

## A PRISÃO PROCESSUAL E A LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES HEDIONDOS <sup>1</sup>

Fernando Henrique Mariano Lopes <sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 PRISÃO; 2.1 TIPOS DE PRISÃO; 2.1.1 PRISÃO PENA OU PRISÃO PENAL; 2.1.2 PRISÃO SEM PENA OU PRISÃO PROCESSUAL 3 LIBERDADE PROVISÓRIA; 3.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA; 3.2 ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA; 3.2.1 LIBERDADE PROVISÓRIA VINCULADA SEM FIANÇA; 3.2.2 LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA E SEM VINCULAÇÃO; 3.2.3 LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA; 4 LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES HEDIONDOS; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** A prisão de um modo geral é a punição Estatal ao indivíduo condenado por uma prática delituosa, não obstante o caráter punitivo a prisão no sistema processual penal Brasileiro, admite a prisão do acusado em cometer uma prática delituosa, ou seja, admite-se a prisão antes de o mesmo ser condenado pela prática delituosa, baseando-se em fortes indícios de autoria. As prisões processuais são institutos utilizados com a finalidade de assegurar o andamento do processo ou investigação, ou ainda em casos de assegurar que o réu não volte a praticar delitos ou ainda atrapalhar toda a instrução processual. Sendo a prisão processual um cerceamento da liberdade do acusado, a Constituição Federal de 1988, prevê o instituto da liberdade provisória, que seria uma contramedida, em que atendendo alguns requisitos o acusado preso poderá ser posto em liberdade, com base no princípio da presunção de inocência. As prisões processuais tendem a proteger a sociedade e garantir o bom andamento do processo, a liberdade provisória vem a proteger o acusado de uma prisão ilegal ou mesmo equivocada, pois as prisões processuais em sua maioria são decretadas por probabilidade de condenação. Para se evitar uma prisão abusiva o magistrado deverá fundamentar os motivos que o levaram a decretar a medida cautelar, é certo que a prisão processual não ofende o princípio da presunção de inocência, porém a prisão decretada sem a devida fundamentação fere o referido princípio.

**PALAVRAS-CHAVES:** Prisão processual; Liberdade Provisória; Presunção de Inocência

**ABSTRACT:** The arrest of a general state is punishing the individual convicted of a criminal practice, despite the character the punitive prison system in the Brazilian criminal procedure, allows the arrest of the accused to commit a criminal practices, or admits to prison before it is condemned by the criminal practice, based on strong

---

<sup>1</sup> Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo da Prof. Ms. Fernanda Eloise Schmidt Ferreira Feguri.

<sup>2</sup> Acadêmico ou Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2010. Email para contato: ferhenrique.mariano@gmail.com

evidence of authorship. Prisons procedural institutes are used in order to ensure the progress of the case or investigation, or in cases to ensure that the defendant do not do crime or hinder any investigation procedure. As the prison a procedural restriction of liberty of the accused, the 1988 Federal Constitution provides for the Office of provisional freedom, which would be a countermeasure, in view some requirements that the accused prisoner may be released based on the principle of presumption of innocence. The procedural prisons tend to protect society and ensure the smooth running of the process, the provisional freedom is to protect the accused of an illegal arrest or even wrong, because the procedure in most prisons are ordered by likelihood of conviction. To avoid an abusive prison the magistrate must explain the reasons which led it to grant an injunction, it is true that prison does not offend the procedural principle of presumption of innocence, but the imprisonment imposed without adequate reasoning offends this principle

**KEY-WORDS:** Arrest Procedure; Provisional Freedom; Presumption of innocence

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar o poder punitivo do Estado em confronto com o direito de liberdade do indivíduo que seja acusado de praticar uma conduta em desconformidade com a lei penal, e o qual ainda não fora considerado culpado por uma sentença condenatória irrecorrível.

Originados após práticas desregradadas por indivíduos que compõe a sociedade, o Estado criou mecanismos reguladores da atuação estatal, criando limites à liberdade individual, aplicando sanções que implicam desde o cerceamento do direito de locomoção do indivíduo violador da norma penal, até restrição de direitos.

Visando acima de tudo demonstrar que o poder punitivo do Estado visa o bem estar da coletividade, atuando e respeitando os limites fixados pela norma, o qual deverá atuar até o limite fixado pelas normas vigentes a época dos fatos.

O presente estudo contempla ainda as prisões processuais ou cautelares conhecidas também como prisão provisória, a prisão cautelar no Brasil é uma questão muito debatida nos dias atuais, frente ao princípio constitucional da presunção de inocência. Isto porque, na época da instituição das prisões cautelares, não existia no Brasil referido princípio, o qual foi incluído pela Constituição Federal de 1988.

Discorreremos ainda sobre princípios norteadores do processo penal, em especial, o princípio da presunção de inocência ou estado de inocência. Visto por alguns doutrinadores como princípio da não culpabilidade do acusado, sendo ainda tido como um desdobramento do princípio do devido processo legal, e que se impõe como um dos princípios basilares das garantias dos direitos individuais, visando à tutela da liberdade pessoal, pois expressamente em nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII, dita que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

## 2. PRISÃO

Hoje se conhece muito do universo prisional, mas pouco se evoluiu no que se refere à ressocialização do condenado. A evolução se deu apenas no sistema de aplicação e sob aspectos humanitários. Pois antes mesmo de existir qualquer código ou normas, as pessoas eram presas acorrentadas como animais, muitas vezes pelos pés, mãos e pescoço. Pode se dizer que neste sentido se evoluiu sim, mas muito pouco do que realmente se precisa<sup>3</sup>.

