

A LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES HEDIONDOS

Felipe Fernandes Ribeiro Maia

Sumário

1. Intróito. 2. Dos crimes hediondos. 3. Da liberdade provisória. 4. Da concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 INTRÓITO

A liberdade constitui bem jurídico protegido pela Constituição Federal de 1988, positivada em seu art. 5º, *caput*, cujo exercício é imprescindível para garantia da *dignidade humana*. Segundo Emanuel Kant, “o direito à ordem normativa só é possível sob o pressuposto da liberdade.”¹

Contudo, ainda que *direito fundamental*, prerrogativa necessária à vida satisfatória e digna, esse bem pode ser cerceado não somente nas instituições escravistas, mas em qualquer sociedade. Observa-se, então, o direito de ir e vir impedido por uma pessoa investida de autoridade pública. E, não obstante essa privação se efetivasse a título de condenação, o ordenamento jurídico passou a admiti-la no curso do processo penal, a bem da verdade, desde o início da

1 SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, n. 82, p. 18, 1996.

instrução processual. Entretanto, tal possibilidade se norteou pelos princípios e regras da norma fundamental, e destes jamais poderá se afastar.

As razões da cautela processual penal, como qualquer norma jurídica restritiva de direitos e garantias individuais, submetem-se ao princípio da reserva legal, somente podendo ser suscitadas quando devidamente fundamentadas em lei. Assim sendo, só se pode admitir que haja restrição da liberdade individual, núcleo maior da dignidade humana, por decreto fundamentado pela autoridade judiciária competente, *ex vi* do art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. Contudo, segundo o art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90, que regulamentou o inciso XLIII do art. 5º supracitado, a privação se faz *per se* quando dos crimes definidos naquela lei, tendo por base apenas o caráter quantitativo do delito. Nesse momento, verificamos que o legislador se afastou daqueles princípios basilares que enunciamos no início presente trabalho. E, em função de tamanha contradição que ataca toda a natureza sistêmica do ordenamento jurídico, nos propusemos a discorrer sobre assunto tão fascinante.

Abordaremos, primeiramente, os chamados crimes hediondos; em seguida, estudaremos o instituto da liberdade provisória, à luz dos dispositivos constitucionais e ordinários, para, ao final, nos posicionarmos sobre a possibilidade ou não da aplicação do benefício aos crimes hediondos.

2 DOS CRIMES HEDIONDOS

Os crimes hediondos são aqueles previstos na Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, enumerados taxativamente, *numerus clausus*, insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, devendo a pena ser cumprida em regime integralmente fechado. De tal sorte, a referida lei presume que quem pratica qualquer dos delitos elencados em seu art. 1º já pode ser levado ao cárcere, cabendo ao Judiciário apenas a fixação da pena, havendo, assim, presunção *iure et de iure* de culpabilidade – o que, a nosso ver, é absurdo.

A bem da verdade, tal lei exsurgiu num contexto de ampla violência, que vinha atacando todos os segmentos sociais. A partir de então, iniciou-se, por

parte das camadas mais favorecidas da sociedade, uma pressão no sentido de uma normatização mais rigorosa, que viesse pôr fim aos sórdidos delitos que vinham, *incontinenti*, sendo denunciados pela imprensa.

Daí em diante, esse movimento, que foi difundido sob a epígrafe “lei e ordem”, ganhou impulso. Pregava tal movimento a necessidade de se ditar uma lei que resgatasse a ordem e a paz social. Destarte, a noção vulgar era de que, com a produção de uma lei extremamente rigorosa, haveria uma prevenção geral que, por natureza ontológica, viria banir a criminalidade. E, historicamente, é o que se faz no Brasil para solucionar as questões mais problemáticas – edita-se uma lei rigorosa e espera que seus efeitos se operem *ex tunc*, do ponto de vista social, corrigindo as deficiências econômicas, políticas e culturais. Foi nessa realidade que o legislador pátrio absorveu a aflição da aristocracia nacional e criou, sem muitos critérios, a categoria dos crimes hediondos, elencando-os no art. 1º da Lei n. 8.072, trazida à ordem legal em 25 de julho de 1990.

Na seara desses delitos, releva dizer que o legislador não firmou conceito para o que seja um crime hediondo, apenas rotulou como hediondas algumas condutas ilícitas já tipificadas em lei. Hediondo, na acepção literária, é aquilo que manifesta extrema abjeção e depravação e, de tão repugnante, causa repulsa e horror. Seriam, portanto, crimes hediondos aqueles que causassem a repulsa social e, em razão disso e de tão cruéis, deveriam ser punidos mais severamente.

