



## A FIANÇA E OS CRIMES HEDIONDOS

### *BAIL AND HEINOUS CRIMES*

Fernando Procópio Palazzo

#### **RESUMO**

Objetiva analisar a gênese do arcabouço ideológico que motivou a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, partindo da premissa de que a definição dos delitos passa por um processo de escolhas e seleção de bens reputados como relevantes pelo legislador.

A nova interpretação conferida pelas altas cortes a esta lei acabou, paradoxalmente, propiciando um tratamento mais benigno a esta espécie de delito, uma vez que remanesceu o entendimento desconexo de que não seria cabível a estipulação da fiança.

#### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Penal; prisão preventiva; fiança; crime hediondo; mutação constitucional; Lei 8.072/90.

#### **ABSTRACT**

*The author intends to analyze the genesis of the ideological framework which prompted the enactment of the Brazilian Act on Heinous Crimes. It is based on the assumption that the definition of offenses undergoes both a system of choices and selection of values considered relevant by the legislator.*

*The new interpretation of this Act by higher courts paradoxically ended up providing a more lenient treatment to this type of offense, since it has preserved the disengaged understanding that bail would not be applicable in such cases.*

#### **KEYWORDS**

*Criminal Law; preventive detention; bail; heinous crime; constitutional mutation; Act 8,072/90.*

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal consiste em um ramo do ordenamento jurídico direcionado a analisar e reprimir comportamentos considerados desviantes de elevada gravidade e significado social. O processo que resulta na eleição, catalogação e repressão das ações conflitivas é objeto de acentuadas controvérsias ao longo da história.

Os critérios que motivam determinada conduta ser considerada como um ilícito a merecer uma contenção penal e as finalidades que amparam a subsequente resposta apresentam diversas nuances e polêmicas. A fim de propiciar material necessário para a construção dos sistemas penais e respectiva censura criminal, articularam-se os mais diversos discursos e teorias.

Nessa linha, urge-se, pois, ressaltar que a concepção de crime está indissociavelmente adstrita à volição do legislador consubstanciada em um intrincado sistema de seleção de condutas e proteção de bens jurídicos. Nas palavras de Jorge Figueiredo Dias, crime *será tudo aquilo que o legislador considerar como tal* (FIGUEIREDO DIAS, 1999, p. 54). Francesco Antolisei define o delito como *aquele comportamento humano que, a juízo do legislador, contrasta com os fins do Estado e exige como sanção uma pena (criminal)* (apud PRADO, 2002, p. 207). Tobias Barreto, a seu turno, preleciona que *o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade* (BARRETO, 2000, p. 156).

Sob esse enfoque, resulta claro considerar que o caminho percorrido pelo sistema penal é oriundo de um modelo de escolhas, o qual, infelizmente, é costumeiramente viciado e dissociado dos reais fins a que se volta a norma penal.

Partindo dessas premissas teóricas, observa-se, no ordenamento jurídico pátrio, uma prodigalidade do legislador em selecionar condutas e criar tipos penais no intuito de pretensamente salvaguardar bens jurídicos e pacificar a ordem social. Em busca de apresentar soluções aos crescentes índices de criminalidade, hipertrofiaram-se tipos penais buscando recrudescer o tratamento às violações perpetradas.

Sob essa ótica, merece destaque a edição da Lei 8.072/90, cuja vigência iniciou em 26 de julho de 1990. Nesse

ponto, mostra-se importante ter presente que a referida Lei foi promulgada visando atender ao mandato constitucional de criminalização expresso no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal, cujas diretrizes se pautaram em conferir tratamento mais severo àqueles que praticassem os delitos nela elencados. Abeberando-se, pois, de pensamentos provenientes de movimentos de Lei e Ordem que vicejavam à época, editou-se a aludida Lei criando instrumentos mais austeros para o combate à criminalidade reputada como de maior gravidade.

Acrescente-se, a propósito, que o referido diploma padeceu de severas críticas, sobretudo quando desempenhou uma função simbólica e voltada a gerar um efeito tranquilizador no cidadão alarmado com os elevados índices de violência. Lênio Luiz Streck, em lúcida crítica à proposta de elastecer o rol dos delitos hediondos desencadeada nos idos de 2013, classificou o referido diploma como a *panaceia de todos os males* (STRECK, 2013).

