

# DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AOS CRIMES HEDIONDOS E DELITOS EQUIPARADOS, INCLUSIVE PARA FATOS PRETÉRITOS

MARCELO PEREIRA MARQUES\*

SUMÁRIO: 1. A nova redação da Lei 8.072/90, possibilitando a concessão de liberdade provisória a crimes hediondos e delitos equiparados. 2. Aplicação retroativa da Lei 11.464/07. 3. Conclusões. 4. Bibliografia.

## 1. A NOVA REDAÇÃO DA LEI 8.072/90, POSSIBILITANDO A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA A CRIMES HEDIONDOS E DELITOS EQUIPARADOS

Com o texto constitucional de 1988, pretendeu o legislador constituinte originário conferir um tratamento normativo mais severo àqueles que cometessem delitos de maior gravidade, quais sejam, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos em lei como crimes hediondos<sup>(1)</sup>.

Fiel ao preceito da Lei Maior, foi editada a Lei 8.072, de 1990, a qual, regulamentando o texto constitucional, buscou dar aos citados delitos um tratamento penal e processual diferenciado, mais rígido do que o dos demais crimes, indo, inclusive, além do texto constitucional, para, *v.g.*, proibir a concessão não apenas de fiança, mas também de liberdade provisória<sup>(2)</sup>, institutos que permitem ao indiciado ou acusado responder ao procedimento administrativo investigatório ou à ação penal em liberdade.

A referida lei foi parcialmente modificada em março de 2007, com o advento da Lei 11.464/07, que lhe alterou em parte a redação do art. 2º, suprimindo a vedação de concessão de liberdade provisória, mantendo-a somente em relação

\* MARCELO PEREIRA MARQUES é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Professor de Direito Penal e Direito Penal Especial da Universidade Veiga de Almeida.

<sup>(1)</sup> Brasil, Constituição da República, art. 5º, 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>(2)</sup> Brasil, Lei 8.072/90, em sua redação original, art. 2º, II: "Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: II - fiança e liberdade provisória" (grifou-se).

à fiança, o que permitiu que se restaurasse, nos seus exatos termos, a interdição contida no texto constitucional, o qual – repita-se – não proibia a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados.

Nem se diga que, ao vedar a concessão de fiança, haveria uma proibição implícita à concessão de liberdade provisória, ao argumento de que, sendo expressamente interdito ao indiciado ou acusado responder livre ao procedimento administrativo investigatório ou ao processo mediante pagamento de fiança, *a fortiori*, também não poderia responder solto sem qualquer pagamento, situação obviamente mais vantajosa para ele.

Embora, no campo da lógica, o argumento faça sentido, não pode prevalecer à luz da correta hermenêutica da lei penal.

Com efeito, apesar de a liberdade provisória ser mais vantajosa ao acusado do que a fiança, não há como negar serem figuras distintas<sup>(3)</sup>, de modo que, havendo a lei derogadora, de forma inequívoca, suprimido a referência à liberdade provisória, inicialmente prevista no inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, quis com isto manter a proibição apenas de concessão de fiança, termo que manteve, permitindo ao Juiz, em apreciação casuística, decidir se indiciado ou acusado deve ou não responder ao procedimento administrativo investigatório ou ao processo em liberdade, o que, aliás, se ajusta ao pensamento de parcela expressiva de nossos Tribunais, que, mesmo antes do advento da Lei 11.464/07, já vinham permitindo a concessão de liberdade provisória, mesmo em se tratando de crime hediondo ou equiparado, como atesta o julgado que segue:

*“Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Prisão em flagrante delito. Pedido de liberdade provisória negado, de forma singela, com fulcro apenas no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90. Carência de fundamentação. Precedentes do STJ. Concessão de ofício. (...) A simples alegação da natureza hedionda do crime cometido pelo agente do delito não é per se justificadora do indeferimento do pedido de liberdade provisória, devendo, também, a autoridade judicial fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes. (...) Recurso não conhecido, porém, concedida, de ofício, a ordem para que seja concedida a liberdade provisória à paciente, com a consequente expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver presa, mediante condições a serem estabelecidas pelo juízo processante, sem prejuízo de eventual decretação de custódia cautelar, devidamente fundamentada” (STJ, 5ª Turma, RHC 15.803-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28-4-2004, DJ, 7-6-2004, p. 243).*

---

<sup>(3)</sup> Em realidade, como ensina FERNANDO CAPEZ, a liberdade provisória permitida, isto é, aquela que se dá quando não cabe prisão preventiva, ou o réu pronunciado tem o direito de aguardar o julgamento em liberdade, ou o condenado tem o direito de apelar em liberdade, subdivide-se em liberdade provisória com fiança e liberdade provisória sem fiança. Vide CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. V. 4: legislação penal especial, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 191.



