



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS COM PENA
MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS

Fernando Luís de Sá Barquinha Luz

Rio de Janeiro
2018

FERNANDO LUÍS DE SÁ BARQUINHA LUZ

A LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA NOS CRIMES INAFIANCÁVEIS COM PENA
MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS COM PENA MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS

Fernando Luís de Sá Barquinha Luz

Graduado pela Fundação Getúlio Vargas Direito Rio. Advogado. Pós-Graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Trata-se de trabalho que analisa a tratativa do ordenamento jurídico brasileiro da liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis com pena máxima superior a quatro anos. O trabalho visa a avaliar a alteração legislativa que mudou as normas referentes à fiança no processo penal, o posicionamento dos tribunais superiores quanto ao tema e realizar o estudo de caso concreto com a análise de habeas corpus tratando do tema.

Palavras-chave – Processo Penal. Inafiançável. Liberdade Provisória.

Sumário – Introdução. 1. Evolução do instituto da fiança no Código de Processo Penal. 2. Entendimento jurisprudencial quanto à liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis. 3. Estudo de Caso, HC nº 112.640/SP e HC nº 93.302/SP do STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO:

O trabalho aborda a relação entre as alterações do legislador quanto à liberdade provisória com e sem fiança e o instituto da inafiançabilidade. O constituinte originário buscou agravar certos crimes tornando-os inafiançáveis conforme previsto no art. 5º, XLII e XLIII da CRFB/88. Porém o legislador ordinário alterou o Código de Processo Penal por meio da Lei nº 12.403/2011 conferindo nova redação a alguns artigos do Capítulo VI, “Da Liberdade Provisória, Com ou Sem Fiança” do Título IX do Código de Processo Penal.

No presente artigo, busca-se analisar como as alterações da Lei nº 12.403/2011 afetaram a inafiançabilidade para crimes inafiançáveis de pena máxima maior de quatro anos e como a jurisprudência tem se manifestado quanto ao tema. Faz-se a distinção entre crimes com

pena máxima maior de quatro anos, pois nesse caso somente a autoridade judiciária poderá fixar a fiança.

O primeiro capítulo deste trabalho científico abordará a evolução do instituto da fiança no Código de Processo Penal e na Constituição Federal a partir da alteração da Lei nº 12.403/2011 que alterou artigos do Capítulo VI, “Da Liberdade Provisória, Com ou sem Fiança”. Objetiva-se analisar a disciplina dos crimes inafiançáveis na Constituição Federal e na legislação ordinária e se a alteração permite a liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis.

O segundo capítulo fará uma análise sobre o entendimento jurisprudencial quanto à possibilidade ou não da liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis e sua relação com a Constituição Federal e legislação ordinária. O capítulo tratará da alteração do entendimento jurídico das cortes superiores, inicialmente contrário e posteriormente favorável a liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis com base na legislação pertinente e casos concretos.

O terceiro capítulo e último capítulo fará estudo de caso com base em dois habeas corpus do STF no qual se adotam posicionamentos diferentes quanto à possibilidade da concessão ou não de liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis. São eles: HC nº 112.640/SP de relatoria do Ministro Dias Tofoli de 07/08/2012 e HC 93.302/SP de relatoria da Ministra Carmen Lúcia de 25/03/2008. Ambos utilizando fundamentos legais e constitucionais para fundamentar o seu posicionamento.

Quanto à metodologia, será realizada uma análise jurídica quanto à legislação em vigor e uma análise jurisprudencial abordando os diferentes posicionamentos já adotados pelos tribunais superiores. Será realizado um levantamento jurisprudencial dos habeas corpus julgados pelo Supremo Tribunal Federal quanto a concessão ou não de liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis.

Assim sendo, a abordagem será qualitativa e quantitativa do objeto proposto. O presente trabalho científico pretende se valer da análise do instituto da fiança no ordenamento jurídico com o apoio da doutrina. Também analisará a jurisprudência dos tribunais superiores com foco nos habeas corpus julgados pelo Supremo Tribunal Federal

1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FIANÇA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Lei nº 12.403/2011¹ alterou diversos institutos do Título IX, “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória” do Código de Processo Penal. Dentre eles, alterou-se o instituto da fiança com a inclusão de nova redação a diversos artigos do Capítulo VI, “Da Liberdade Provisória, Com ou Sem Fiança”.

