

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**LEONARDO ARAUJO DE SOUSA**

**A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇAVEIS:  
UMA ANÁLISE DA LEI Nº 12.403/2011 FACE OS PRECEITOS  
CONSTITUCIONAIS**

**SOUSA  
2014**

LEONARDO ARAUJO DE SOUSA

**A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇAVEIS:  
UMA ANÁLISE DA LEI Nº 12.403/2011 FACE OS PRECEITOS  
CONSTITUCIONAIS**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.(o) Esp. Leonardo Figueiredo

SOUSA

2014

LEONARDO ARAUJO DE SOUSA

A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇAVEIS:  
UMA ANÁLISE DA LEI Nº 12.403/2011 FACE AOS PRECEITOS  
CONSTITUCIONAIS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. (o) Esp. Leonardo Figueiredo

BANCA EXAMINADORA:

DATA DA APROVAÇÃO: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Professor Orientador: Leonardo Figueiredo

---

Examinador Interno

---

Examinador Externo

Aos meus pais, pela contribuição inestimável em minha formação.  
Aos meus irmãos, nos quais sempre poderei confiar.

## RESUMO

No Brasil a Constituição Federal de 1988 estabelece como direito fundamental do cidadão a sua liberdade de locomoção, sendo a todos garantido o direito de ir, vir e permanecer. Partindo-se dessa premissa, apenas de forma excepcional o Estado poderá restringir a liberdade do indivíduo, tem-se, então, por regra, a liberdade, sendo de fundamental importância o estudo de qualquer alteração que venha ao encontro deste direito fundamental. Sabe-se que a liberdade provisória é uma medida que tem por objetivo principal a restituição da liberdade do acusado durante a fase investigativa e a fase instrutiva processual. Entretanto, com a edição da Lei 12.403/2011, houve, dentre outras mudanças, a possibilidade de vinculação desse instituto com outras medidas cautelares diversas de prisão, além da já existente possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança. Daí surge o questionamento: É possível a concessão de liberdade provisória nos crimes inafiançáveis? Assim, este trabalho tem por objetivo geral analisar a concessão de liberdade provisória sem fiança em crimes inafiançáveis, face aos preceitos constitucionais, bem como a sua relação com os princípios da proporcionalidade e presunção de inocência. E como objetivos específicos compreender as repercussões e decorrências das mudanças dos institutos da liberdade provisória e da fiança no em nosso ordenamento jurídico; identificar os limites de atuação jurisdicional nos crimes inafiançáveis, face às alterações legislativas; relacionar as críticas da intervenção do Poder Judiciário, nos crimes inafiançáveis e sua concessão de liberdade provisória, em comparação com os crimes de menor gravidade e por fim estudar os princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência face às alterações introduzidas pela lei 12.403/2011. Como método foi utilizado o histórico, bem como o monográfico, e, como técnica de pesquisa a documentação indireta, com fulcro na pesquisa bibliográfica, incluindo pesquisa a livros, artigos científicos e documentos, bem como, jurisprudências e sites da internet. Como resultado, mediante o grande embasamento teórico, tem-se que é possível a concessão de liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis face às alterações legislativa introduzidas pela lei 12.403/2011. Entretanto, nada impede a criação de uma lei infraconstitucional, que impeça a concessão de liberdade provisória, seja com ou sem fiança aos crimes tidos por inafiançáveis.

Palavras-chave: Liberdade Provisória. Fiança. Crimes Inafiançáveis.