Cabe observar que a Constituição da República remete à lei dispor em que hipóteses caberá liberdade provisória<sup>(4)</sup>, de maneira que, não tendo a Lei 8.072/90, em sua nova redação, vedado a concessão do citado benefício a réu ou indiciado por crime hediondo ou delito equiparado, resta evidente que cabe ao Juiz do processo verificar, no caso concreto, se o indiciado ou réu reúne ou não os requisitos legais para responder ao procedimento administrativo investigatório ou ao processo em liberdade, fundamentando sua decisão, quer conceda, quer negue, a liberdade provisória.

Merece ainda registro o fato de que, com relação ao delito de tortura, nada mudou, haja vista que a Lei 9.455/97, que o regra, já não proibia a concessão de liberdade provisória, limitando-se a afirmar ser a tortura crime inafiançável<sup>(5)</sup>, o que acaba de ser repetido na Lei 8.072/90, com a redação que lhe deu a Lei 11.464/07, permitindo, destarte, um tratamento isonômico entre a tortura e os demais crimes hediondos e equiparados, fiel ao espírito da Constituição da República, que tratou da tortura, do tráfico de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos crimes definidos em lei como hediondos num mesmo dispositivo<sup>(6)</sup>.

Uma questão ainda merece ser enfrentada: será que a nova redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, que não proíbe a concessão de liberdade provisória a crimes hediondos e equiparados, também se aplica ao tráfico de drogas<sup>(7)</sup>, que conta com lei específica (Lei 11.343/06), e cujo art. 44<sup>(8)</sup> estatui que o tráfico de drogas, em suas várias formas típicas, é crime inafiançável e insuscetível de liberdade provisória, dentre outros benefícios?

Uma resposta apressada, amparada no princípio da especialidade, reconhecido expressamente em nosso ordenamento jurídico penal<sup>(9)</sup>, seria negativa, ao argumento de que a Lei 11.343/06, por ser específica para os crimes relacionados a drogas, dentre os quais o tráfico, prevaleceria relativamente à Lei 8.072/90, de incidência mais ampla, já que aplicável a todos os crimes hediondos e delitos equiparados, um dos quais o tráfico de drogas.

<sup>(4)</sup> Brasil, Constituição da República, art. 5º, LXVI: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" (grifou-se).

<sup>(5)</sup> Brasil, Lei 9.455/97, art. 1º, § 6º: "O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia".

<sup>(6)</sup> Brasil, Constituição da República, art. 5º, 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>(7)</sup> Com o advento da Lei 11.343/06, foi substituído em nosso ordenamento jurídico o consagrado termo "entorpecente", passando a lei nova a referir-se à mesma coisa com o vocábulo "droga".

<sup>(8)</sup> Brasil, Lei 11.343/06, art. 44: "Os crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos" (grifou-se).

<sup>(9)</sup> Brasil, Código Penal, art. 12: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso"

O argumento, todavia, não é correto, uma vez que tanto a Lei 11.343/06 quanto a Lei 8.072/90 são leis especiais<sup>(10)</sup>, sendo certo que a chamada Lei dos Crimes Hediondos não se aplica somente aos crimes hediondos<sup>(11)</sup>, mas também aos crimes equiparados aos hediondos, que, nos termos da citada lei, em perfeita harmonia com o preceito constitucional, são o terrorismo, o tráfico de entorpecentes (atualmente, tráfico de drogas) e a tortura, crimes aos quais alude o *caput* de seu art. 2º, ao qual se subordina o inciso II.

O conflito dos dispositivos das mencionadas leis deve, portanto, ser resolvido à luz das normas relativas ao Direito intertemporal, seguindo a regra de que a lei posterior revoga a anterior quando com ela incompatível<sup>(12)</sup>, sendo evidente a incompatibilidade entre a lei anterior (Lei 11.343/06), que proíbe a concessão de liberdade provisória ao tráfico de drogas, e a lei posterior (Lei 8.072/90, com a redação que lhe conferiu a Lei 11.464/07), que não contém idêntica proibição.

É, pois, forçoso concluir que a Lei 11.343/06, com relação à parte de seu art. 44 que veda a concessão de liberdade provisória ao tráfico de drogas, a partir do advento da Lei 11.464/07, que entrou em vigor no dia 29 de março de 2007, dia de sua publicação, deixou de vigor, tendo-se operado sua derrogação tácita, pelo que se pode afirmar que nos crimes hediondos e nos delitos equiparados, inclusive no tráfico de drogas, não há mais óbice legal à concessão de liberdade provisória ao indiciado ou réu.

## 2. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 11.464/07

Desde logo, cumpre observar que no tocante ao crime de tortura, como antes assinalado, a Lei 11.464/07, ao permitir a concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos e delitos equiparados, nada inovou, uma vez que a Lei 9.455/97, que regula a tortura, já não vedava a concessão de liberdade provisória para este crime, de modo que não se verifica qualquer conflito de leis penais no tempo.

Em relação aos demais crimes abrangidos pela Lei 8.072/90, cabe examinar se a nova redação de seu art. 2º, II, conferida pela Lei 11.464/07, que não proíbe a concessão da liberdade provisória, tem aplicação também para aqueles crimes praticados anteriormente à vigência da lei derogadora, isto é, 29 de março de 2007.