Não se trata da primeira vez que esse instituto foi alterado desde a edição do Código de Processo Penal, a Lei nº 6.416/77² também incluiu nova redação aos artigos que tratam da fiança. Para fins metodológicos e da extensão do tema, destaca-se a alteração dos artigos 321, 322 e do CPP:

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).³

A fiança historicamente funcionou como forma de garantir o juízo, impedindo que o réu se furte à prestação jurisdicional. Caso o faça, não poderá reaver os valores pagos a título de fiança em eventual absolvição. Nesse sentido de garantir o juízo, antes da reforma da Lei nº 12.403/2011⁴, a lei processual penal permitia que o réu permanecesse preso caso não garantisse o juízo por meio do pagamento de fiança.

Conforme é possível analisar da leitura dos artigos, a alteração da Lei nº 12.403/2011⁵ visou a mudar a compreensão sobre o instituto. Na redação atual, ao receber a notícia da prisão, o juiz deverá decidir pela presença ou não dos requisitos da prisão preventiva previstos nos

¹ BRASIL, *Lei nº 12.403*, 04 de maio de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm >. Acesso em 03 out. 2018.

² BRASIL, *Lei nº 6.416*, de 24 de maio de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm > Acesso em 29 nov. 2018

³ BRASIL, *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2018

⁴ BRASIL, op. cit. nota 1.

⁵ Ibid.

artigos 312 e 313 do CPP⁶. Caso não estejam presentes os requisitos, o juiz poderá fixar medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP⁷.

Pela clara leitura do art. 321, o CPP⁸ passou a não mais permitir a prisão pela ausência de pagamento de fiança devendo o juiz se manifestar pela liberdade provisória com ou sem medida cautelar ou manutenção da prisão preventiva. Também se destaca, conforme nova redação do art. 322 do CPP⁹, o juiz somente arbitrará fiança nas hipóteses em que a infração penal seja superior a 4 anos, cabendo à autoridade policial arbitrar a fiança nas demais hipóteses.

Anteriormente, pela redação conferida pela Lei nº 6.416/77¹⁰, a autoridade policial somente poderia conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples em flagrante, devendo os demais casos serem encaminhados para o juiz competente. Assim sendo foram ampliadas as situações que permitem o arbitramento da fiança pela autoridade policial.

Para o presente trabalho, destaca-se os crimes cujas penas são superiores a 4 anos, uma vez que somente o juiz poderá arbitrar a sua fiança. Todavia pela própria disposição do art. 321¹¹, ao receber a notícia de prisão, o juiz deverá se manifestar quanto à concessão da liberdade provisória com ou sem medidas cautelares ou sobre a manutenção da prisão com a sua conversão em prisão preventiva.

Dessa forma, percebe-se que a fiança, como uma das medidas cautelares diversas a prisão, perde a sua função inicial e passa a ser uma das opções de medidas cautelares previstas no art. 319¹². Feito esse destaque, percebe-se que a intenção do legislador ordinário e do constituinte originário de punir com maior vigor os crimes considerados inafiançáveis perde-se. Uma vez que o juiz deve se manifestar pela liberdade provisória ou não, tais crimes perdem uma das hipóteses de concessão de medida cautelar restringindo a atuação do magistrado ao impedir a sua imposição.

Assim será feita ao longo dos próximos capítulos análise de como a jurisprudência tem se manifestado quanto a inafiançabilidade dos crimes hediondos. Busca-se analisar se a opção do legislador em não permitir a fiança de crimes hediondos evita a liberdade provisória ou se

⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹² Ibid.

somente limita a atuação do magistrado quanto a concessão de medida cautelar diversa da prisão.

2 – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL QUANTO À LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS

Os crimes inafiançáveis estão previstos no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV da CRFB/88¹³ e art. 324 do CPP¹⁴. São eles o racismo, os crimes hediondos, o tráfico de drogas, terrorismo, tortura e ação de grupos armados, civis ou militares e contra a ordem constitucional do Estado Democrático.

Conforme previsto no art. 310, III do CPP¹⁵, no caso de prisão em flagrante, o juiz decidirá pela possibilidade de concessão da liberdade provisória com ou sem fiança. Diante da impossibilidade da concessão da liberdade provisória com fiança nos crimes inafiançáveis, discute-se qual a função da vedação e se é possível a concessão de liberdade provisória aos crimes inafiançáveis, mesmo que sem fiança.