## ABSTRACT

In Brasile , la Costituzione federale del 1988 stabilisce come un diritto fondamentale dei cittadini la loro libertà di movimento , con tutta garantito il diritto di andare , venire a stare .Partendo da questa premessa, eccezionale solo modo lo Stato può limitare la libertà dell'individuo, ha , poi, di regola, la libertà, Che è fondamentale nello studio di qualsiasi emendamento che soddisfi questo diritto fondamentale. E 'noto che la cauzione è una misura che ha come obiettivo principale il ripristino della libertà dell'imputato durante la fase investigativa e processuale fase didattica. Tuttavia, con l'emanazione della Legge 12.403/2011, c'era, tra le altre modifiche, la possibilità di collegare questo istituto con diverse altre misure cautelari in carcere, in aggiunta alla possibilità già esistente di concedere cauzione con o senza garanzia. Di qui la domanda sorge spontanea: è possibile concedere la cauzione in crimini unbailable ? Questo lavoro ha l'obiettivo di analizzare la concessione di cauzione senza cauzione in crimini unbailable contro le disposizioni costituzionali, nonché il loro rapporto con i principi di proporzionalità e la presunzione di innocenza. E come obiettivi specifici sono stati per capire l' impatto delle modifiche e derivazioni degli istituti di cauzione e bail nel nostro sistema giuridico, per individuare i limiti dell'azione giudiziaria in crimini unbailable , date le modifiche legislative; riguardare l'intervento critico della Magistratura in crimini unbailable ed è stato concesso la libertà provvisoria, a fronte di reati meno gravi e infine studiare i principi di proporzionalità e la presunzione di innocenza riguardo alle modifiche introdotte dalla Legge 12.403/2011. Come è stato usato il metodo storico, nonché la monografia, e come una tecnica di ricerca di documentazione indiretta, con fulcro nella ricerca letteratura, compresi i libri, documenti e documenti, nonché giurisprudenza e siti web. Come risultato, dal grande base teorica, ne consegue che è possibile concedere libertà provvisoria senza cauzione in crimini unbailable contro le modifiche legislative introdotte dalla legge 12.403/2011. Tuttavia, nulla impedisce la creazione di una infra- legge che vieta la concessione di cauzione, con o senza cauzione per reati contati unbailable .

Parole chiave: Libertà Provvisoria . Cauzione . Crimini Unbailable .

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 LIBERDADE PROVISÓRIA</b> .....	12
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LIBERDADE PROVISÓRIA.....	12
2.2 CONCEITO.....	16
2.3 A LIBERDADE PROVISÓRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	18
2.4 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL .....	19
2.4.1 ANTES DA REFORMA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	20
2.4.2 DAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011.....	24
2.5 DA POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO COM OUTRAS MEDIDAS CAUTALÉRES.....	28
<b>3 DA FIANÇA</b> .....	32
3.1 ORIGEM HISTÓRICA, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	32
3.2 DA AFIANÇABILIDADE E INAFIANÇABILIDADE.....	34
3.3 DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO.....	36
<b>4 DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS</b> .....	42
4.1 PRISÃO PREVENTIVA: PRESSUPOSTOS, FUNDAMENTOS E HIPÓTESES DE CABIMENTO.....	42
4.2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA.....	48
4.3 A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS.....	54
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	62
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	65

## 1 INTRODUÇÃO

O direito processual penal brasileiro passou por um processo de reformulação nos últimos anos. Diversas leis alteraram pontos importantes na legislação processual penal. A última mudança substancial no processo penal se deu em virtude da promulgação da lei 12.403 de 04 de maio de 2011, que provocou profundas e importantes mudanças quanto a dois institutos processuais, qual seja: prisão e liberdade.

Tratando-se do tema liberdade provisória, sobreveio alteração mais substancias, principalmente, e em especial, a aplicação do instituto da liberdade provisória sem estipulação de fiança em crimes inafiançáveis.

Com efeito, antes do advento da Lei nº 12.403, de 2011, para os crimes que não se admitia a liberdade provisória com fiança, concedia-se a liberdade provisória sem fiança, caso não estivessem presentes os requisitos e fundamentos para decretação da prisão preventiva, ou seja, havia permissivo legal (parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal), que permitia a concessão de liberdade provisória sem fiança para os crimes inafiançáveis, posição esta contestada por correntes doutrinárias e pela 1ª Turma do STF.

No entanto, o parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal foi modificado pela Lei nº 12.403, de 2011, e atualmente só há permissivo legal que autoriza a concessão de liberdade provisória sem fiança quando verificada a incidência de uma das hipóteses do art. 23 do Código Penal, ou seja, quando presente uma excludente de ilicitude, podendo a mesma ser dispensada quando a situação econômica do acusado assim recomendar.