Há resquícios de que o modelo de prisão em ambientes fechados teve origem na Grécia antiga, onde se prendia escravos, delinquentes e até os vencidos na guerra, em local fechado<sup>4</sup>. A Igreja deu sua contribuição, pois admitia a penitencia como forma de reabilitação, que apenas era conquistada com a adesão íntima ao sofrimento purificador pelo criminoso pecador, que suplicava a penitencia para assim se purificar<sup>5</sup>.

Conforme Edmundo Oliveira:

A prisão como pena com a finalidade de reeducação teve início na Holanda nos fins do século XVI, onde consistia em adotar a filosofia de destinar os estabelecimentos para o específico cumprimento de pena como caráter educativo, o que antes não existia<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**. 32ª ed., Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1995

<sup>4</sup> DOMINGOS, Teodoro Martins Garcia Filho. **História das Prisões**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/historia-das-prisoas/114852>> Acesso em: 25 de junho de 2015

<sup>5</sup> CAMARGO, Virginia. **Realidade do sistema Prisional no Brasil**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299) Acesso em: 25 de junho de 2015.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e Alternativas à Prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997 p.6

No contexto atual e com base na legalidade e na humanização da pena, prisão é a privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, conforme conceitua Guilherme de Souza Nucci<sup>7</sup>.

Atualmente, a Suécia é um país modelo a ser seguido por outros, por apresentar um quadro de 78 presos para cada 100 mil habitantes, seguido da Holanda que apresenta 94 presos para cada 100 mil habitantes. Os número já são baixos, e, ao que indica, podem ficar ainda menores. Já o Brasil tem 253 detentos para cada 100 mil habitantes, segundo o Centro Internacional de Estudos das Prisões<sup>8</sup>. A queda no número de presidiários na Suécia tem duas explicações principais: a diminuição no número de crimes e revisões judiciais que buscam penas alternativas, sendo que, a reabilitação e prevenção em reincidência tem uma grande parcela nesta queda de crimes, sendo que, com tal decadência de prisioneiros, a Suécia acabou fechando quatro prisões<sup>9</sup>. Seguindo na contramão, a população carcerária brasileira cresceu 10% entre 2010 e 2012. Estados Unidos, cujo governo federal recentemente criou normas para afrouxar o encarceramento nos tribunais federais, continua o país mais aprisionado do mundo, com 743 detentos para cada 100 mil habitantes.

Nas palavras de José Frederico Marques, Prisão é a pena privativa de liberdade imposta ao delinquente, mediante clausura, em estabelecimento penal para este fim destinado<sup>10</sup>.

No entendimento de Fernando Capez há ainda 06 (seis) espécies de prisão que são: Prisão Penal, Prisão Processual, Prisão Civil, Prisão Administrativa, Prisão disciplinar e Prisão para Averiguação<sup>11</sup>, conforme se estudará a seguir.

Prisão é a simples privação da liberdade de locomoção, sendo determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

---

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 5 ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p.573

<sup>8</sup> ALMEIDA, Alberto. **Brasil tem a 3 maior população carcerária do mundo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-segundo-estudo>> Acesso em 25 de junho de 2015.

<sup>9</sup> GOMES, Luis Flavio. **Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios**. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoas-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios/>> Acesso em: 25 de junho de 2015.

<sup>10</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2 ed. Campinas: Bookseller. V. 1. 1997. p.38

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008 p. 246

## 2.1 TIPOS DE PRISÃO

O termo prisão automaticamente remete a ideia de privação de liberdade do cidadão, que venha a praticar algum delito que fere o ordenamento jurídico vigente, seja esta prática por motivo ilícito ou ainda por ordem legal, mediante clausura.

Segundo nosso ordenamento jurídico e segundo o posicionamento de vários doutrinadores existem duas classificações para a prisão que se divide em Prisão Pena e Prisão sem Pena, esta também chamada de prisão processual.

## 2.2. PRISÃO PENA OU PRISÃO PENAL

A prisão pena é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, com a finalidade de reintegrá-lo a ordem jurídica injuriada, segundo as palavras de Tourinho Filho <sup>12</sup>.

A prisão pena é a imposta ao indivíduo conforme conceitua Capez<sup>13</sup>, após o devido processo legal, ou seja, imposta em virtude de sentença condenatória já transitado em julgado, sendo uma medida penal para garantir a pretensão executória do Estado.

A pena instituída na vontade do legislador e nos moldes da humanização da pena e da pessoa do condenado é a de ressocializar o condenado para que depois de cumprido sua pena fosse reinserido e integrado novamente na sociedade.

Nesse sentido nos ensina Tourinho Filho:

[...] que a pena é meramente castigo, contrariando e desviando de sua finalidade precípua que é a de reeducar para ressocializar, reinserir, reintegrar o condenado na comunidade. Solidificando-se a ideia principal que o cárcere, não tem a função que o estado quer, ou seja a função educativa, e sim castigo<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008 p. 246

<sup>14</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.56.

O Código Penal prevê as seguintes penas: privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), as restritivas de direitos, e a pena de multa.

### 2.3. PRISÃO SEM PENA OU PRISÃO PROCESSUAL

Já a prisão processual ou provisória, também chamada de prisão sem pena, embora não tenha pena a ser cumprida, ela é também a privação de liberdade do indivíduo que seja acusado de ter cometido algum crime.

E basicamente solicitada e imposta pelas autoridades geralmente no início de um processo ou inquérito, com a finalidade de assegurar o andamento do processo ou investigação, ou ainda em casos de assegurar que o réu não volte a praticar delitos ou ainda atrapalhar toda instrução processual.

Um das particularidades das prisões sem penas é que elas são ocorridas, impostas ou solicitadas pelas autoridades antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, por isso são tidas como cautelares.

Nos casos em que o indivíduo venha a ser condenado pelo crime que esteja sendo acusado, após o devido processo legal, o prazo em que este esteve preso é diminuído do tempo total da pena, como se assim o tivesse cumprido.