Inicialmente houveram diversos julgados dos tribunais superiores proibindo a concessão de liberdade provisória aos crimes inafiançáveis. Nesse sentido, o STF decidiu no HC nº 93.302/SP¹⁶, HC nº 97.463/MG¹⁷ e HC nº 97.883/MG¹⁸ que a vedação da liberdade provisória em relação a crimes hediondos e equiparados estabelece, no caso de prisão cautelar, a necessidade presumida iuris et de iure, na hipótese de prisão de flagrante delito. Nesse sentido segue parte da ementa do HC nº 93.302/SP¹⁹:

[...] 2. 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. [...]

¹³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 19 set. 2018

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 93.302/SP*. Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525895>> Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.463/MG*. Relator: Ricardo Lewandoski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605914>> Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.883/MG*. Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600759>> Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

O STJ também proferiu em julgados semelhantes o mesmo entendimento que não é possível a concessão de liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis nos HC 93.591/MS²⁰, HC 85.682/RO²¹, HC 124.535/MG²². Um dos fundamentos era a expressa previsão do art. 44 da Lei nº 11.343/06²³ que veda a liberdade provisória:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Apesar dos julgados, a CRFB/88²⁴, ao elencar que certos crimes são inafiançáveis, não vedou expressamente a concessão da liberdade provisória a esses crimes. Quando a CRFB/88²⁵ afirma que aqueles crimes são inafiançáveis, busca-se apenas limitar as medidas cautelares permitidas quando da concessão da liberdade provisória se não estiverem presentes os elementos que justifiquem a prisão preventiva disciplinada no art. 312 do CPP.

A despeito do apelo social, a concessão de liberdade provisória sem fiança com a decretação ou não de medida cautelar, não equivale a liberdade. A liberdade é provisória, pois é condicionada ao desfecho do processo e possivelmente a medida cautelar. Logo, é possível que seja aplicada outra medida cautelar diversa da fiança. O constituinte originário e o legislador visavam apenas impedir que fosse concedida a liberdade provisória com o mero pagamento de fiança. Nesse sentido, afirma Renato Brasileiro²⁶:

Na verdade, admite-se a análise da imprescindibilidade da manutenção da prisão cautelar do indivíduo, devendo o juiz apontar de maneira fundamentada a hipótese do art. 312 do CPP que justifica sua segregação, ou, caso contrário, que seja concedida ao preso a liberdade provisória sem fiança, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão.

Em razão disso, o STF mudou o entendimento e passou a compreender que a vedação a concessão de fiança não impede a liberdade provisória, inclusive nos casos do art. 44 da lei nº 11.343/06²⁷ que veda a liberdade provisória. A concessão de liberdade provisória sem fiança

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 93.591/MS*. Relator: Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3717994&num_registro=200702563301&data=20080804&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 85.682/RO*. Relator: Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3580311&num_registro=200701469043&data=20080218&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 124.535/MG*. Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4861088&num_registro=200802826804&data=20090413&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018

²³ BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 19 set. 2018

²⁴ BRASIL, op. cit. nota 13.

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. 5ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1083.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 23.

deve ser considerada válida, devendo o magistrado analisar a necessidade de fixação de medida cautelar diversa ao caso.

O STF decidiu nesse sentido no HC nº 101.505/SC²⁸, HC nº 96.041/SP²⁹, HC nº 94.916/RS³⁰, dentre outros. Neste último, o STF admitiu a concessão de liberdade provisória à cidadã presa em flagrante com pequena quantidade de maconha quando visitava o marido na penitenciária. Assim se entendeu pois se tratava de acusada primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, acometida de doença contagiosa (AIDS), sendo dela economicamente dependente a filha.³¹

Embora em regra caiba somente ao juiz conceder medida cautelar diversa da prisão, o CPP prevê no seu art. 322³², de forma excepcional que a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Dessa forma, a vedação da concessão da liberdade provisória com fiança impede que a autoridade policial possa arbitrar fiança e o preso em flagrante ver-se solto para crimes como o do art. 5º e 8º da Lei nº 7716/89³³ que trata dos crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor:

Art. 5º - Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art 8º - Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público.

