
Fernando Palazzo: A aplicação da fiança nos crimes hediondos

**Artigo originalmente publicado na edição de agosto do Boletim IBCCrim*

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.

Nessa linha, urge 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 Tobias Barreto, “o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade”.

Partindo dessas premissas teóricas, observa-se no ordenamento jurídico pátrio uma prodigalidade do legislador em selecionar condutas e criar e hipertrofiar tipos penais no intuito de pretensamente salvaguardar bens jurídicos e pacificar a ordem social.

Sob essa ótica, merece destaque a edição da Lei 8.072/90. Abeberando-se, pois, de pensamentos provenientes de movimentos de lei e ordem que vicejavam à época, editou-se o aludido diploma normativo como a “panaceia de todos os males”, criando instrumentos mais austeros para o combate à criminalidade reputada como de maior gravidade.

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 ascendência.

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 artigo 2º. Em sua redação original, destacava-se, dentre outras, a obstaculização da concessão da fiança e liberdade provisória (inciso II), assim como a imposição do cumprimento da pena em regime integralmente fechado (parágrafo 1º).

A respeito desses preceptivos legais, perdurou durante muitos anos a plena aplicação dos seus comandos normativos. A execução integral da pena em regime fechado, um dos principais gravames impostos na referida lei, somente após 16 anos foi profligada diante da pecha de inconstitucionalidade.

Sob outra vertente, subsistia a vedação à liberdade provisória. Todavia, das luzes emanadas do julgamento acima mencionado, robusteceu-se o entendimento no sentido da inadequação de restrições

automáticas e apriorísticas, sob pena de se malferir o postulado da individualização da pena.

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 operada pela Lei 11.464/06, o STF asseverou, precipuamente, que a referida proibição decorreria direta e imediatamente da inafiançabilidade apregoada pela Carta Magna, sendo que a alteração realizada apenas fez uma correção, colocando a termo uma redundância textual.

Como se pode perceber, 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.

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 HC 104.339, relator ministro Gilmar Mendes, cujo tema central abordava a vedação à liberdade provisória prevista no artigo 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.

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 lhe confere 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 STF revelou no julgamento citado refletiu o vetusto entendimento que pautou o Código de Processo Penal em sua conformação primitiva. 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. No entanto, com o advento da Lei 6.416/1977, introduziu-se o parágrafo único no antigo artigo 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 incisos XLII e XLIV, do artigo 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 usa época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco”.

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

A toda evidência, persistindo essa compreensão, o tratamento que outrora era revestido de extrema rigidez passa, agora, a gozar de benefícios maiores que infrações penais reputadas como de menor significância.

Bem exemplifica essa situação a contradição envolvendo o crime de tráfico de entorpecentes. Consoante expresso no artigo 2º da Lei 8.072/90, 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 artigo 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.

Outrossim, mais recentemente, o Plenário do STF, no exame do HC 118.533/MS, relatora da ministra Cármen Lúcia, apreciado em 23/06/2016, 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 artigo 33, parágrafo 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.

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, nos termos previstos no artigo 336 do Código de Processo Penal.

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 estanke à liberdade provisória.

Corroborando esse sentido, observe-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 7º, 5, apregoa a utilização de mecanismos a balancear a liberdade concedida em favor de pessoa submetida à persecução penal.

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.

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. 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 delitativa e a contabilização de lucros à margem dos registros legais.

Dentro dessa perspectiva, vislumbra-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 pelos artigos 336 e 387, inciso IV, do Código de Processo Penal e com o próprio artigo 91, inciso I, do Código Penal.

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 artigo 28, parágrafo 5º, da Lei 11.343/06. Vale lembrar, ainda, que a Constituição Federal prossegue em seu artigo 245 quanto à necessidade de reparação das vítimas de delitos.

Em abono dessas premissas, emerge, 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, impende-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.

Concessa venia, 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. Releva 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”.

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.

5. Considerações finais

Posta a questão nesses termos, resta irrefragável que a manutenção da inviabilidade da fixação da medida cautelar da fiança fragiliza o ideário preconizado pelo magno texto federal e gera um inaceitável paradoxo em relação ao regramento aplicado para os demais crimes.

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 buscam-se 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 lúdimo e razoável.

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

Date Created

12/08/2018