Fernando Capez conceitua:

[...] prisão sem pena também chamada prisão processual, como a prisão imposta com a finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda visando a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos<sup>15</sup>.

Conforme nos instrui Tourinho Filho,

A prisão sem pena não deflui de condenação, ao contrario da prisão pena, esta é decretada pelo Juiz, seja no cível conforme prevista nos artigos 733, § primeiro; ou ainda as previstas nos artigos 69 e 81 da Lei nº 6.815/80; e 139, II, b da CF; bem como a prisão cautelar de natureza processual sob cinco modalidades: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão resultante de pronuncia e prisão decorrente de sentença penal condenatória irrecurável<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> CAPEZ, op. cit. p. 246

<sup>16</sup> TOURINHO, op. cit. p.56

No entanto após a reforma apenas três espécies ou modalidades de prisão processual passaram a ser citadas, sendo elas: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. A prisão temporária é uma modalidade de prisão processual ou cautelar que é apenas decretada pelo juiz, e durante o curso do inquérito policial, a qual visa garantir o bom andamento das investigações que apura determinada prática ilícita tipificada em nosso ordenamento. Foi criada pela Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, e convertida na Lei. 7960, de 21 de dezembro de 1989. Já a prisão em flagrante é uma espécie de medida cautelar constritiva de liberdade, esta modalidade de prisão dispensa o mandado de prisão da autoridade competente, devido ao fato de ser efetuada no momento em que ocorre o delito.

Fernando Capez conceitua:

A prisão em flagrante como sendo uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido um crime ou uma contravenção<sup>17</sup>.

A prisão preventiva é uma medida constritiva da liberdade do indivíduo acusado, sendo uma medida cautelar e não uma antecipação de pena, medida esta que adquire destaque e divergência de doutrinadores e alvo de diversos julgados sobre o conflito existente com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Neste sentido, Fernando Capez afirma que prisão preventiva é “prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizados”<sup>18</sup>.

O que a norma constitucional tutela é a legalidade das formas processuais, bem como a adoção pelo legislador ordinário de dar garantias mínimas aos réus, concebidos como sujeitos de direitos e não meros objetos de investigação autoritária por parte do Estado<sup>19</sup>.

A prisão processual no nosso ordenamento jurídico tem a finalidade de resguardar tanto a sociedade, quanto o processo ou inquérito, quanto o

---

<sup>17</sup> CAPEZ, op. cit. p. 247

<sup>18</sup> CAPEZ, op. cit. p.263

<sup>19</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 280.

processo ou inquérito. Cumpre ressaltar que a prisão processual é largamente utilizada hoje no Processo Penal Brasileiro.

A prisão processual ou cautelar a ser solicitada pela autoridade competente tem que atender a dois requisitos o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* ou a “fumaça do bom direito” se comprova pela existência de indícios veementes do direito, e consiste na real possibilidade de o indivíduo indiciado ou investigado ser o autor do delito que se apura. Quanto ao *periculum in mora* ou “perigo da demora” consiste, todavia na segurança e garantia da aplicação jurisdicional, a qual não pode se esvair no tempo, sendo o indivíduo sem residência certa e com indícios de personalidade voltada a delinquir.

Sempre será a prisão cautelar baseada em probabilidade de condenação do réu, eis que necessária a demonstração de indícios de autoria, no sentido de proteção o legislador se preocupou em criar um remédio jurisdicional à prisão cautelar, sendo que no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 existem direitos assegurados aos cidadãos contra eventual ato indevido por parte da autoridade policial ou judiciária, quais sejam: direito ao relaxamento da prisão ilegal, concessão de liberdade provisória com ou sem fiança ou o *habeas corpus*.

Embora ainda prevista em nosso ordenamento jurídico a prisão civil por dívidas do depositário infiel, ela foi considerada ilegal e inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, através do H.C. 92.566, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 03/12/2008.

**DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO - CONTROVÉRSIA SOBRE O ALCANCE DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA - RELEVÂNCIA DA MATÉRIA - LIMINAR DEFERIDA.** 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: O impetrante requer o deferimento de ordem em favor de José Arlindo Passos Correa, contra quem foi determinada a expedição de mandado de prisão civil. Aponta como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça, em virtude do julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 292.090/SP. O paciente, sócio da empresa Taquaruçu Agropecuária Ltda., realizou contrato de penhor rural com o Banco do Brasil. Narra-se na impetração que, na Cédula Rural Pignoratícia, ficou estipulado como garantia, entre outros bens, a safra de cana-de-açúcar do ano de 1993/1994. Não cumprido o objeto do contrato, o credor propôs ação de execução forçada - Processo Cível nº 345/95, em tramitação na Primeira Vara Cível da Comarca de Monte Aprazível, Estado de São Paulo. Procedeu-se à penhora da safra de cana-de-açúcar de 1994/1995. Em agosto de 1996, foi lavrado Termo de Redução e Ampliação de penhora, restando reduzida à penhora a safra supramencionada, bem como as relativas a 93/94, 95/96 e 96/97, das quais o paciente foi nomeado depositário judicial. Em julho de 1997, o Banco do Brasil/Exeqüente pediu a avaliação dos bens referidos. Certificou o oficial de justiça, então, que as safras não poderiam ser avaliadas, porquanto já colhidas. O exeqüente