Paralelamente ao conceito de hediondo, a caracterização de um crime como tal foi decorrência do momento histórico, cultural e socioeconômico, posto que as condutas tidas como cruelíssimas receberam tratamento especial. *Ad argumentandum*, imaginem a hipótese de um delito que envolva o homicídio de uma criança recém-nascida – tal fato é muito mais bizarro do que a falsificação de um produto com fins terapêuticos, porém o legislador pátrio considerou este último como hediondo, e, pelo princípio da anterioridade (*nulle crime sine lege*), o primeiro jamais será considerado como tal. Dessa forma, o legislador pôs fim a qualquer discussão acerca da existência de crimes hediondos, vez que só existem como tais aqueles enumerados no corpo da Lei n. 8.072/90.

Assim, rotulados os delitos como hediondos, passaram eles a ser excluídos de qualquer benefício processual, tais como anistia, fiança e liberdade provisória. Reza o art. 2º, II, que os crimes hediondos são insuscetíveis de *fiança e liberdade provisória*. De outro norte, proclama o § 2º do mesmo artigo que, “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Ao que parece, um único dispositivo legal cogita de duas possibilidades impossíveis de coexistirem – o inciso II exclui qualquer possibilidade de concessão do benefício, mas, em seguida, o § 2º a admite quando da apelação. Ora, se a lei permite a liberdade provisória após toda a instrução criminal, que leva à condenação, sem embargo de entendimento diverso, com mais razão deverá ser concedida em fases anteriores, sempre que fundamentada.

Dessa primeira análise estrita ao texto da lei ordinária, já parece não-haver razão inabalável para a não-aplicação do benefício. Para finalizar este intróito, mister dizer que a prática de qualquer ilícito penal, por mais gritante que se mostre, deve acarretar para o autor punição imediata, como propõe a Lei n. 8.072/90. Passemos então a falar sobre a liberdade provisória propriamente dita.

3 DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é aquela garantida ao acusado detido, em flagrante delito e assim se denomina, consoante magistério de Martins Batista, pois “sujeita o acusado a deveres que, descumpridos, podem acarretar sua prisão, ou sua volta à prisão. A medida não é provisória porque quem é colocado em liberdade ainda está sujeito a ser condenado e, portanto, a ser preso.”² É o remédio à prisão cautelar, uma vez que esta só tem razão quando há perigo de

2 BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. Modificações da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, p. 36.

dano concreto à instrução criminal, aplicação e execução futura da pena ou à garantia da ordem pública.

Encontra-se o instituto positivado no art. 321 e seguintes da lei penal adjetiva. Sua natureza é de garantia constitucional, posto que, antes de regulada pelo Código de Processo Penal, já encontra previsão constitucional. Diz a Carta Magna no art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e no inciso LXVI que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Sob a alcunha da “liberdade provisória, com ou sem fiança”, portanto, encontram-se disciplinadas as hipóteses de aplicação do benefício. Não obstante, é imperioso dizer que o estudo da liberdade vinculada é intrínseco ao da prisão cautelar, devendo ser analisado os dispositivos legais desde o art. 282 do Código de Processo Penal, aos quais, por vezes, faremos menção.

Nesta seara, urge dizer que, estando presentes os requisitos para a concessão do benefício, este torna-se direito público subjetivo do réu e não faculdade judicial, na forma do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Destarte, quando ausentes os pressupostos da *prisão preventiva*, enunciados no art. 312 do estatuto processual penal, a liberdade vinculada é um direito do réu. Neste sentido, vale colacionar a jurisprudência:

“Se o réu é primário de infração e de bons antecedentes [...] a Liberdade Provisória é um direito e não uma faculdade, desde que os autos demonstrem que a negativa do benefício o foi baseada em hipotética conveniência da instrução criminal.” (TAMG – JBCR 12/104)

“Não é apenas uma faculdade do Juiz dar a Liberdade Provisória a quem faz jus. É uma faculdade dever, pois *desde que presentes os pressupostos para a sua concessão, o negar benefício caracteriza coação ilegal*.” (TACRIM-SP, 5/10/82 – Grifos nossos).