Por tal razão, o presente trabalho busca analisar a concessão de liberdade provisória sem fiança em crimes inafiançáveis, face aos preceitos constitucionais, e em especial, aos princípios da proporcionalidade e presunção de inocência, como possível meio garantidor da preservação dos direitos fundamentais do indivíduo.

A título de problematização faz-se necessário o estudo aprofundado dos institutos da liberdade provisória e da fiança, para a obtenção de certas conclusões. Sendo assim, interpela-se: Ao conceder-se liberdade provisória sem fiança em crimes inafiançáveis, face à gravidade do delito, estar efetivamente cumprido os preceitos constitucionais? A princípio percebe-se que sim, entretanto os institutos

narrados possuem peculiaridades que devem ser ponderadas, haja vista os aparatos procedimentais que possuem os magistrados para sua aplicação.

Por fim, este trabalho tem por objetivo geral analisar as alterações introduzidas pela lei nº 12.403 de 2011 nos institutos da liberdade provisória e da fiança, em relação aos crimes tidos como inafiançáveis, bem como a sua compatibilidade com os preceitos constitucionais. E por objetivos específicos: compreender as repercussões e decorrências das mudanças dos institutos da liberdade provisória e da fiança no ordenamento jurídico brasileiro; identificar os limites de atuação jurisdicional nos crimes inafiançáveis, em decorrência da alteração legislativa introduzida pela lei 12.403/2011; relacionar as críticas da intervenção do Poder Judiciário, nos crimes inafiançáveis e sua concessão de liberdade provisória, em comparação com os crimes de menor ofensividade e por fim estudar os Princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência face às alterações introduzidas pela lei 12.403/2011.

Para o desenvolvimento do presente trabalho monográfico, será utilizado o método dedutivo de pesquisa, partindo-se da premissa que será analisado o tema de forma abrangente, para que possa ao final, atingir uma perspectiva particular acerca do debate em apreço.

Como métodos de procedimento serão utilizados o método histórico, fazendo uma abordagem acerca do entendimento a cada época para que se chegue ao entendimento atual; bem como o monográfico.

Para tanto, será utilizada como técnica de pesquisa a documentação indireta, com fulcro na pesquisa bibliográfica, incluindo pesquisa a livros, artigos científicos e documentos, bem como, jurisprudências e sites da internet.

A construção do trabalho esta dividida em três capítulos, a fim de proporcionar uma melhor compreensão acerca do tema proposto, e, também, para que ao final, se possam assimilar quais as alterações mais significativas introduzidas pela lei 12.403/2011, e que influenciaram na aplicação dos institutos da liberdade provisória e da fiança, e em especial a sua concessão nos crimes inafiançáveis.

No primeiro capítulo, serão estudadas as origens e evoluções históricas do instituto da liberdade provisória, os conceitos, bem como suas considerações sob a ótica da própria Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 2.848/40), sendo o mesmo estudado antes e depois da reforma introduzida pela lei 12.403/2011. Será abordada ainda a possibilidade de vinculação

desse instituto com outras medidas cautelares.

Quanto ao segundo capítulo, abordar-se-á o instituto da fiança, onde serão apresentados a sua origem histórica, conceito e natureza jurídica. Será visto ainda, os crimes tidos por afiançáveis, como também, as hipóteses de inafiançabilidade e de forma mais incisiva as hipóteses de cabimento e arbitramento de fiança, que representa uma forma de concessão da liberdade provisória do indivíduo, evitando que o acusado seja levado à prisão, ou se estiver, seja colocado em liberdade, contanto que cumpra os pré-requisitos exigidos pela lei, e para que tal benefício seja concedido, se faz necessário que a infração cometida pelo acusado seja considerada afiançável.

No último capítulo será dado enfoque a concessão da liberdade provisória aos crimes inafiançáveis fazendo uma análise das alterações realizada com a promulgação da lei 12.403/2011, bem como suas implicações com os preceitos constitucionais vigentes. Nesse ponto será analisado o instituto da prisão preventiva, levando-se em conta os seus pressupostos, fundamentos e hipóteses de cabimento, haja vista a íntima relação com a aplicação da liberdade provisória. Também serão analisados os princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência, que deveram ser ponderados pelo magistrado na concessão deste instituto em comento.