requereu ao Juízo paciente, sócio da empresa Taquaruçu Agropecuária Ltda., realizou contrato de penhor rural com o Banco do Brasil. Narra-se na impetração que, na Cédula Rural Pignoratícia, ficou estipulado como garantia, entre outros bens, a safra de cana-de-açúcar do ano de 1993/1994. Não cumprido o objeto do contrato, o credor propôs ação de execução forçada - Processo Cível nº 345/95, em tramitação na Primeira Vara Cível da Comarca de Monte Aprazível, Estado de São Paulo. Procedeu-se à penhora da safra de cana-de-açúcar de 1994/1995. Em agosto de 1996, foi lavrado Termo de Redução e Ampliação de penhora, restando reduzida à penhora a safra supramencionada, bem como as relativas a 93/94, 95/96 e 96/97, das quais o paciente foi nomeado depositário judicial. Em julho de 1997, o Banco do Brasil/Exeqüente pediu a avaliação dos bens referidos. Certificou o oficial de justiça, então, que as safras não poderiam ser avaliadas, porquanto já colhidas. O exeqüente requereu ao Juízo da execução a ordem de prisão civil contra o paciente. Intimou-se o depositário para que apresentasse os bens ou depositasse o equivalente em dinheiro, em 48 horas, sob pena de prisão (folha 292). Não cumprida a determinação, foi expedido o mandado de prisão (folha 519). O executado protocolou agravo de instrumento. O Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo proveu parcialmente o recurso, para afastar a prisão civil prevista no artigo 1.287 do Código Civil, porque estaria revogada pelo Pacto de São José da Costa Rica (folha 51). O Banco do Brasil interpôs recurso especial. O Superior Tribunal de Justiça proveu a impugnação. Assentou a legalidade do decreto prisional, afastando o argumento de ter-se como revogada a legislação ordinária sobre prisão civil (folha 12). Os embargos de divergência interpostos contra o acórdão do recurso especial não foram admitidos e o agravo regimental foi desprovido. O Superior Tribunal recebeu os embargos de declaração interpostos, sem efeitos modificativos, conforme informação colhida no relatório de andamento processual no sítio daquela Corte - cópia anexa. Esse é o ato atacado neste habeas. O impetrante sustenta a insubsistência dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, que restabeleceram o decreto de prisão civil expedido contra o paciente. Afirma que ordem de prisão, fundada em descumprimento de atos da vida privada, não encontra amparo na legislação atual, considerando-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, conferiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos - entre os quais se insere o Pacto de São José da Costa Rica - o status de norma constitucional. Ressalta não mais se poder falar, no cenário jurídico atual, em prisão civil, ressalvada a de devedor de prestação alimentícia. Registra que o executado está na iminência de ser preso, ante o fato de o Juízo da Execução vir a receber comunicação veiculando o julgamento do recurso especial e a manutenção da prisão civil decretada. Requer a concessão de medida cautelar, para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade, até o julgamento do mérito deste processo, quando pretende ver o deferimento definitivo da ordem, cassando o decreto de prisão civil. 2. O tema envolvido neste processo está a merecer o crivo do Colegiado Maior da Corte, definindo-se a subsistência, ou não, da legislação ordinária disciplinadora da prisão do depositário infiel ante a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica. Então, cumpre afastar a eficácia do pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça que implicou a alteração do que decidido pelo extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. 3. Defiro a liminar em tal sentido. 4. Colham o parecer do Procurador-Geral da República, ficando, desde já, afetado ao Plenário o julgamento deste habeas. 5. Publiquem. Brasília, 9 de outubro de 2007. Ministro MARÇO AURÉLIO Relator<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> STF, Superior Tribunal de Federal. HABEAS CORPUS: HC 92.566 SP/ DJe-123 DIVULG

O referido julgado trouxe um ponto final nas discussões existentes sobre o assunto, pois o Supremo Tribunal Federal entendeu que o fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, o qual restringe a prisão civil por dívidas, o mesmo obteve o status de supralegalidade, restando assim derogadas as normas legais existentes e que previam a referida prisão.

De ordem civil há apenas a prisão alimentícia, decorrente da falta de pagamento a quem é obrigatório seu pagamento.

### **3. LIBERDADE PROVISÓRIA**

O instituto da liberdade provisória está previsto no Código de Processo Penal a partir do artigo 321 (Livro I, Título IX, Capítulo VI), e se divide em liberdade provisória com fiança e liberdade provisória sem fiança.

Prevista ainda na Constituição Federal, no artigo 5º, LXVI, segundo o qual: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, automaticamente combinado com o princípio da presunção de inocência.

A Liberdade Provisória não é propriamente uma liberdade, mas sim uma medida cautelar pessoal, assemelhando-se neste ponto à prisão provisória.

Liberdade provisória é a possibilidade de o preso responder ao processo em liberdade, ou seja, uma cautela em relação a prisão cautelar, sendo aplicada nos casos em que à manutenção da prisão provisória não se mostrar imprescindível.

Na visão de Capez:

[...]é o instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o transitu em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas<sup>21</sup>.

Já para Tourinho Filho:

---

15/10/2007 PUBLIC 16/10/2007 DJ 16/10/2007PP-00031 Disponível em:

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14775663/habeas-corporis-hc-92566-sp-stf>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

<sup>21</sup> CAPEZ, op. cit. p.278

A prisão processual é um mal irreparável, causadora de sofrimentos morais, físicos e materiais, que atingem um homem ainda não definitivamente condenado e que só se justifica nos casos de absoluta necessidade. A liberdade provisória, por sua vez, é um instrumento de substituição da prisão processual, em que o acusado aguarda o julgamento em liberdade, mediante a observância de regras determinadas pelo juiz, não precisando sofrer com as mazelas do cárcere. A sua origem remonta a Grécia e Roma Antiga; no Brasil, por sua vez, os sucedâneos das prisões cautelares, já existiam ao tempo da legislação colonial.<sup>22</sup>

A liberdade provisória é a situação substitutiva da prisão processual. É o contraposto da prisão processual, ou seja, se, de maneira antecedente, há fundamento para a prisão provisória, esta não se efetiva ou se relaxa se houver uma das situações de liberdade provisória<sup>23</sup>.