## 2 CRIMES HEDIONDOS E O RECRUDESCIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL

Em que pesem as ásperas censuras que a lei sofreu, o fato é que o rótulo da hediondez galgou, no ordenamento jurídico e na consciência coletiva, o *status* de panaceia para uma repugnante criminalidade, cujas estatísticas, reitera-se, encontravam-se em desenfreada ascensão. Confira-se, exemplificativamente, que a Lei de Execuções Penais elegeu a hediondez como um dos critérios para a separação dos presos (art. 84, §§1º e 3º) e, posteriormente, determinou, por intermédio da Lei 12.654/12, a coleta de material genético daqueles que houverem praticado delitos deste jaez (art. 9º-A).

Nesse panorama, infere-se que a Lei 8.072/90, mesmo diante das objeções que lhe foram apostas, encontrou solo fértil para a sua aplicação, em especial em institutos penais que por ela foram revisitados e recrudescidos.

Essa constatação emerge inequívoca ao analisar-se o conteúdo material das disposições constantes em seu art. 2º. Em sua redação original, destacava-se, dentre outras, a obstaculização da concessão da fiança e liberdade provisó-

ria (inc. II), assim como a imposição do cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º).

A respeito desses preceptivos legais, perdurou durante muitos anos a plena aplicação dos seus comandos normativos. A esse propósito, relevante fazer uma digressão da compreensão que foi seguida pelo Supremo Tribunal Federal sobre esses institutos.

Em relação à constitucionalidade da execução integral da pena em regime fechado, o Pretório Excelso, em 18/2/1993, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 69.603/SP, da lavra do Ministro Paulo Brossard, pronunciou a validade da referida disposição. Passados, no entanto, aproximadamente dezesseis anos em que o referido preceito gozou de irrestrita aplicabilidade, o Supremo Tribunal Federal, ao reexaminar a questão em 23/2/2006, no *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio, concluiu, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da proibição do regime progressivo nos crimes hediondos e equiparados. Consignou-se, na oportunidade, que a imposição do regime integralmente fechado *conflita com a garantia da individualização da pena – art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal*. Na sequência, sobreveio a Lei 11.464/07, que estipulou a obrigatoriedade do regime fechado como inicial para o cumprimento da reprimenda corporal, disposição esta que novamente veio a ser reputada incidentalmente inconstitucional pela Corte Suprema na apreciação do *Habeas Corpus* n. 111.840/ES, em 27/6/2012, Relator Ministro Dias Toffoli.

Nesse contexto, um dos principais gravames impostos pela Lei dos Crimes Hediondos é profligado diante da pecha de inconstitucionalidade. Com esse novo cenário, adota-se, então, o modelo geral previsto no Código Penal para modular o regime prisional a ser cumprido nos delitos hediondos e assemelhados.

Sob outra vertente, subsistia a vedação à liberdade provisória. Todavia, das luzes emanadas do julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, acima citado, robusteceu-se o entendimento no sentido da inadequação de restrições automáticas e apriorísticas, sob pena de se malferir o postulado da individualização da pena. Coadunando-se esse viés, no

juízo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3112, envolvendo o óbice previsto nos parágrafos únicos dos arts. 14 e 15, art. 21, todos do Estatuto do Desarmamento, rechaçaram-se prisões *ex lege* em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão expedidos pela autoridade judiciária competente. Logo, corroborando a inteligência perfilhada pela Suprema Corte no *writ* alhures mencionado e as novas diretrizes que se apresentavam, coube à famigerada Lei 11.464/07 extirpar do art. 2º, inc. II, da Lei 8.072/90 a locução “liberdade provisória”.

Presente esse novo quadro, iniciou-se a discussão sobre se teria sido possibilitada ou não a liberdade nos crimes hediondos e equiparados diante da supressão operada no dispositivo em comento.

Concluindo pela manutenção da vedação à concessão da liberdade provisória mesmo após a mudança legislativa, o Supremo Tribunal Federal asseverou, precipuamente, que a referida proibição decorreria direta e imediatamente da inafiançabilidade apregoada pela Carta Magna, sendo que a alteração realizada apenas teria feito uma correção colocando a termo uma redundância textual.