Assim sendo, é pacífico dizer que a ordem deve ser concedida quando se verificar que o réu é primário, possui bons antecedentes e residência fixa, po-

dendo ser intimado em casa, sempre que necessário, para diligências do caso. Admitindo-se o livramento provisório, deve-se observar, ademais, se ao caso cabe prestação de fiança ou não, contudo, desde já incumbe dizer que o crime inafiançável é passível de liberdade provisória, valendo, por oportuno, citar o entendimento ilustre do Egrégio Tribunal Regional Federal:

“Liberdade provisória sem fiança. crime inafiançável. Possibilidade. A concessão da liberdade provisória torna-se imperiosa, inclusive em casos inafiançáveis, sempre que ausentes as hipóteses legais que permitem a prisão preventiva. Inteligência do art. 310, parágrafo único, do CPP.” (TRF 4ª Região – DJU 29/11/2000, p. 180)

É nesse campo que os crimes hediondos possuem mais uma lacuna para a aplicação da liberdade provisória, posto que a Constituição Federal somente recusou a esses delitos a possibilidade de fiança, conforme o art. 5º, inciso XLIII, recepcionado pelo art. 310, parágrafo único, da lei ordinária, nada dizendo sobre a liberdade provisória. Dessa forma, ao editar o art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90, o legislador interferiu em atividade puramente jurisdicional.³

Importa dizer que a restrição cautelar consiste, no entendimento do mestre Tourinho Filho, em antecipação do cumprimento da pena, sendo que tal constrição confronta com a noção pétrea constitucional da presunção de inocência, *ex vi* do art. 5º, VLII, ao dizer que “todas as legislações do mundo admitem, em maior ou menor intensidade, a prisão provisória como um mal necessário. MAL, porque põe a perigo o *jus libertatis* do cidadão, que a Lei Maior preserva”.³ No mesmo diapasão, prossegue o autor: “Somente a sentença que põe fim ao processo é fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena.” Disso se infere que a prisão preventiva é a exceção, sendo a liberdade o apanágio da dignidade humana.

3 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v.3, p. 258-259.

Outrossim, entende o ilustre mestre Eugênio Pacelli de Oliveira que

“a custódia, então, vedada a antecipação da culpabilidade, deve se orientar pelo critério da excepcionalidade, fundada, sempre, em razões de cautela, quando revelada a necessidade de prisão, como única forma de preservação da eficácia e efetividade da jurisdição penal”.⁴

Fica, portanto, claro que a liberdade, como bem jurídico fundamental e núcleo da dignidade humana, deve ser sempre admitida provisoriamente, uma vez que nosso ordenamento legal consagra o princípio da presunção de inocência, devendo este pautar toda e qualquer delimitação do sistema prisional cautelar, limitando a atividade estatal persecutória, de modo a impedir que se ultrapasse a fronteira da efetiva tutela do processo e da jurisdição penal.

Não obstante existam indícios da autoria material do delito, não se verificando os requisitos da medida cautelar, não há razão alguma para a manutenção do indiciado em um antro de degradação humana e do convívio social, que são as cadeias.

4 DA CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES HEDIONDOS

A Lei n. 8.072/90 vem de encontro a todos os princípios e regras consolidados na ordem legal nacional, seja a constitucional seja a ordinária. O choque é inaceitável e o ordenamento jurídico, enquanto sistema hierárquico, não pode tolerar qualquer forma de antinomia diante de seus dispositivos legais, razão pela qual proclamamos a inconstitucionalidade do art. 2º da referida lei. Enquanto a orientação da norma fundamental vem, balizada desde o art. 1º, na

4 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Dos regimes de liberdade no processo penal brasileiro*, p. 193.

dignidade humana, garantir a concessão do benefício, a lei ordinária, norma infraconstitucional, dispõe diferentemente, restringindo a liberdade do cidadão, formando presunção absoluta de culpabilidade.

Os crimes hediondos foram assim considerados segundo um critério quantitativo, sendo, portanto, o fundamento da proibição da concessão da liberdade provisória, a gravidade da conduta e nada mais. Ora, é im-perioso dizer que o indiciado cometeu o crime, tecnicamente falando, em tese, já que tal fato só se comprovará com a sentença condenatória transitada em julgado, não podendo, então, ser, desde o início, presumido culpado, uma vez que ao Judiciário, nos casos da Lei n. 8.072/90, só cabe a fixação da pena.