Liberdade provisória seria uma medida intermediária entre a prisão provisória e a liberdade completa. Ela se constitui como uma cautela em relação à prisão cautelar, sendo aplicada nos casos em que a manutenção da prisão processual não se mostrar imprescindível, ou seja, realmente necessária, podendo ser solicitada a qualquer momento em qualquer fase, antes de transitado em julgado.

A exemplo de Antônio Scarance Fernandes:

A expressão liberdade provisória não é adequada, apesar de consagrada, inclusive na lei. Traz a idéia de uma liberdade que pode, a qualquer momento, vir a cessar. Mas todo aquele submetido a processo criminal tem uma liberdade provisória, eis que poderá vir a ser preso em virtude de preventiva, pronúncia ou condenação. Melhor seria falar em liberdade vinculada. O réu fica em liberdade, mas sujeito a vínculos do processo. Tem ele ônus processuais, de maior ou de menor profundidade, que, se descumpridos, podem fazer cessar o estado de liberdade, vindo a ser determinada a prisão<sup>24</sup>.

### 3.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A doutrina costuma referir a existência de três espécies de liberdade provisória.

Neste sentido cita a liberdade provisória permitida, a liberdade provisória obrigatória e a liberdade provisória proibida, referindo-se na verdade às

<sup>22</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 24 ed.rev.aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.404

<sup>23</sup> GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.279

<sup>24</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. A fiança criminal na Constituição Federal, p. 30

hipóteses em que a lei respectivamente, faculta a concessão do benefício, torna-a obrigatória ou a veda<sup>25</sup>.

Sendo assim, Fernando Capez:

[...]nos ensina que a liberdade provisória obrigatória trata-se de direito incondicional do acusado, não lhe podendo ser negado em hipótese alguma. Ocorre no caso de a infração penal não ser punida com pena privativa de liberdade ou quando o máximo de pena privativa de liberdade prevista não exceder a três meses (infrações de que o réu se livra solto)<sup>26</sup>.

Por sua vez, Edílson Mougenot Bonfim:

[...] relata que será obrigatória a concessão da liberdade provisória nas hipóteses em que a lei determina que o réu deve livrar-se solto, independentemente de fiança, em razão de circunstâncias objetivas. Ocorre nas hipóteses do artigo 321 do Código de Processo Penal, ou seja: a) se a infração a lei penal não comina, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade, não ultrapassar 03 meses (incisoll)<sup>27</sup>.

Nos termos do artigo 321 do CPP, não caberá tal instituto nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado conforme (artigo 323, III, do Código de Processo Penal).

Trata-se do réu que é reincidente em crime doloso. Por se tratar de norma restritiva, a interpretação também deve ser restrita, vedando-se a analogia ou interpretação extensiva. Assim, a condenação anterior a crime culposo ou contravenção não impede a concessão do benefício. Também se encontra proibida a concessão desse benefício se houver no processo prova de ser o réu vadio artigo 323, IV, do Código de Processo Penal.

Na hipótese acima, do artigo 323, inciso IV, de ser o réu vadio, tem sua constitucionalidade contestada.

Fernando Capez cita ainda uma nova hipótese de liberdade provisória obrigatória de acordo com o artigo 69 da lei n.9.099/95, quando o autor do fato, surpreendido em flagrante, assumir o compromisso de comparecer à sede do juizado.

A liberdade provisória permitida, segundo Fernando Capez:

---

<sup>25</sup> BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.428.

<sup>26</sup> CAPEZ, op. cit. p.278

<sup>27</sup> BONFIM, op. cit. p.429.

[...] ocorre nas hipóteses em que não couber prisão preventiva ou naquelas em que o réu pronunciado tem o direito de aguardar o julgamento em liberdade, vide artigo 408§ 2º do Código de Processo Penal, ou ainda o condenado tem o direito de apelar em liberdade conforme artigo 594 do Código de Processo Penal, subdividindo-se em liberdade provisória com fiança e liberdade provisória sem fiança<sup>28</sup>.

Primeiramente a liberdade provisória era vedada, ou seja, aquela proibida por lei em específico para os crimes previstos na Lei de Crimes Hediondos da antiga redação da Lei 8.072/90 em seu artigo 2º inciso II:

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

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança e liberdade provisória;

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.<sup>29</sup>

Neste sentido a Constituição Federal que preceitua em seu artigo 5º, inciso XLIII que a lei considerará inafiançável a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

### 3.2 ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA

As espécies de Liberdade Provisória são subdivididas em: liberdade provisória obrigatória, liberdade provisória permitida e liberdade provisória vedada.

A liberdade provisória obrigatória trata-se de direito incondicional do infrator, que ficará em liberdade, mesmo tendo sido surpreendido em flagrante. Já a liberdade provisória permitida é admitida quando não estiverem presentes os requisitos de decretação da preventiva, e quando a lei não vedar expressamente e a

<sup>28</sup> CAPEZ, op. cit. p.278

<sup>29</sup> BRASIL, Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2015.

liberdade provisória vedada, como o próprio nome já diz, é vedada quando couber prisão preventiva e nas hipóteses que a lei estabelecer expressamente proibição.

Nas palavras de Edílson Mougenot Bonfim:

[...] a liberdade provisória pode ser concedida, a depender da existência de certos requisitos, com ou sem a exigência de fiança. A liberdade provisória sem fiança poderá ser vinculada ou não vinculada, dependendo de haver ou não a imposição de deveres a serem cumpridos como condições para que se mantenha em vigência o benefício da liberdade. A liberdade provisória mediante fiança será sempre vinculada<sup>30</sup>.

Diante do entendimento acima citado, observa-se que o instituto da liberdade provisória será concedido quando preenchidos tais requisitos.