Paradigmático, nesse sentido, é o seguinte acórdão proferido pela Corte Suprema: *HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA: QUESTÃO PREJUDICADA. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA QUE O JUÍZO DAS EXECUÇÕES ANALISE EVENTUAL CABIMENTO DA PROGRESSÃO DE REGIME: INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. [...] 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. 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. 3. 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. 4. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 5. Litude da decisão proferida*

*com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei n. 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória. [...] (BRASIL, STF, HC 93.302)*

Como se pode perceber no aresto acima transcrito, a controvérsia restou superada em virtude da exegese conferida à palavra “inafiançabilidade”. Isto é, desse vocábulo extraiu-se o fundamento central a impedir a concessão da liberdade provisória para os crimes hediondos e assemelhados.

Perante esse entendimento, persistiu, por relevante período, a impossibilidade de deferimento da liberdade provisória nos delitos catalogados na Lei 8.072/90, sendo esta compreensão endossada por ambas as Cortes Superiores (BRASIL, STJ, HC 226.050/DF).

### 3 VIRADA JURISPRUDENCIAL E SUAS IMPLICAÇÕES

Em semelhante perspectiva à adotada na análise do regime prisional, a Corte Maior, em 10/5/2012, no julgamento do *Habeas Corpus* 104.339, Relator Ministro Gilmar Mendes, cujo tema central abordava a vedação à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, modificou a sua jurisprudência defendendo não ser possível extrair do termo inafiançabilidade fundamentos para se impedir a concessão daquele benefício. Defendeu-se, na assentada, que os institutos da fiança e liberdade provisória não se confundiriam. Resultado dessa ruptura paradigmática consistiu, pois, na superação da inafiançabilidade, que até então servia de óbice para a liberdade processual, passando-se, então, a aplicar, largamente, o regime geral disposto no Código de Processo Penal.

*[...] observa-se, no ordenamento jurídico pátrio, uma prodigalidade do legislador em selecionar condutas e criar tipos penais no intuito de pretensamente salvaguardar bens jurídicos e pacificar a ordem social.*

Ocorre, contudo, que essa compreensão sobre o tema, em que pese em relação à liberdade provisória consentânea com as demais balizas constitucionais, acabou por deixar a Lei 8.072/90 em uma situação absolutamente paradoxal. O mesmo comando que antes propiciava um recrudescimento no tratamento daquele que se encontrava submetido à Lei dos Crimes Hediondos, hoje, confere-lhe um tratamento mais leniente. A polêmica inafiançabilidade remanesceu; agora, porém, sujeita a uma leitura completamente antagônica e dissociada do escopo inicial para o qual foi elaborada.

Impõe-se ressaltar, no entanto, que o debate em tela se concentrou na superação do óbice da liberdade provisória, sendo que a possibilidade de fixação da fiança restou completamente relegada. Na ocasião, o núcleo argumentativo sedimentou-se nas premissas de que a vedação à fiança não implicaria óbice ao deferimento da liberdade provisória. O que teria sido tolhido pelo texto constitucional seria apenas a estipulação da caução fidejussória, fato este que, repita-se, não se confundiria com a possibilidade de obtenção da liberdade provisória.

Não obstante, faz-se mister atentar que a linha de raciocínio que o Supremo Tribunal Federal revelou no julgamento citado refletiu o vetusto entendimento que pautou o Código de Processo Penal em sua conformação primitiva. Vale lembrar que em um momento inicial existiam diversas graduações para a concessão da liberdade provisória, sendo que a inafiançabilidade era erigida como um gravame que encerrava qualquer possibilidade de obtenção do benefício em tela. O sentido do vocábulo “inafiançabilidade” revertia na impossibilidade de deferimento da liberdade provisória.

**[...] um dos principais gravames impostos pela Lei dos Crimes Hediondos é profligado diante da pecha de inconstitucionalidade. Com esse novo cenário, adota-se, então, o modelo geral previsto no Código Penal para modular o regime prisional a ser cumprido nos delitos hediondos e assemelhados.**

No entanto, com o advento da Lei 6.416/1977, introduziu-se o parágrafo único no antigo art. 310, do Código de Processo Penal, permitindo a liberdade provisória sem a prestação da contracautela para qualquer delito, de modo que a estrutura delineada para a flexibilização da custódia preventiva perdeu o seu sentido. Repita-se, com a Lei 6.416/77 a razão de ser da inafiançabilidade foi malferida, restando, por conseguinte, completamente inoperante. Desse modo, vê-se que o constituinte originário ao empregar o termo inafiançabilidade, não apenas no inciso ora vergastado como também nos incs. XLII e XLIV do art. 5º, incorreu em inequívoca desatualização e dissonância com a legislação processual. No escólio de Eugênio Pacelli de Oliveira: *Eis, então, a primeira crítica às novas regras: não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco.* (OLIVEIRA, 2013, p. 519)