---

<sup>(10)</sup> Em verdade, são leis extravagantes, já que a aplicação delas não se faz por uma Justiça Especial, como ocorre, por exemplo, com a legislação penal militar, mas pela Justiça Comum, Estadual ou Federal, conforme a hipótese.

<sup>(11)</sup> São hediondos os crimes referidos no art. 1º da Lei 8.072/90.

<sup>(12)</sup> Brasil, Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (grifou-se).



Embora a liberdade provisória, em princípio, seja instituto de natureza processual, com natureza jurídica de medida cautelar, regulada no Código de Processo Penal<sup>(13)</sup>, não há como negar seu alcance também no âmbito do Direito Penal, já que, por meio dela, se assegura ao indiciado ou réu responder ao procedimento administrativo investigatório ou à ação penal em liberdade, salvaguardando-se o *status libertatis* do indiciado ou acusado, diante da *potestas coercendi* exercida pelo Estado na persecução penal, devendo-se ainda salientar que o instituto a ela correlato, isto é, a prisão cautelar, que corresponde ao outro lado da mesma moeda, a par de ser também medida cautelar (instituto processual), tem ainda nítida feição penal, devendo ser considerada na pena ou medida de segurança a ser cumprida (detração penal)<sup>(14)</sup>.

Atestando o alcance da liberdade provisória sobre o *status libertatis*, a eterna lição de FREDERICO MARQUES, que se pede vênua para trazer à colação:

“Sob o *nomen juris* de liberdade provisória, disciplina o Cód. de Proc. Penal medida de caráter cautelar em prol da liberdade pessoal do réu ou do indiciado, no curso do procedimento. Essa medida é admitida, ou para fazer cessar prisão legal do acusado, ou para impedir a detenção deste em caso em que o *carcer ad custodiam* é permitido.”<sup>(15)</sup>

No mesmo sentido, ensina DAMÁSIO DE JESUS, *verbis*:

“De modo geral, toda norma que amplie o âmbito da licitude penal, quer restringindo o campo do *jus puniendi* ou do *jus punitivis*, quer estendendo o do *jus libertatis*, de qualquer forma, pode ser considerada *lex mitior*”<sup>(16)</sup> (destacou-se).

Demonstrado que a liberdade provisória também possui relevância penal, não há como se deixar de reconhecer que a Lei 11.464/07, ao deixar de vedar a concessão de liberdade provisória a crimes hediondos e delitos equiparados deve ser aplicada não apenas a partir de sua vigência (*ex nunc*), mas também para fatos pretéritos (*ex tunc*), em obediência ao princípio, expressamente adotado no Código Penal<sup>(17)</sup> e na Constituição da República<sup>(18)</sup>, da retroatividade da lei posterior mais benéfica (retroatividade da *lex mitior*).

<sup>(13)</sup> Brasil, Código de Processo Penal, arts. 321 a 350.

<sup>(14)</sup> Brasil, Código Penal, art. 42: “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.”

<sup>(15)</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 113.

<sup>(16)</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 10ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 9.

<sup>(17)</sup> Brasil, Código Penal, art. 2º, parágrafo único: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

<sup>(18)</sup> Brasil, Constituição da República, art. 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

Houve, pois, com absoluta clareza, diante do conflito das leis penais citadas no tempo, a construção de um cenário de *novatio legis in mellius*, devendo a lei posterior, mais benéfica ao indiciado ou réu, ser aplicada retroativamente.

### 3. CONCLUSÕES

A) Com o início da vigência da Lei 11.464/07, em 29 de março de 2007, restou modificado, dentre outros dispositivos, o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, suprimindo-se de seu texto referência à interdição de concessão de liberdade provisória, com a manutenção somente da proibição de fiança.

B) Por força da nova redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, desapareceu a proibição legal de concessão de liberdade provisória em crimes hediondos e delitos equiparados (tráfico de drogas, terrorismo e tortura), conferindo-se ao Juiz, à luz das circunstâncias do caso concreto, o poder de decidir acerca da concessão do citado benefício.

C) A nova redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, a par de restaurar a proibição contida no art. 5º, LXIII, em seus exatos termos, voltou a equiparar, com relação à fiança e à liberdade provisória, o delito de tortura, para o qual a Lei 9.455/97 somente veda a fiança, aos crimes hediondos e delitos equiparados (tráfico de drogas e terrorismo).

D) A Lei 11.464/07 derogou tacitamente o art. 44 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), no tocante à proibição de concessão de liberdade provisória, por ser lei posterior incompatível com o diploma legal antecedente.

E) A nova redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90 aplica-se a fatos pretéritos, à luz do caráter misto (processual e penal) do instituto da liberdade provisória, e do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, assegurado na Constituição da República e no Código Penal, tendo havido *novatio legis in mellius*.

### 4. BIBLIOGRAFIA

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. V. 4: legislação penal especial, São Paulo: Saraiva, 2006.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 10ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1965.