### 3.2.1 LIBERDADE PROVISÓRIA VINCULADA SEM FIANÇA

A primeira hipótese de liberdade provisória sem fiança, mas com vinculação é a mencionada no artigo 310, *caput*, do Código de Processo Penal:

Art. 310 – Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.<sup>31</sup>

O referido artigo permite ao juiz conceder liberdade provisória ao acusado, independentemente de fiança, desde que sua conduta se encaixe no art. 23 do Código Penal (causas excludentes da ilicitude do fato), pouco importante se o crime é infiançável ou não. O fundamento para a existência desse dispositivo é que o acusado agiu acobertado por uma excludente da ilicitude, ou seja, de acordo com o direito, não havendo, portanto, razão para que permaneça preso.

A segunda hipótese de liberdade provisória sem fiança, mas com vínculo é a prevista no artigo 350 do Código de Processo Penal. De acordo com esse dispositivo:

Art. 350 – Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e

---

<sup>30</sup> BONFIM, 2009 p.430

<sup>31</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2015.

328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício.

Parágrafo único – O escrivão intimará o réu das obrigações e sanções previstas neste artigo.<sup>32</sup>

Nota-se que o caso em questão diz respeito aos crimes que admitem fiança, mas o réu, por motivo de pobreza, encontra-se impossibilitado de prestá-la. Nesse caso, o juiz poderá conceder liberdade provisória, sujeitando-o, a determinadas condições dos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal, como se segue:

Art. 327 - A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328 - O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.<sup>33</sup>

Porém no caso em comento depende de alguns requisitos para ser concedida como:

- a) somente pode ser concedida nos casos em que se admite fiança
- b) o réu deve ser pobre
- c) sujeição às condições previstas nos arts. 327 e 328 do CPP.<sup>34</sup>

Verifica-se com o exposto que essa liberdade somente poderá ser concedida se o crime for afiançável, pois se não for, deverá assim ser tratada pelo artigo 310 do Código de Processo Penal.

Curiosidades à parte, verifica-se que tanto para o pobre como para o rico que cometerem crimes inafiançáveis, seja permitida a liberdade provisória do artigo 310 do aludido Codex. Porém ao pobre que cometer crime inafiançável será concedida a liberdade provisória do artigo 350, tratamento diferenciado ao pobre que

---

<sup>32</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2015.

<sup>33</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2015.

<sup>34</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689. loc. cit.

terá mais obrigações a cumprir por um crime “afiançável” do que o rico por ter cometido um crime “inafiançável”.

Por fim, outra hipótese de liberdade provisória sem fiança, mas com vínculo é a prevista no artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 6.416/77.

Art. 310 – [...]

Parágrafo único – Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).<sup>35</sup>

Segundo a doutrina, a regra é o acusado responder ao processo em liberdade, sem ônus econômico, somente devendo ser preso se presente algum dos requisitos da prisão preventiva. Aplica-se tanto às infrações afiançáveis como às inafiançáveis, ao réu primário ou reincidente, de bons ou maus antecedentes. Ou seja, caso a prisão se mostre legal, porém desnecessária, o magistrado deverá conceder liberdade provisória, sujeitando o acusado a determinadas condições. Pois se trata de um direito subjetivo do acusado, sempre que ausentes os pressupostos autorizadores da preventiva.

### 3.2.2 LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA E SEM VINCULAÇÃO

E quando ao réu se livra solto, sem fiança, e sem que sejam vinculadas condições para que seja mantido em liberdade.

Edílson Mougnot Bonfim cita que para que seja concedida a liberdade provisória sem fiança, devem ser preenchidos dois requisitos:

- a) tratar-se de: infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade ou quando o máximo da pena privativa de liberdade isolada, cumulativamente ou alternativamente cominada, não exceder a 03 meses (art. 321, I e II);
- b) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, não haver sido o réu condenado por outro crime doloso, em sentença anteriormente transitada em julgado ou, em qualquer caso, não houver no processo prova de ser o réu vadio (art. 323, III e IV, em combinação com o art. 321 do Código de Processo Penal)<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689. loc. cit.

<sup>36</sup> BONFIM, *op. cit.*, p. 430.



Ou seja, a liberdade provisória sem fiança e sem vinculação retrata-se na não imposição de obrigação ao acusado que se livrará solto (art. 321 CPP), desde que a infração penal cometida não seja punida com pena privativa de liberdade não superior a três meses, exceto quando o acusado for vadio ou é reincidente em crime doloso (artigo 323, III, e IV do Código de Processo Penal).

### 3.2.3 LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA

Em algumas situações a lei permite ao acusado a liberdade provisória com fiança, dependendo do tipo ilícito penal cometido. Tratando-se de uma caução, de uma garantia real, servindo para designar e garantir o cumprimento de uma obrigação processual por parte do acusado.

Fiança nas palavras de Fernando Capez:

É uma caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu. Tratando-se de direito subjetivo constitucional do acusado, e que pode ser concedido desde a prisão em flagrante até o trânsito em julgado da sentença condenatória<sup>37</sup>.

A fiança constitui-se uma caução, tratando-se de uma garantia real, independente, portando da idoneidade de quem a presta, consiste na entrega de bens ao Estado, com o fim de assegurar a liberdade do indiciado ou réu durante a *persecutio criminis* e, secundariamente, também garantir o pagamento de custas processuais e ônus a que estiver sujeito o réu<sup>38</sup>.

Para Edílson Mougnot Bonfim, o legislador não indicou expressamente quais os crimes que seriam afiançáveis, preferindo indicar as situações em que não se admite fiança, bem como apontar os crimes afiançáveis.

A possibilidade de concessão de liberdade provisória mediante fiança se faz a *contrario sensu*, pela determinação das hipóteses em que a fiança não é vedada. De acordo com o artigo 323 do Código de Processo Penal, é vedada a concessão de fiança:

---

<sup>37</sup> CAPEZ, *op. cit.*, p. 282.