Vale dizer que, durante muitos anos, prevaleceu o dualismo cárcere-liberdade, sendo que a fiança estava embriónariamente relacionada ao momento da história em que a única liberdade exis-

tente era mediante fiança. Atualmente, porém, sobretudo com a promulgação da Lei 12.403/11, ampliaram-se substancialmente as opções para a substituição da custódia preventiva, ocorrendo, em especial, a revitalização da fiança com novas perspectivas. Nessa senda, a aplicação desta contracautela reclama uma irrefragável atualização sistêmica, sob pena de se conferir um tratamento desarmônico e incoerente entre aqueles que incorrem em delitos considerados de maior gravidade cotejados com os de menor reprovabilidade.

O ponto nodal da questão em refe-

*der por um crime inafiançável, já que a liberdade provisória, quando cabível, jamais virá seguida da incômoda companhia da fiança.* (CAPEZ, 2012, p. 355)

Esse mesmo entendimento foi exposto em lapidar abordagem do tema por Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer: *O problema é que há casos em que a fiança é vedada, isto é, não fica ao juízo discricionário do juiz. São as hipóteses de inafiançabilidade previstas na Constituição (art. 5º) e reproduzidas no CPP (art. 323), relativamente a determinados crimes (hediondos, de tortura, de tráfico de drogas, terrorismo e racismo), além dos casos de quebramento e perdimento da fiança (art. 324, CPP) a depender do descumprimento das obrigações resultantes da imposição da fiança (arts. 327 e 328, CPP).*

*Aqui, a emenda será sempre pior que o soneto.*

É que, ao contrário do que aparentemente pretendeu o legislador da Lei n. 12.403/11, não nos parece cabível a proibição ex lege da restituição da liberdade, na medida em que toda prisão, antes do trânsito em julgado, dependerá sempre de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

*Aliás, não bastasse o dispositivo constitucional, o próprio caput do art. 283 esclarece a questão definitivamente.*

*Assim a proibição de fiança para tais delitos renova antigas contradições nos regimes de liberdade provisória no Brasil: agora, para crimes mais graves (os tais inafiançáveis) poderão ser impostas quase todas as cautelares pessoais, exceto a fiança; para os crimes menos graves, poderão ser impostas todas, incluindo a fiança. Em síntese: liberdade mais onerosa para crimes menos graves e menos onerosa para delitos mais graves.* (OLIVEIRA; FISCHER, 2013, p. 638-639)

Bem exemplifica essa situação a contradição envolvendo o crime de tráfico de entorpecentes. Consoante expresso no art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, o tráfico ilícito de entorpecentes foi alçado ao patamar de delito equiparado a hediondo, recaindo-lhe, então, todas as restrições apregoadas por esse diploma normativo. Não obstante, restou incólume a esse tratamento o crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, uma vez que a jurisprudência

das Altas Cortes desde a vigência do vetusto estatuto antidrogas já assentava não ser essa conduta considerada hedionda. Nessa perspectiva, as ações perpetradas por um traficante isolado estariam sujeitas a maiores restrições do que as realizadas por uma pluralidade de agentes, associados de forma estável e permanente, para o fim de praticarem os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, todos da Lei 11.343/2006.

Outrossim, mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do *Habeas Corpus* 118.533/MS, Relatora Ministra Carmen Lúcia, apreciado em 23/6/2016, acentuou esse paradoxo ao decantar do denominado tráfico privilegiado a mácula da hediondez. Por conseguinte, aquele que se encontrar incurso na prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos poderá ser submetido à medida cautelar de fiança, ao passo que o traficante albergado pelo *caput* desse dispositivo poderá ter a sua custódia provisória substituída sem a aludida contracautela.

Todos esses argumentos põem em evidência a impossibilidade de persistir essa situação, sob pena de se estabilizar um sistema anêmico e contraditório no que tange à aplicação dessa medida alternativa ao cárcere. Conforme asseverado no início, a definição de crime passa por um processo de escolhas pelo legislador. Nessas condições, vê-se, indubitavelmente, que a gênese fático-jurídica dos delitos hediondos e equiparados está associada a um tratamento mais severo àqueles que neles estiverem incursos.