Por fim, serão apresentados ao longo deste trabalho os principais pontos acerca da aplicação da liberdade provisória, seja com ou sem fiança, além de ser possível identificar os pontos divergentes com a edição da lei 12.403/2011, já que o instituto em análise refere-se a um direito fundamental do cidadão e sua aplicação estar intimamente ligada ao cenário sócio-jurídico brasileiro.

## 2 LIBERDADE PROVISÓRIA

O instituto da liberdade provisória revela-se como um dos mais remotos instrumentos do processo penal e foi criado com o intuito de evitar que o homem tivesse sua liberdade cerceada sem que tivesse um real motivo ensejador que, de fato, fundamentasse a decretação da prisão preventiva do acusado, tanto sua importância que em todas as legislações do mundo o admitem, apesar de o utilizarem com maior ou menor intensidade, dependendo do modo e contexto em que se insere a sua aplicação.

É notório por todos, que a decretação da prisão, por mais que preventiva, de uma pessoa sem que tenha sido definitivamente considerada culpada, pode causar irreparáveis danos, posto que, mesmo considerado suspeito de determinada infração delituosa, não se tem, de forma concreta, a certeza de sua autoria antes do decorrer de todo o trâmite processual.

Caso a prisão fosse decretada sem que tal procedimento fosse tomado, e não existisse outra medida para sanar essa situação, grande equívoco poderia ser realizado, posto que o suspeito possa ser considerado inocente, daí o porquê da existência do princípio da presunção de inocência e da ideia de que todos são considerados inocentes antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória.

Contudo, o direito que os cidadãos têm a esta medida cautelar, apesar de ser expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, não possui caráter absoluto, posto que alguns fatores devam ser observados para que se possa concedê-la ou não esta medida, a depender do caso concreto.

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LIBERDADE PROVISÓRIA

O recolhimento à prisão tem em seu nascedouro um significado muito danoso para o indivíduo, antes do trânsito em julgado da sentença definitiva, e nesse sentido é que o direito objetivo vem procurar formas de resguardar os direitos do cidadão, dentre os quais o da aplicação do instituto da liberdade provisória, além de

medidas que garanta o pleno desenvolvimento do processo penal, sem ter a necessidade de manter o acusado em regime de prisão provisória em razão da prática de crimes considerados de baixo potencial, ou daqueles crimes que não oferecem nenhum perigo para a comunidade.

O instituto da liberdade provisória não é uma criação moderna, já que se remonta aos povos da antiguidade, que foram os percursores, ainda que tímido, de sua utilização, conforme assevera Tourinho Filho (2003, p. 23):

Os romanos passaram a prever a liberdade provisória e a dar contornos mais definidos a ela, com a Lei das Doze Tábuas, a primeira legislação escrita dos romanos datada do século V a.C (por volta do ano 451) inspirada nas leis do grego Sólon que reconheceu a liberdade cívica entre patrícios e plebeus. Aquela fixava ao imputado, quando chamado, se deixasse de comparecer ao processo, finda restaria a liberdade provisória e o réu retornaria ao cárcere.

Em Portugal, no período das Ordenações Afonsinas, momento de grande efervescência do direito português, havia a possibilidade de concessão de liberdade provisória por meio de determinadas condições, dentre as quais, a utilização do instituto do seguro, também conhecido como Cartas de Seguro, a homenagem ou menagem, como era mais conhecido, além de outra forma já bem definida nos dias atuais, a fiança, e por fim ainda havia a caução por fiéis carcereiros.

Acerca das modalidades acima elencadas narra Silva (2008, p. 35):

O seguro era uma promessa feita em juízo pelo acusado para solto se livrar, podendo, assim, aguardar o desfecho da causa em liberdade, para tanto aceitando determinadas condições que lhe eram impostas. A homenagem era espécie de liberdade provisória que somente se concedia a pessoas qualificadas (v.g., fidalgos e doutores), como um privilégio. Tais privilegiados poderiam permanecer em determinada casa, castelo ou cidade enquanto respondiam a processo. A caução por fiéis carcereiros consistia na palavra de fiadores idôneos de réus, mercedores da graça real. Pela palavra desses fiadores o réu lograva obter do rei a graça de ficar em liberdade enquanto era processado.