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Assim sendo, a vedação a concessão de liberdade provisória com fiança nos crimes inafiançáveis não impede a concessão de liberdade provisória sem fiança e também não se limita a impedir uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP³⁴. O magistrado poderá decidir pelo condicionamento da liberdade provisória a alguma das medidas cautelares

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 101.505/SC*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607703>> Acesso em: 17 out. 2018

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 96.041/SP*. Relatora: Ministra: Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610047>> Acesso em: 17 out. 2018

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 94.916/RS*. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610047>> Acesso em: 17 out. 2018

³¹BRASIL, op. cit. nota 26..

³²BRASIL, op. cit. nota 3.

³³BRASIL. *Lei nº 7716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm> Acesso em: 03 set. 2018.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

do art. 319 do CPP³⁵ e a autoridade policial ficará vedada a conceder fiança nos crimes hediondos com pena máxima inferior a 4 (quatro) anos.

3 – ESTUDO DE CASO, HC nº 112.640/SP e HC nº 93.302/SP DO STF:

Conforme previsão constitucional no art. 5º, LXVIII,³⁶ será possível a concessão de habeas corpus sempre que alguém sofrer violência ou coação em liberdade de locomoção. Além disso, o Supremo Tribunal Federal entende ser possível a sua impetração perante a corte superior para a defesa do direito constitucional à liberdade.

Diante disso e da competência para resolver as violações a constituição prevista em diversos artigos da CRFB/88 como, art. 102, I, a); art. 102, III, b e art. 102, § 2º³⁷, o STF se pronunciou em diversos julgados sobre o tema tratado no presente trabalho. Feita a pesquisa jurisprudencial com os termos “liberdade provisória sem fiança crime hediondo” foram encontrados habeas corpus como o HC nº 112.640/SP³⁸, HC nº 110.884/RS³⁹, HC nº 109.236/SP⁴⁰, HC nº 111.166/MT⁴¹, HC nº 108.802/MG⁴², HC nº 106.963/MG⁴³, etc.

Ao total foram encontrados 37 acórdãos tratando do tema. Para fins didáticos opta-se por analisar o HC nº 93.302/SP⁴⁴ e HC nº 112.640/SP⁴⁵, o primeiro de relatoria da Ministra Carmen Lúcia e o segundo de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que são abordados diferentes posicionamentos sobre o tema.

³⁵ Ibid.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 13.

³⁷ Ibid.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 112640/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751528>> Acesso em: 19 set. 2018.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 110844/RS*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193139>> Acesso em: 19 set. 2018.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 109236/MG*. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1733289>> Acesso em: 19 set. 2018

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 111166/MT*. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1909844>> Acesso em: 19 set. 2018.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 108802/MG*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193133>> Acesso em: 19 set. 2018.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 106963/MG*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507172> Acesso em 19 set. 2018.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 16.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 38.

No HC nº 93.302/SP de 25/03/2008, o Supremo Tribunal Federal, por meio da relatora Cármen Lúcia, adotava o posicionamento anterior da vedação de concessão da liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis⁴⁶:

[...] 2. 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. (...)) 5. Licitude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão da liberdade provisória. Ordem denegada.

Nesse HC, argumentou-se pela constitucionalidade da Lei nº 11.464/07⁴⁷, que suprimiu a expressão “e liberdade provisória” do art. 2º, II, da Lei nº 8072/90⁴⁸. Apesar da supressão, afirma a Relatora que não houve violação da CRFB/88, pois a proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos decorre da vedação da fiança e não da expressão suprimida.

Afirma também a relatora que o Art. 5º, LXVI da CRFB/88⁴⁹ foi bastante incisivo ao dispor que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei permitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. É possível compreender que a legislação ordinária pode não admitir a liberdade provisória em algumas situações desde que sejam observados padrões mínimos de razoabilidade.

Logo, mesmo com a supressão, entendeu-se que permanecia a vedação a liberdade provisória aos crimes hediondos. Até porque, no caso, aplicou-se a vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06. Ressalte-se que nesse caso o Réu tinha bons antecedentes, aplicou-se o art. 33 § 4º da Lei nº 11.343/06 e o Réu foi condenado a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão.

No HC nº 112.640/SP de 07/08/2012, o Supremo Tribunal Federal, após a alteração legislativa, por meio do relator Dias Toffoli, adotou o novo posicionamento pela possibilidade da concessão da liberdade provisória sem fiança aos crimes inafiançáveis⁵⁰:

[...] 2. a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significa óbice à liberdade provisória, considerado o conflito entre os incisos XLIII e LXVI [...], ambos do art. 5º da CF. [...] 5. Está sedimentado na Corte o entendimento de que a gravidade em abstrato do delito não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da liberdade individual do agente. Precedentes. Ordem concedida. [...]