Em sede de persecução penal, revela-se imprescindível uma contemplação integral dos interesses envolvidos e não apenas uma análise unilateral e deficitária. Na magistral definição ministrada pelo Procurador Regional da República Douglas Fischer, esta concepção configura um *garantismo hiperbólico monocular*, cuja correção é realizada por uma compreensão integral dos postulados garantistas, assegurando-se, pois, também ao cidadão a eficiência e segurança: *Por este espectro, importa que, diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de visualizar os contornos (íntegrais, e não monoculares, muito menos de forma hiperbólica) do sistema garantista.*

*Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito) a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do 'garantismo penal', sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados. [...]*

*Quer-se dizer com isso que, em nossa compreensão integral dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas cri-*

*minosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável.* (FISCHER, 2010, p. 10-12)

#### 4 A REVITALIZAÇÃO DA FIANÇA

A fiança, nesse diapasão, assume um papel extremamente relevante, pois empregada como uma alternativa à prisão preventiva desempenhará relevantes funções processuais, assim como poderá ser utilizada para indenizar as vítimas.

Vale rememorar que a Lei 12.403/11 introduziu um rol de medidas alternativas à segregação processual, destacando-se, neste espeque, a revitalização da fiança vista não mais como condicionante estaque à liberdade provisória.

Nessa toada, repise-se, por oportuno, o teor dos arts. 319, inc. VIII, e 330, do Código de Processo Penal: *Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: [...] VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;*

*Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.*

Em clássica passagem da literatura jurídica, Hélio Tornaghi pontifica com impressionante atualidade sobre as nuances que marcam a fiança: *A fiança, no Direito Brasileiro funciona não apenas como substitutivo da prisão provisória, mas ainda como sucedâneo da pena e como garantia do pagamento de custas e do dano patrimonial. Isso se deduz do estudo sistemático da lei. Em outras palavras: a fiança visa a assegurar a presença do acusado no processo, mediante sacrifício menor que o da prisão; mas também se destina ao pagamento de custas, ressarcimento do dano e pena de multa (art. 336). E serve ainda para não deixar totalmente impune o condenado a pena privativa da liberdade que, fugindo, se furta ao cumprimento dela.* (TORNAGHI, 1977, p. 375-376)

**Vale rememorar que em um momento inicial existiam diversas graduações para a concessão da liberdade provisória, sendo que a inafiançabilidade era erigida como um gravame que encerrava qualquer possibilidade de obtenção do benefício em tela. O sentido do vocábulo “inafiançabilidade” revertia na impossibilidade de deferimento da liberdade provisória.**

Corroborando esse sentido, observe-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 7º, n. 5, apregoa a utilização de mecanismos a balancear a liberdade concedida em favor de pessoa submetida à persecução penal: *Artigo 7. Direito à liberdade pessoal. [...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser*

*posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*

Nesse amplo contexto normativo, verifica-se constituir-se a fiança criminal em um ônus imposto ao acusado para a garantia da liberdade provisória. Nas palavras de José Frederico Marques, *trata-se, pois, de contracautela destinada a impedir que a dilação do processo condenatório cause dano ao jus libertatis, de par com o caráter de sub-rogado cautelar da prisão provisória* (MARQUES, 2009, p. 111).

É certo, a seu turno, que a estipulação da fiança é ainda confundida no meio forense com a visão do dualismo anterior, sendo muitas vezes erroneamente visualizada como uma condicionante à liberdade e não uma medida substitutiva revestida de outras finalidades. A estipulação da fiança como medida cautelar, de fato, ainda é tímida em nosso país. Ressalvados os casos de crimes rotulados como econômicos, do colarinho branco, os demais delitos ainda encontram a avaliação da prisão preventiva adstrita ao binômio cárcere-liberdade. É inegável que a fiança não pode ser condicionada como *sine qua non*, mas sim faz parte de um conjunto de vetores que devem ser sopesados para substituir a prisão preventiva e acautelar o juízo nos termos do citado art. 319, inc. VIII, do diploma processual.

destinado a ressarcir os danos causados pelo crime. Tais situações denotam a estruturação de um sistema vocacionado a reparar os ofendidos, assim como condições financeiras mínimas de arcar com a presente caução fidejussória. É necessário equiponderar os direitos que amparam o réu na persecução penal com o dever de restituição àqueles que foram lesados pela ação delituosa.

