer que determinada infração era inafiançável era o mesmo que dizer que não cabia, em tais casos, qualquer espécie de liberdade provisória. Entretanto, já a partir de 1977, com a inclusão do parágrafo único ao art. 310 do CPP, a liberdade provisória com fiança perdeu grande parte de seu interesse, já que, desde que inexistentes razões da preventiva, obtinha-se a liberdade provisória [...]. Por isso, quando a Constituição veio a se referir à inafiançabilidade para os crimes de racismo e de tortura, e outros,[...], a única conclusão que se poderia chegar e que se pode extrair do texto é a vedação da concessão de liberdade provisória com fiança. Não há que se falar em proibição de aplicação do art. 310, parágrafo único, seja porque não houve

¹⁷ Art.323. Não será concedida fiança:

- I – nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;
- II – nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;
- III – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;
- IV – em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;
- V – nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça;

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

- I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança, anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;
- II – em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;
- III – ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança;
- IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

referência expressa na Constituição – e é a própria Constituição que reconhece a também existência do regime de liberdade provisória sem fiança (art. 5º, LXVI) –, seja, sobretudo, porque não se interpreta uma norma constitucional superveniente com base exclusivamente na legislação ordinária então vigente. (OLIVEIRA, 2008, p. 449-450).

A possibilidade de confusão entre a inafiançabilidade e a vedação da liberdade provisória, também é rechaçada por Franco:

[...] não há possibilidade de confusão, em nível constitucional e, por via de conseqüência, na legislação ordinária entre os conceitos de liberdade provisória e fiança. O inciso LXVI do art. 5.º 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 a mostra, para quem quiser ler, que o instituto da liberdade provisória tem uma área de significado bem mais extensa do que a fiança, na medida em que guarda aplicabilidade em relação a infração penal que não comporta fiança. E nisso o legislador constituinte seguiu à risca a doutrina brasileira. Não obstante ocorra “a relação de gênero e espécie” entre a liberdade provisória e a fiança, não há possibilidade de fundir ou confundir os dois conceitos. Daí “a possibilidade de concessão de liberdade provisória até mesmo nos casos em que a infração penal seja inafiançável”. (FRANCO, 2007b, p. 456-457).

Nota-se, pois, que a inafiançabilidade refere-se tão-somente a vedação da liberdade provisória mediante fiança e não à proibição, em absoluto, da restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante, uma vez que o instituto jurídico da liberdade provisória como gênero, apresenta como espécies: a liberdade provisória com fiança e; a liberdade provisória sem fiança.

Contudo, em sede infraconstitucional, o argumento segundo o qual a Lei n.º 11.464/07 não repercute no âmbito da Lei n.º 11.343/06 – Lei Anti-Drogas – tendo em vista a natureza especial deste texto normativo em relação à Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos –, apresenta nítido traço repressivo e autoritário, próprio da ideologia de emergência no direito processual penal.

Neste sentido, o Acordão relatado pela Ministra Laurita Vaz do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO.

1. A vedação expressa do benefício da liberdade provisória disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime de tráfico ilícito de drogas.

2. A modificação da Lei dos Crimes Hediondos não influenciou na Lei n.º 11.343/06 que, por regular particularmente a disciplina dos crimes de tráfico, é especial em relação à Lei n.º 11.464/07, inexistindo, portanto, qualquer antinomia no sistema

jurídico, a luz do brocardo *lex specialis derogat legi generali*. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Ordem denegada. (STF – HC 119503/GO – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ª Turma – j. 09.12.2008)

Entretanto, ainda que a Lei n.º 11.343/07 – Lei Anti-Drogas – apresente natureza especial em relação ao caráter geral da Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos –, tal controvérsia não deve ser enfrentada no campo do conflito aparente de leis penais.

Importa ressaltar que no concurso aparente de normas, conforme lição de Nucci, “existe uma ilusória idéia de que duas ou mais leis podem ser aplicadas ao mesmo fato”. (NUCCI, 2007b, p. 149-150).

Com efeito, o conflito aparente de leis pressupõe a unidade de fato e a pluralidade de normas que, em princípio, são aplicáveis ao caso concreto. Porém, entre as várias normas penais que supostamente regem o fato, existe uma relação de hierarquia, ou então, de dependência entre elas, de tal forma que apenas uma norma será aplicável.

A incidência de uma e, a conseqüente exclusão das demais normas, em princípio, aplicáveis ao fato, no contexto do concurso aparente de normas penais será solucionado através dos princípios da especialidade, subsidiariedade ou consunção.

A respeito, sintetiza Jesus:

Diz-se que uma norma penal incriminadora é especial em relação a outra, *geral*, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta, e mais alguns, de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*, apresentando por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade. A norma especial, ou seja, a que acresce elemento próprio à descrição legal do crime previsto na geral, prefere a esta [...]. Há relação de primariedade e subsidiariedade entre normas quando descrevem graus de violação do mesmo bem jurídico, de forma que a infração definida pela subsidiária, de menor gravidade que a da principal, é absorvida por esta [...]. Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. (JESUS, 2007, p. 109-114).

Percebe-se que no contexto do concurso aparente de normas penais torna-se fundamental que as várias normas, em princípio, aplicáveis ao fato, estejam, simultaneamente, em vigor. De outro lado, constatando-se que as normas penais concorrentes não estão, ao mesmo tempo, em vigor, mas em ordem cronológica de sucessão, ou seja, as normas concorrentes obedecem a

uma sucessão temporal, não há concurso aparente de normas penais, mas conflito de normas penais no tempo.