⁴⁶ BRASIL, op. cit. nota 16.

⁴⁷ BRASIL, *Lei nº 11.464*, de 28 de março de 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm >. Acesso em 18 out. 2018

⁴⁸ BRASIL, *Lei nº 8072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm > Acesso em 29 nov. 2018

⁴⁹ BRASIL, op. cit. nota 13.

⁵⁰ BRASIL, op. cit. nota 38., p. 1 e 2.

Conforme é possível analisar nos julgados, houve uma mudança jurisprudencial quanto a interpretação das normas envolvendo a presunção de inocência e a inafiançabilidade de certos crimes previstos na Constituição⁵¹. Inicialmente, o STF entendia que a previsão constitucional de inafiançabilidade impedia a prisão provisória com ou sem fiança em razão da gravidade abstrata do delito e pela expressa vedação legal.

Posteriormente, a partir do HC nº 97.256/RS⁵², conforme indicado na ementa do HC nº 112.640/SP⁵³, houve a alteração jurisprudencial para que houvesse a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro conforme o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVI e LVII da CRFB/88⁵⁴. Para que haja a vedação a liberdade provisória sem fiança, é necessário que estejam previstos os requisitos que permitem a prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP⁵⁵.

No HC nº 112.640/SP⁵⁶, o Ministro Relator, Dias Toffoli explicita que o juízo não indicou, na forma do art. 312, os elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade de prisão cautelar pelo crime de tráfico. Não basta a gravidade abstrata do crime para que seja determinada a prisão cautelar. A vedação à concessão de fiança não impede a liberdade provisória.

O relator também afirma que a disposição do art. 44 da Lei nº 11.343/2006⁵⁷ retira do juiz a oportunidade de no caso concreto analisar os pressupostos de necessidade da custódia cautelar. A liberdade provisória deve ser aferida conforme a sua pertinência e de acordo com a subjetividade do agente, de acordo com o art. 310 do CPP⁵⁸ e do art. 5º, LXVI da CRFB/88⁵⁹.

Destaca-se que, no caso do HC nº 112.640/SP⁶⁰, o Réu havia sido condenado à pena 2(dois) anos e 6(seis) meses de reclusão, mais multa em regime inicial fechado por incursão do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006⁶¹. O Juízo fundamentou pela prisão cautelar, não sendo possível recorrer em liberdade, pelo fato do crime ser de natureza hedionda e visando à prevenção e repreensão do crime cometido.

⁵¹ BRASIL. op. cit. nota 13.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.256/RS*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?is=617879> Acesso em: 19 set. 2018

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 38

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 13

⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 38.

⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 23

⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 13.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 38.

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 23.

Assim se entendeu, em razão das circunstâncias judiciais favoráveis, pela aplicação do art. 33 § 4º da Lei nº 11.343/06⁶² e conclusão de que a conduta delituosa não constitui atividade habitual do paciente. Nesse caso a fundamentação pela prisão cautelar se deu exclusivamente com base na gravidade abstrata do crime, não houve qualquer menção desabonadora às condições pessoais do agente além da prática do crime. Razão pela qual o Relator compreendeu que se tratava de hipótese de concessão da liberdade provisória sem fiança.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebe-se que as alterações realizadas pela Lei nº 12.403/2011 que mudou o instituto da fiança no capítulo VI, “Da Liberdade Provisória, Com ou Sem Fiança” do Código de Processo Penal não equivale à liberdade nos casos de concessão de liberdade provisória sem fiança. A liberdade provisória é condicionada ao desfecho do processo e possivelmente a medida cautelar. É possível que seja aplicada outras medidas cautelares diversas da fiança previstos no art. 319 do CPP.

Pela clara leitura do art. 321, o CPP passou a não mais permitir a prisão pela ausência de pagamento de fiança, devendo o juiz se manifestar pela liberdade provisória com ou sem medida cautelar ou manutenção da prisão preventiva. Também se destaca, conforme nova redação do art. 322 do CPP, o juiz somente arbitrará fiança nas hipóteses em que a infração penal seja superior a 4 anos, cabendo à autoridade policial arbitrar a fiança nas demais hipóteses.