Em semelhante perspectiva, não se pode descurar que os proventos dos crimes não são passíveis de registros contábeis ordenados e lícitos, fato este que não pode ser desconsiderado na avaliação da possibilidade de substituir a segregação de indivíduos com potencial periculosidade por outras medidas cautelares, notadamente a caução fidejussória. Vale dizer, deve-se evitar interpretações açodadas que ignorem as nuances que caracterizam a empreitada delitiva e a contabilização de lucros à margem dos registros legais.

Não se confunda, não se pretende hipertrofiar uma faceta pecuniária no Direito Penal ou despojar parcela da população carcerária que não detém recursos, mas sim alavancar a utilização de um instrumento há muito tempo previsto no ordenamento e que confere uma alternativa saudável para ambos os lados da persecução penal e que, até então, tem sido indolentemente desprezada.

O processo penal não pode mais

-se que, a despeito de ser negligenciada ou mal interpretada, o valor adimplido a título de fiança poderá ser utilizado para o pagamento de indenizações, convergindo, inclusive, com o escopo preconizado pelo novel art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal<sup>1</sup> e com o próprio art. 91, inc. I, do Código Penal<sup>2</sup>.

Abrem-se, pois, infinitas possibilidades como, *verbi gratia*, no delito de tráfico de entorpecentes com a destinação, *de lege ferenda*, do valor da fiança para a recuperação de toxicômanos, corroborando o ideário previsto pelo art. 28, § 5º, da Lei 11.343/06<sup>3</sup>. Nos crimes contra a dignidade sexual, erige-se premente uma compensação às vítimas de tão deletéria conduta. Veja-se que o art. 227, § 4º, da Lei Básica Federal<sup>4</sup> aponta a necessidade de uma punição severa daqueles que incorrem nesta prática criminosa. Crimes contra a vida poderão ter valores revertidos em favor de familiares das vítimas e assim tantos outros expressos na Lei n. 8.072/90 poderão lograr aproveitamento similar. É certo, pois, que o processo penal não pode ser interpretado apenas sob uma perspectiva prisional, mas sim deve ser conjugado com a possibilidade de compensação do ofendido. Vale lembrar, ainda, que a Carta de Outubro prossegue em seu art. 245 quanto à necessidade de reparação das vítimas de delitos: *Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.*

À luz desses apontamentos, verifica-se ser imprescindível para a análise da presente questão o atual objetivo almejado pela fiança e sobretudo o seu adequado ajuste aos crimes hediondos. Em crimes reputados pelo legislador como de maior gravidade, é proporcional exigir uma garantia para o processo, assim como, instrumentalmente, aproveitar este valor em favor das vítimas. Ressalte-se, não se pretende apontar esta medida como uma solução plena, mas sim envia esforços para empregar um instituto já previsto na legislação e negligenciado. O seu injustificável esquecimento não pode ser interpretado como sua ab-rogação e acomodada inaplicabilidade.

Em abono dessas premissas, emer-

ser analisado sob uma perspectiva estanque e disfuncional. Hodiernamente, oxigenou-se a persecução penal com a introdução de diversas medidas cautelares alternativas ao cárcere e dispositivos que facilitam a reparação às vítimas dos delitos. Pode-se afirmar que o processo penal tem assumido um caráter multifacetário. A obsoleta visão unifocal em que apenas se examina a submissão ao cárcere não coaduna com uma necessidade contemporânea de buscar alternativas a essa custódia mediante tutelas específicas e, também, ressarcir os ofendidos.

Dentro dessa perspectiva, vislumbra-

### ***Vale lembrar que a Lei 12.403/11 introduziu um rol de medidas alternativas à segregação processual, destacando-se, neste espeque, a revitalização da fiança vista não mais como condicionante estanque à liberdade provisória.***

Em relação aos crimes hediondos e equiparados, não se pode perder de perspectiva que, afora os fins colimados por essa caução, alguns delitos como o tráfico de entorpecentes permeiam grandes quantias financeiras e não podem ser acobertados sob o pretexto de vulnerabilidade financeira.

Não se olvide, por outro vértice, que o preso provisório poderá exercer labor na forma disposta pelo art. 31, parágrafo único, da Lei de Execução Penal e, assim, auferir renda. Veja-se, a esse propósito, que o art. 29 da referida Lei preconiza, inclusive, que o produto do labor será

ge, com nitidez, a percepção de que o quadro atual envolvendo a aplicação da fiança para os crimes hediondos e assemelhados é absolutamente contraditório em seus termos e colide frontalmente com o desiderato constitucional. Para se alcançar a real correspondência da norma insculpida no Texto Magno, impen-de-se realizar uma leitura sistêmica e consentânea com a unidade constitucional.