Ressalta-se que o conflito de leis penais no tempo será decidido, não pelos critérios da especialidade, subsidiariedade ou consunção, porém através do princípio da posterioridade. Em outras palavras, ocorrendo a sucessão de leis penais no tempo, soluciona-se a questão por meio do princípio da posterioridade, ou seja, a lei penal posterior revoga – ou derroga – a lei anterior.

Na lição de Venosa:

Revogação é termo geral que abrange a derrogação e ab-rogação. Na derrogação, a lei nova apenas revoga parcialmente lei anterior. Na ab-rogação, a revogação atinge completamente lei anterior. Quando há derrogação, o ordenamento ficará com ambas as leis em vigor, cabendo ao intérprete, no mais das vezes, indicar quais os dispositivos da lei antiga que ainda remanescem vigentes e eficazes. A revogação é, como facilmente se nota, questão de vital importância. [...] Por vezes, como deveria suceder sempre, o legislador é expresso, mencionando, no bojo da nova lei, quais as leis ou artigos revogados pela nova lei. Nesse aspecto, perante a revogação expressa, não haverá maior problema para o intérprete. (VENOSA, 2007, p. 111).

E conclui o autor:

Problema maior, por vezes de alta complexidade, ocorre quando a nova lei é omissa sobre a modificação ou revogação da lei antiga e a nova lei mostra-se contraditória ou confusa com a legislação antiga ou disciplina total ou parcialmente a matéria até então regulada. Trata-se da problemática da revogação tácita. Nessas hipóteses, há todo um trabalho de raciocínio, de interpretação e integração das normas dentro do ordenamento a fim de se concluir pela subsistência, modificação, derrogação ou revogação da lei antiga. (VENOSA, 2007, p. 111).

Como se percebe, em sintonia com a Lei n.º 8.072/90, o legislador ordinário reproduziu a vedação em absoluto da liberdade provisória na Lei n.º 11.343/06, mantendo coerência no tratamento dos crimes hediondos e assemelhados na legislação infraconstitucional.

Entretanto, a Lei n.º 11.464/07 ao retirar a vedação em absoluto da liberdade provisória aos crimes hediondos e assemelhados, contrapõe diretamente ao art. 44 da Lei n.º 11.343/06 que desautoriza a liberdade provisória nos crimes previstos em seu art. 33, *caput*, e §1º, 34 a 37.

Como se percebe, anteriormente à Lei n.º 11.464/07, a vedação em absoluto da liberdade provisória inserta no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, embora sem amparo na Carta Política/88, encontrava respaldo na Lei n.º 8.072/90. A

partir da Lei n.º 11.464/07, a vedação em absoluto da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 encontra-se revogada.

Esclarece Bianchini; Gomes; Cunha; Oliveira:

No caso do Tráfico de drogas, equiparado a hediondo desde 1990, a proibição da liberdade provisória foi reiterada na nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), mais precisamente em seu art. 44. Desde 08.10.2006 (data em que entrou em vigor esta última lei) essa proibição, portanto, achava-se presente tanto na lei geral (lei dos crimes hediondos) como na lei especial (lei de drogas). Esse cenário, contudo, foi completamente alterado com o advento da Lei 11.464/2007 (vigente desde 29.03.2007) que, alterando a redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, aboliu a vedação da liberdade provisória. Como se vê, houve uma sucessão, no tempo, de leis processuais materiais, fenômeno regido pelo princípio da *posterioridade*, isto é, *a lei posterior revoga a lei anterior* (essa revogação, como sabemos, pode ser expressa ou tácita; no caso, a Lei 11.464/2007, que é geral, derogou expressamente parte do art. 44 da Lei 11.343/2006, que é especial). Em outras palavras: desapareceu do citado art. 44 a proibição da liberdade provisória, porque a lei nova revogou (derrogou) explicitamente a antiga. (BIANCHINI; GOMES; CUNHA; OLIVEIRA, 2009, p. 224-225).

Por fim, a Lei n.º 11.464/07, não produz efeitos tão-somente na Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos – e, na Lei n.º 11.343/06 – Lei Anti-Drogas –, ou ainda, na Lei n.º 9.455/97 – que dispõe sobre os crimes de tortura –, isto é, a Lei n.º 11.464/07 não reflete apenas no âmbito dos crimes hediondos e equiparados.

Esclarece Amico:

[As] inovações introduzidas pela Lei 11.464/07 não se circunscrevem ao âmbito das Leis 8.072/90, 9.455/97 e 11.343/06. As Leis 9.034/95 (que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), 9.613/98 (que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores) e 10.826/03 (que dispõe sobre armas de fogo e munição), embora não tratem de crime hediondo ou assemelhado, foram pela Lei 8.072/90 influenciadas, possuindo dispositivos que vedam a concessão da liberdade provisória (arts. 7.º, 3.º e 21, respectivamente). A partir da vigência da Lei 11.464/07, não mais havendo restrições à concessão de liberdade provisória sem fiança para o crime hediondo e assemelhado que, na hierarquia delitual, representam os crimes de maior gravidade, não se justifica a permanência da vedação genérica à liberdade provisória prevista nas Leis ns. 9.034/95, 9.613/98 e 10.826/03. (AMICO, 2007, p. 02-03).

Assim, a modificação da redação do art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90, realizada pela Lei n.º 11.464/07, excluindo a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados, isto é, nos delitos de maior gravidade no universo de infrações penais, deve ressoar em todo o âmbito da legislação ordinária.