A matéria é de tal forma complexa que tem dividido o entendimento nas casas maiores de aplicação do direito no País, ficando o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça à mercê das divergências doutrinárias. O STJ, vem se orientando, majoritariamente, no sentido da denegação do *habeas corpus* provisório, rogando pela constitucionalidade do dispositivo ordinário. O STF, por sua vez, vem admitindo a possibilidade do livramento, afirmando que o decreto de prisão preventiva deve ser fundamentado.

Ora, a Carta Magna de 1988 consagrou o princípio da motivação das decisões judiciais no art. 93, IX, devendo, logo, todas as decisões serem fundamentadas, demonstrando o ínclito magistrado as razões de fato e de direito que lhe formaram o convencimento. Dessa forma, não há como admitir a hipótese de uma pessoa que, em tese, praticou um delito ter a sua liberdade privada, sem a devida fundamentação, sendo tal restrição oriunda, exclusivamente, de disposição legal. Ora, a atividade é puramente jurisdicional e não legiferante. Todo decreto que restrinja o *jus libertatis* de um indiciado deve ser fundamentado, pois só assim é que se poderá admitir a prisão, sob pena de constrangimento ilegal.

Ademais, o direito processual é ramo de direito público interno, regendo-se, portanto, sob a alcinha da *legalidade*, ou seja, só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza. Assim, não havendo disposição positiva constitucional, não pode uma norma inferior regular matéria diferentemente. Da Constituição somente se verifica apontamentos à denegação da concessão da fiança aos crimes

hediondos (art. 5º, XLIII), não se podendo admitir uma autorização implícita para que lei ordinária vede a concessão de liberdade provisória, como pretende Fernando Capez.⁵ O direito público não aprova tal situação, somente possibilitando fazer aquilo que a lei, expressamente, manda fazer.

Sobre a fiança, é relevante falar que constitui, apenas, um meio para se alcançar a liberdade, que consiste na prestação de valores em favor do acusado, a ser recolhida aos cofres públicos. Sua aplicação varia com a espécie da pena cominada em abstrato no tipo legal, o seu *quantum*, as circunstâncias da conduta, bem como os aspectos regradados nos arts. 323 e 324 do diploma processual penal.

Vê-se que a Carta Magna vedou, unicamente, a liberdade provisória com fiança aos crimes hediondos. Contudo, urge lembrar que, para tais crimes jamais caberia o livramento condicionado à fiança, posto que o *quantum* das penas cominadas aos crimes hediondos perpassam a possibilidade de o réu livrar-se solto, conforme se infere do art. 323, I, da lei penal adjetiva.

Assim sendo, nossa opinião, *permissa venia*, é no sentido da inconstitucionalidade do inciso II do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, uma vez que tal dispositivo confrontou toda a natureza da Norma Fundamental de 1988, que consagra a dignidade humana, a legalidade e o decreto fundamentado, dentre outros aspectos aqui abordados.

É forçoso dizer, ainda, que a privação processual pode e deve se efetivar, nos casos dos delitos hediondos, quando verificados os requisitos da prisão cautelar e forem devidamente demonstrados os motivos que formaram o convencimento do magistrado, posto que, aceitar a privação da liberdade tendo em vista apenas o rótulo de crime hediondo e fulcro no disposto no art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90, é consagrar a presunção absoluta de culpabilidade, o que afronta o cerne do devido processo legal, da ampla defesa e da inocência. O aplicador do direito, ao analisar um crime hediondo, apesar de sua rigidez, não pode dispensar jamais a análise do caso concreto, sobretudo quanto à qualidade do autor

5 CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial*, p. 46-47.

do delito e os pressupostos autorizadores da prisão preventiva. É, portanto, consagrar um juízo objetivo de aplicação de pena em detrimento do subjetivo.

Há de se levantar mais uma vez a questão controversa na própria lei, porque, além de tudo que foi falado no que toca às questões constitucionais, a lei é controversa em dois dispositivos: o inciso II, e o § 2º do art. 2º. O § 2º admite a concessão do benefício, o que assusta qualquer estudioso da ciência jurídica, pois não admite a benesse àquele que ainda será julgado, mas a admite àquele que já foi condenado por um crime tido como horrendo.