Guilherme de Souza Nucci, em uma perspectiva mais conservadora, refuta a proibição da fiança, porém aponta como solução necessária aquela realizada apenas mediante um processo formal de modificação da Constituição Federal, *ad litteram*: *As proibições reproduzidas neste artigo constituem frutos do texto do art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal. Cuidou-se, na época da Assembleia Nacional Constituinte, de um equívoco nítido do legislador. Pretendendo mostrar-se rigoroso em face de tais crimes, proibiu a fiança. De nada adiantou, pois sempre foi concedida a liberdade provisória, sem fiança, mais benéfica ao acusado. Enfim, nada se pode fazer, a não ser aguardar futura reforma na Carta Magna, com prudência e bom-senso.* (NUCCI, 2012, p. 685).

*Concessa venia*, a despeito da inquestionável proficiência desse juriconsulto, com esteio nas premissas acima delineadas, discorda-se dessa linha de raciocínio, pois entende-se prescindível uma articulação pelo poder constituinte derivado para remediar este equivocado cenário. Relewa anotar, nessa moldura, a concepção de mutação constitucional, segundo a qual é possível modificar a Constituição sem que para tanto seja necessário alterar o seu texto. Isto é, *em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda, por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma* (MENDES; BRANCO, 2013, p. 134).

A respeito da mutação constitucional, revela-se imperioso trazer a lume judiciosa lição de J.J. Gomes Canotilho, que tece pontuais comentários: *A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos da constituição). O reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas (stillen Verfassungswandlungen) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional.*

*Por outras palavras que colhemos em K. Stern: a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema normativo-endogenético, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente exogenética.* (CANOTILHO, 1991, p. 237-238)

Ainda, relevante destacar ter a Corte Maior, ao examinar, no *Habeas Corpus* 152.752/PR, Relator Ministro Edson Fachin, a interpretação do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, perfilhado a linha intelectualiva no sentido de que ocorreu uma mutação constitucional do referido preceptivo e, portanto, a melhor exegese a ser lhe conferida seria aquela que possibilitasse a execução provisória da pena. Na compreensão do Ministro Luís Roberto Barroso, *quando é que se tem uma mutação constitucional? Quando: 1) houve uma mudança relevante na realidade social; 2) houve*

*uma mudança na compreensão do Direito; 3) pelos impactos negativos que uma determinada interpretação tenha produzido no mundo real* (BRASIL, STF, HC 152.752).

Nessa ordem de ideias, denota-se a suficiência de uma leitura atualizada do referido dispositivo para se atingir a inevitável exegese de que a inafiançabilidade está intrinsecamente relacionada a um cenário processual defasado. É certo, pois, que diante das sucessivas modificações legislativas, em especial a propiciada pela Lei 12.403/11, a admissibilidade da estipulação da medida cautelar da fiança em sede de crimes hediondos e assemelhados corresponde efetivamente ao conteúdo normativo preconizado pela Carta Magna.

### **O processo penal não pode mais ser analisado sob uma perspectiva estanque e disfuncional. Hodiernamente, oxigenou-se a persecução penal com a introdução de diversas medidas cautelares alternativas ao cárcere e dispositivos que facilitam a reparação às vítimas dos delitos.**

Não é menos exato afirmar, de outro lado, que, a despeito do método perfilhado para corrigir essa distorção, tal incongruência não pode mais ser ignorada e assim gerar uma interpretação contrária ao que foi preconizado pela Constituição Federal, propiciando, desse modo, uma proteção deficiente e claudicante de bens jurídicos relevantes. Prosseguir na inaplicabilidade da fiança para os delitos catalogados na Lei 8.072/90 constitui uma injustificável temeridade e despreço aos ditames que buscam assegurar uma efetiva tutela penal.