<sup>38</sup> BONFIM, *op. cit.*, p. 433.

- I) nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 anos;
- II) nas contravenções de vadiagem e mendicância, descritas nos artigos 59 e 60 da lei de Contravenções Penais;
- III) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado. Essa hipótese não se identifica com a reincidência, já que não se exige que o delito posterior tenha sido praticado após o trânsito em julgado da sentença condenatória;
- IV) em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;
- V) nos crimes punidos com reclusão, que causem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça<sup>39</sup>;

Quanto aos crimes inafiançáveis, Fernando Capez destaca ainda:

[...] os crimes de racismo, crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo, crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem e o Estado Democrático, no caso de prisão civil ou militar, para o réu que tiver quebrado a fiança no mesmo processo, deixar de comparecer a qualquer ato processual a que tenha sido intimado, ou ainda quando estiver presente qualquer dos motivos que ensejam a prisão preventiva<sup>40</sup>.

\*A liberdade provisória, com a redação da Lei 11.464/2007, passou a ser admitida também para os acusados de cometerem crimes hediondos e assemelhados, hipóteses esta anteriormente vedada pela redação da Lei 8.072/90, a qual foi alterada em 2007.

#### **4.LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES HEDIONDOS**

Com advento da Lei 8.072/90, a chamada Lei dos Crimes Hediondos, foi concedido ao magistrado o poder de decretar a prisão temporária em feitos que apurem delitos referidos na Lei em comento, em prazo máximo de trinta dias, também prorrogáveis por igual tempo.

O tratamento diferenciado dado pelo legislador, eis que geralmente a prática de delitos de “maior potencial ofensivo” ou simplesmente hediondos, que causam grande clamor público, tornam necessárias maiores averiguações para o descobrimento da verdade real, como apreensões, cumprimento de mandatos de busca e apreensão, interceptações telefônicas, entre outras medidas.

---

<sup>39</sup> BONFIM, *op. cit.*, p. 432.

<sup>40</sup> CAPEZ, *op. cit.*, p. 283.

A Constituição Federal em seu artigo 5º inciso XLIII, explicitamente a expressão de crimes inafiançáveis quanto aos crimes hediondos:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.<sup>41</sup>

A lei em comento, em sua redação original, mais precisamente em seu artigo 2º, inciso II, trazia em seu texto a vedação da possibilidade de liberdade provisória nos casos de crimes hediondos e seus assemelhados:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:  
I – anistia, graça e indulto;  
II – fiança e liberdade provisória;  
§ 1º [...]<sup>42</sup>

Desde a sua edição, a lei 8.072/90 vem causando grande divergência por parte dos doutrinadores e mesmo na jurisprudência no que tange à incompatibilidade entre o dispositivo limitador e os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Ou seja, há aqueles que acreditam que a vedação da liberdade provisória não contraria a Constituição e, contrapartida, o dos que veem o dispositivo como uma verdadeira afronta aos princípios constitucionais e ao caráter de exceção das prisões cautelares.

Acredita-se que o objetivo do legislador foi o de dar maior rigor ao procedimento criminal referente aos crimes hediondos e seus assemelhados, evitando assim que o acusado se furte da aplicação da lei e gerar na sociedade um sentimento de impunidade e imprudência.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal, manteve-se firme no sentido da absoluta constitucionalidade da vedação da liberdade provisória quanto aos crimes hediondos, sob o argumento de que à lei ordinária compete fixar os

---

<sup>41</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2015.

<sup>42</sup> BRASIL, Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2015.

parâmetros para a maior ou menos restrição da liberdade, de acordo com a gravidade do crime, conforme Habeas Corpus 73.978-4/RJ, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 13-8-1996, publicado no Diário da Justiça da União em 20 de setembro de 1996, p.34537.

De fato, quando a Constituição diz, em seu artigo 5º, LXVI, que “ninguém será levado a prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória”, a contrário sensu está dizendo que, quando a lei não admitir a liberdade provisória, será possível levar-se alguém a prisão, logo, permitindo ao legislador estabelecer os casos de inadmissibilidade do referido benefício.

Tal discussão perdeu seu objeto com o advento da Lei n.11.464/2007 de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao artigo 2º da Lei n. 8.072/90, suprimindo a vedação à liberdade provisória em crimes hediondos e assemelhados, como se vê na nova redação:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º

II- fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.<sup>43</sup>

A lei de Drogas vedou expressamente a concessão da liberdade provisória nos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 (conforme artigo 44 da Lei n. 11.343/2006).

Nota-se, portanto que a redação da Lei 11.464/2007, acabou por abolir a vedação legal existente para a concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados (como tráfico de drogas), e constituindo os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei n.11.343/2006, equiparados

<sup>43</sup> BRASIL, Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2015.

a hediondos, não há como se afastar a incidência da nova regra legal, de molde a autorizar a concessão da liberdade provisória sempre que ausentes os pressupostos da prisão preventiva<sup>44</sup>.

Com a finalidade de tal dispositivo funcionar como um demonstrativo do poder Estatal, passando a imagem que o mesmo trata com rigor crimes que causam maior clamor e ojeriza social.

Alguns doutrinadores contrapõem-se a esta ideia, criticando tal dispositivo neste sentido Alberto Silva Franco leciona que:

Antes de mais nada, porque não tem cabimento sua pretensão de estabelecer o sentido de uma norma constitucional atinente a um direito ou garantia, de caráter fundamental. Não tem ele o poder de dispor, a seu bel prazer, do conteúdo de um direito fundamental, nem lhe é atribuída a capacidade de, automaticamente, interpretá-lo.<sup>45</sup>

Segundo Fernando Capez, a jurisprudência majoritária era no sentido de que, ante a falta de comprovação válida e consubstancial do *periculum in mora*, não se justificava a manutenção da prisão processual apenas porque o crime imputado foi classificado como hediondo, admitindo, portanto a liberdade provisória para tais infrações, contrariando o disposto no artigo 2º inciso II, da Lei 8.072/90. Ainda segundo Capez, havia entendimento no sentido da absoluta constitucionalidade da vedação da liberdade provisória, sob o argumento de que a lei ordinária compete fixar parâmetros para a maior ou menor restrição de liberdade de acordo com a gravidade do crime<sup>46</sup>.