O constituinte originário e o legislador visavam a apenas impedir que fosse concedida a liberdade provisória com o mero pagamento de fiança. Em razão disso, houve a mudança do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal para passar a compreender que a vedação a concessão de fiança não impede a liberdade provisória, inclusive nos casos do art. 44 da Lei nº 11.343/06 que veda a liberdade provisória.

Nesse sentido o STF decidiu no HC nº 101.505/SC, HC nº 97.579/MT, HC nº 96.041/SP, dentre outros. Para fins didáticos foram analisados dos 37 acórdãos encontrados na pesquisa o HC nº 93.302/SP de 25/03/2008, no qual o STF, por meio da relatora Carmén Lúcia adotou o posicionamento anterior da vedação de concessão da liberdade provisória sem fiança nos crimes

⁶² Ibid.

inafiançáveis e o HC nº 112.640/SP no qual o STF adotou o novo posicionamento pela possibilidade da concessão da liberdade provisória sem fiança aos crimes inafiançáveis.

Conforme foi possível analisar dos julgados, quanto à interpretação das normas envolvendo a presunção de inocência e a inafiançabilidade de certos crimes previstos na Constituição. Inicialmente, o STF entendia que a previsão constitucional de inafiançabilidade impedia a prisão provisória com ou sem fiança em razão da gravidade abstrata do delito e pela expressa vedação legal.

Posteriormente, a partir do HC nº 97.256/RS, conforme indicado na ementa do HC nº 112.640/SP⁶³, houve a alteração jurisprudencial para que houvesse a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro conforme o princípio da presunção de inocência. Para que haja a vedação a liberdade provisória sem fiança, é necessário que estejam previstos os requisitos que permitem a prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP.

A fiança historicamente funcionou como forma de garantir o juízo, impedindo que o réu se furte à prestação jurisdicional. Caso o faça, não poderá reaver os valores pagos a título de fiança em eventual absolvição. Nesse sentido, antes da reforma da Lei nº 12.403/2011 a lei processual penal permitia que o réu permanecesse preso caso não garantisse o juízo por meio do pagamento de fiança.

Por todo o exposto é de se considerar que a alteração veio com o objetivo de proteger a sociedade e não facilitar a prática de crimes inafiançáveis, ao mesmo tempo em que há a garantia de direitos individuais. Deve o magistrado analisar no caso concreto se estão presentes os requisitos que permitem a prisão cautelar ou se deve ser concedida a liberdade provisória sem fiança.

Deve-se analisar os aspectos subjetivos do caso e do agente para verificar se é possível que o Réu responda em liberdade. Caso opte por conceder a liberdade provisória, o magistrado poderá determinar a aplicação de outras medidas provisórias para evitar a fuga do Réu. Nos casos analisados, a jurisprudência tendeu a conferir a liberdade provisória sem fiança para os crimes inafiançáveis em que o agente apresenta bons antecedentes, não é reincidente e houve menor lesão do bem jurídico protegido pela norma penal.

No momento atual com a legislação em vigor não é possível presumir a prisão cautelar com base somente na inafiançabilidade do crime. É possível que a posição quanto ao tema seja revista tanto na jurisprudência quanto na produção legislativa.

⁶³ BRASIL, op. cit. nota 38.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2018

_____. Lei nº 7716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm> Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 19 set. 2018

_____. Lei nº 12.403/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em 03 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.256/RS*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 03 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 101.505/SC*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607703>> Acesso em: 17 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.579/MT*. Relatora: Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611020>> Acesso em: 03 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 96.041/SP*. Relatora Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610047>> Acesso em: 03 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 93.302/SP*. Relatora: Carmén Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525895>> Acesso em: 19 set. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 112630/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751528>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.463/MG*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605914>> Acesso em: 17 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.883/MG*. Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600759>> Acesso em: 17 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 93.591/MS*. Relator: Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3717994&num_registro=200702563301&data=20080804&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 85.682/RO*. Relator: Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3580311&num_registro=200701469043&data=20080218&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 124.535/MG*. Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4861088&num_registro=200802826804&data=20090413&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 17 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 94.916/RS*. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610047>> Acesso em: 17 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 112630/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751528>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 110844/RS*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193139>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 109236/MG*. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1733289>> Acesso em: 19 set. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 111166/MT*. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1909844>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 108802/MG*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193133>> Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 106963/MG*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507172> Acesso em 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.256/RS*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?is=617879> Acesso em: 19 set. 2018.

BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018