No contexto delineado, mostra-se importante destacar julgado proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual, apesar de não ter versado diretamente sobre esta questão, tangenciou a possibilidade de substituição da prisão provisória no crime de tráfico de entorpecentes por outras medidas cautelares, em especial pela fiança: *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 5º, XLIII, DA CF/88. ART. 44, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 E ART. 323, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. Os arts. 5º, XLIII, da CF/88, 44 da Lei 11.343/06 e 323 do Código Penal estabelecem, em regra, vedação à concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, ao preso em flagrante delito por tráfico de entorpecentes. É cabível, em situações excepcionais, a substituição da prisão cautelar por outras medidas, quando se revelarem suficientes em face das circunstâncias do fato e das condições pessoais do flagrado. Caso em que a pequena quantidade de entorpecente apreendida, o cometimento do crime sem violência ou grave ameaça e as condições pessoais favoráveis ao paciente autorizam a concessão de liberdade provisória, mediante a prestação de fiança, que restará perdida em caso de reiteração no crime ou descumprimento das obrigações processuais, notadamente aquelas contidas nos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal.* (BRASIL, TRF4, HC 5001656-35.2012.404.0000)

Correto esse julgamento, pois, ainda que o tema central tenha orbitado em torno da concessão da liberdade provisória, a mitigação da segregação cautelar, *extrema ratio*, foi regularmente alternada mediante a prestação de fiança.

Nesse julgado, deve-se salientar, por elucidativo, importante ponderação externada pelo Desembargador Elcio Pinheiro de Castro no sentido de que *não seria razoável 'dispensar' o pagamento de fiança para os casos de tráfico de drogas – em face, como visto, da própria vedação legal – e exigir o pagamento da referida contracautela para outros delitos, em tese, de menor gravidade.*

### 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posta a questão nesses termos, resta irrefragável que a manutenção da inviabilidade da fixação da medida cautelar da fiança, prevista no art. 319, inc. VIII, do Código de Processo Penal, fragiliza o ideário preconizado pelo Magno Texto Federal e gera um inaceitável paradoxo em relação ao regramento aplicado para os demais crimes.

Insista-se, não se pretende inovar ou confrontar o texto constitucional, mas sim, pelo contrário, prestigiar o seu conteúdo material resgatando uma interpretação de acordo com o objetivo pelo qual o preceptivo em voga foi elaborado.

Em tempos de aprimoramento e conciliação de diversos valores que permeiam a persecução penal, afigura-se inaceitável relegar a aplicação da fiança. Diante de um sistema penal em que cada vez mais se buscam alternativas ao falido sistema carcerário, a fiança apresenta-se como um importante instrumento multifacetário de substituição da segregação provisória. Ainda que as finalidades de prevenção e reprovação da pena sejam alvo de contínuos questionamentos, em relação ao dever de reparar a vítima resta incontroverso tratar-se de um escopo lúdico e razoável.

Como consequência do que se vem expondo, surge, então, a premente necessidade de uma revisão da jurisprudência pátria com o objetivo de realizar uma adequada e condizente aplicação do disposto no art. 5º, inc. XLIII, da Carta Magna. A fixação da fiança constitui-se, pois, em uma alternativa plausível ao cárcere, cujos resultados serão ambivalen-

tes. Assegurar-se-á uma tutela regular e específica do processo, assim como serão favorecidos meios reparadores dos danos padecidos pelas vítimas.

Deve-se, portanto, atentar para uma exegese contemporânea sem se descuidar da mobilidade que possui o processo penal e dos valores centrais que buscou prestigiar a Constituição Federal de 1988.

### NOTAS

- 1 Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;
- 2 Art. 91 – São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
- 3 Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...] § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.
- 4 Art. 227. [...] § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

### REFERÊNCIAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 226.050/DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado: 16 de fevereiro de 2012, *DJe*, Brasília, DF, 2 mar. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 152.752. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado: 4 de abril de 2018, *DJe* n. 127, Brasília, DF, 27 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 93.302. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma. Julgado: 25 de março de 2008, *DJe* n. 83, Brasília, DF, 8 mar. 2008.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Habeas Corpus* 5001656-35.2012.404.0000. Relator para Acórdão: Márcio Antônio Rocha. Sétima Turma. Juntado aos autos em 14 mar. 2012.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Boletim de Procuradores da República*, Brasília, DF, n. 82, 2010.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2009. v. 4.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Crimes hediondos: enquanto enforcavam, tungavam. *Conjur*, São Paulo, 4 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-04/senso-incomum-crimes-hediondos-enquanto-enforcavam-tungavam>. Acesso em: 18 jul. 2017.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3.

Artigo recebido em 30/7/2017.

Artigo aprovado em 4/6/2018.

**Fernando Procópio Palazzo** é oficial de gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.