O que resta diante do não proclame da inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90, para que se possa de alguma maneira minimizar tamanha injustiça, é esperar que a jurisprudência venha uniformizar esse entendimento, uma vez que o direito é um ordenamento completo, no qual, na insuficiência ou erro da norma jurídica, devem os tribunais buscar o que seja realmente justo e legal. E, felizmente, isso vem, aos poucos, verificando-se, conforme se pode inferir das ementas que transcrevemos:

“Processo Penal. prisão preventiva. Extorsão mediante seqüestro. Necessidade da medida não demonstrada. Ordem concedida.” (STJ, HC 13.465, rel. Gilson Dipp. DJU de 23/4/2001)

“Prisão determinada sem a necessária fundamentação. Inadmissibilidade. Norma do § 2º da Lei 8.072/90 deve ser interpretada de acordo com a Constituição (art. 93, IX). Benefício concedido. Recurso de habeas corpus provido. [...] os princípios da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e da liberdade provisória (CF, art. 5º, LXVI) se travejam na viga mestra da dignidade humana, regra estruturante de nossos direitos fundamentais (CF, art. 1º, I). [...] O § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 deve ser interpretado de acordo com a Constituição e não a Constituição de acordo com a lei que lhe é subordinada.” (STJ, 6ª Turma, RHC 2898-093019403-8 – Grifos nossos)

5 CONCLUSÃO

O que defendemos é o fato de não poder a liberdade provisória ser afastada como regra absoluta, abstrata e genérica, posto que, ao aplicar qualquer sanção penal, a Justiça deve estar atenta à individualidade adstrita ao caso concreto, de forma que a gravidade abstrata do delito não pode ser fundamento que, por si só, acarrete a privação processual. Deve ser demonstrada a necessidade da manutenção provisória do réu, não podendo ela ser presumida legalmente. Jamais poderá a ordem jurídica afastar-se de sua linha mestra, alicerçada no princípio maior da *dignidade humana*.

Ex positis, não resta dúvida de que a discutida lei de crimes hediondos é uma grande infelicidade legiferante que buscou solucionar, paliativamente, a questão da violência no País, ficando evidente que a atribuição da qualidade de hediondo a um delito deve se pautar sempre pelos aspectos qualitativos, e não pelos quantitativos, e que a Constituição deve ser respeitada e seguida pela legislação ordinária.

Por derradeiro, o comentário do egrégio jurista Tourinho Filho,⁶ a respeito da Lei n. 8.072/90, sintetizando toda a nossa repulsa à restrição de direito que ela prescreve: “Uma leitura de todo aquele diploma legal mostra, à evidência, que os responsáveis pela sua elaboração estavam despreparados. Se me permitem, assino embaixo”.

Assim, entendemos que a liberdade, núcleo da dignidade humana, só pode ser restringida por exceção, em decisão judicial devidamente fundamentada, não podendo ser tolhida, *em absoluto*, por lei, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não cogitou de tal possibilidade, segundo a melhor exegese de seu art. 5º, LXI.

O princípio da *dignidade humana* deve nortear toda a aplicação do direito dentro da ordem democrática em que nos inserimos, devendo, portanto, a liberdade provisória também ser concedida nos crimes hediondos, quando pre-

6 *Processo Penal*, v. 3, 1992, p. 456-457.

sentes os requisitos e não for o caso de prisão preventiva devidamente fundamentada.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. Modificações da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 36.

JARDIM, Rodrigo de Lucca. Crime hediondo e liberdade provisória. www.direitocriminal.com.br, 28/3/2001.

KARATZIOS, Jorge Alexandre. *Crimes hediondos - Lei n. 8.072/90 - Proibição de concessão de liberdade provisória*: conflitos de artigos constitucionais. Disponível em www.direitocriminal.com.br, 28/3/2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Dos regimes de liberdade no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 1999.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, n. 82, p. 18, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 3º v.

RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS BREVES REFLEXÕES ACERCA DOS ÓBICES DOUTRINÁRIOS APONTADOS PELA OPINIÃO DOMINANTE

Fabrizio de Lima Pieroni

Sumário

1. Introdução. 2. Natureza jurídica dos entes morais. 3. Constituição Federal de 1988. 4. Teoria do delito e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 4.1. Conduta. 4.1.1. Conduta da pessoa jurídica. 4.2. Culpabilidade. 4.2.1. Culpabilidade e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 5. Fundamentos da pena. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Incrível como um tema que até pouco tempo atrás não despertava nenhum interesse na doutrina brasileira venha merecendo, atualmente, tantos estudos e tamanha atenção. Particularmente no Brasil, tal matéria ganhou especial importância com o advento da Constituição Federal de 1988, mas, principalmente, após a publicação da Lei n. 9.605/98, que em seu art. 3º previu expres-