É certo que a nova lei não é incompatível com a anterior. Dela difere apenas por questão de política criminal, ao não vedar expressamente a concessão ou não da liberdade provisória diferente da fiança a todos os crimes hediondos ou equiparados a tais.

Ficando assim a divergência pela concessão ou não da liberdade provisória, tanto a doutrina como a jurisprudência tende a concessão ou não.

De um lado os que entendem não caber o instituto da liberdade provisória aos acusados de cometerem crimes hediondos e assemelhados pelo fato de a lei não fazer menção, e amparados pela sociedade, visto estes exigirem uma

---

<sup>44</sup> CAPEZ, *op. cit.*, p. 280.

<sup>45</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**: notas sobre a lei 8072/90. 3 ed. Ver. e ampl. São Paulo: RT, 1994.

<sup>46</sup> CAPEZ, *op. cit.* p. 279.

medida cautelar extrema, em virtude do clamor social que o mesmo proteja na sociedade.

Por outro lado, há os que entendem, que o acusado faz *jus* ao instituto pelo fato de a lei não vedar expressamente a não concessão da liberdade provisória, com base no princípio da presunção de inocência e do devido processo legal.

Questão essa, até pouco tempo tormentosa, versava sobre a possibilidade ou não da concessão da liberdade provisória diante de crimes em que se vedava a fiança ( como ocorre nos crimes hediondos e equiparados). Todavia, atualmente, o STF posiciona-se pela possibilidade da concessão de liberdade provisória, pautando-se nos seguintes fundamentos – Habeas Corpus 104339:

[...]

1. É possível liberdade provisória para crime hediondo, pois quem deve avaliar a possibilidade ou não de liberdade provisória é o juiz no caso concreto. Sendo assim, a vedação à liberdade provisória é inconstitucional, afrontando a individualização da pena e separação dos poderes.
2. Vedar a liberdade provisória por lei caracteriza antecipação da pena;
3. A proibição de concessão de liberdade provisória estabelece um tipo de regime de prisão preventiva obrigatória, na medida em que torna a prisão a regra e a liberdade a exceção. A CF/88, contudo, prevê que a liberdade é a regra e a necessidade da prisão precisa ser devidamente fundamentada<sup>47</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar os institutos da prisão processual sobre todos seus aspectos, bem como as formas de cabimento, como também o instituto da liberdade provisória, em todas suas formas.

No primeiro capítulo foi analisado a prisão, sobre seu contexto histórico, fazendo um levantamento sobre os dados das prisões modernas, bem como o ideal de ressocialização empregado em diversos países.

Já no capítulo seguinte foram observados os tipos de prisão, seguidos da prisão pena e prisão processual.

---

<sup>47</sup>STF, Superior Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 104339 SP/ ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05/12/2012 PUBLIC 06/12/2012 Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869940/habeas-corpus-hc-104339-sp-stf>> Acesso em: 20 de junho de 2015.

Adiante foi visto a Liberdade Provisória, relacionando as hipóteses e espécies de cabimento da liberdade provisória, bem como a liberdade provisória na sua forma vinculada sem fiança e liberdade provisória sem fiança e sem vinculação. Em seguida, a Liberdade Provisória mediante fiança e por fim a Liberdade Provisória nos Crimes Hediondos.

Diante de tal estudo, pode-se observar que o Brasil está inerte quando o assunto é ressocialização, onde não há um controle social e os próprios dados mostram isso. Ao entrar na prisão o mesmo se depara com um cenário caótico, desumano e indigno, onde a idéia de reabilitação não é imposta.

O que se pode observar é que para termos uma mudança significativa é preciso ter a idéia ressocializar de fato. Dando condições dignas do condenado cumprir sua pena, ocupando suas horas livres com trabalhos e estudos, bem como, condições de trabalho e estudo ao retornar à sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alberto. **Brasil tem a 3 maior população carcerária do mundo.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-segundo-estudo>> Acesso em 25 de junho de 2015.

AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais.** 32<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1995.

BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de Processo Penal.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 24 de abril de 2015.

BRASIL, Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em 24 de abril de 2015.

BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em 24 de abril de 2015.

CAMARGO, Virginia. **Realidade do sistema Prisional no Brasil**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299)> Acesso em: 25 de junho de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DOMINGOS, Teodoro Martins Garcia Filho. **História das Prisões**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/historia-das-prisoos/114852>> Acesso em: 25 de junho de 2015.

FERNANDES, Antônio Scarance. A fiança criminal na Constituição Federal. *Justitia* (São Paulo) , v 53, 1991.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**: notas sobre a lei 8072/90. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1994.

GOMES, Luis Flavio. **Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios**. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoos-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios/>> Acesso em: 25 de junho de 2015.

GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.



MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2 ed. Campinas: Bookseller. v. 1. 1997.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código de processo penal interpretado**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 5 ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e Alternativas à Prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

STF, Superior Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 92.566 SP/ DJe-123 DIVULG 15/10/2007 PUBLIC 16/10/2007 DJ 16/10/2007PP-00031 Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14775663/habeas-corpus-hc-92566-sp-stf> Acesso em: 20 de junho de 2015.

STF, Superior Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 104339 SP/ ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05/12/2012 PUBLIC 06/12/2012 Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869940/habeas-corpus-hc-104339-sp-stf>> Acesso em: 20 de junho de 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.