O seguro, ou carta de seguro, era utilizado como uma forma de impor ao

acusado determinadas condições, com o intuito de eximir-se da prisão, mantendo-se em liberdade, aguardando o julgamento ou cumprindo alguma condição enquanto não ocorria o veredito final. Consubstanciava num compromisso assumido pelo acusado a determinada autoridade, como forma de manter-se livre da prisão até seu julgamento.

Quanto a homenagem ou *menagem*, perfazia um privilégio garantido a determinados cidadãos pertencente à alta nobreza da corte portuguesa, consistia em ser dado o direito de liberdade a essas pessoas até o julgamento final do caso, podendo inclusive, aguardar em suas próprias casas o deslinde do processo, sendo apenas acordado o compromisso de comparecer ao julgamento final do caso.

Já a caução por fieis carcereiros, era uma possibilidade dada ao acusado para conseguir fiadores idôneos, que davam sua palavra ao rei, prometendo o comparecimento do acusado ao seu julgamento final, e em troca o rei concedia ao acusado a sua liberdade até o prazo acordado para o julgamento.

Por fim, a fiança, instituto ainda utilizados nos dias atuais, mas com uma nova roupagem, era uma maneira que o acusado detinha para obter sua liberdade por meio de um fiador que tinha por responsabilidade fazer com que acusado comparecesse a todos os atos do processo, arcando ainda com todas as despesas e custas processuais. Naquela época já era utilizado nos crimes considerados mais leves, e como as outras modalidades existia a promessa de comparecimento a todos os atos processuais.

No Brasil o surgimento do instituto da liberdade provisória se volta com mais ênfase na legislação imperial, que contemplava apenas uma modalidade, a liberdade provisória com fiança, que conforme destaca Eugênio Pacelli (2000, p. 63-64), com a promulgação do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, se fez de maneira expressa, a estipulação da fiança como única modalidade aceita para que o acusado pudesse livrar-se solto, sendo importante trazer a baile este trecho que assim vem disposto:

[...] desde aqueles tempos, era prevista a hipótese em que o livramento se dava para o réu solto, isto é, para aquele cujo delito, apesar do aprisionamento e lavratura do flagrante, não se impunha a custódia imediata, em razão da baixa apenação cominada, e, por isso, da menor reprovabilidade da conduta.

[...] Admitia-se, sem reservas, que também os inocentes deveriam livrar-se da culpa, pela impronúncia ou pela absolvição, tão-somente

porque “indiciados como delinquentes”. Com a absolvição, não há dúvidas, livravam-se da culpa. Mas certamente não se livravam dos alefícios indelévels do aprisionamento realizado administrativamente (prisão em flagrante), sequer justificado por razões fundadas em comprovada cautela.

Tais prisões sustentavam-se, bem se vê, em juízos de antecipação de culpabilidade, decorrentes de flagrantes ou indiciamentos, impondo ao imputado, ou “delinquente”, a busca do livramento da culpa, já, então, anunciada.

O que se denota dos ensinamentos de Eugênio Pacelli (2000) é que, com a edição do Código de Processo Penal de 1941, ainda com forte ligação com as legislações coloniais e imperiais, percebe-se que só era admitida a liberdade provisória ao acusado preso em flagrante, mediante a garantia de fiança, que já naquela época se perfazia com o depósito em pecúnia, pedras preciosas, objetos ou metais preciosos como o ouro e a prata, além de títulos da dívida pública ou até mesmo hipoteca.

Vale salientar, que era estipulado algumas condições sobre a fiança, dentre as quais havia a possibilidade de ser decretada a perda parcial dos objetos quando descumprido qualquer das condições imposta no instante da soltura, ainda cabia a perda total, quando o acusado, caso condenado, não se apresentasse à prisão após o julgamento final do processo.

Como em Portugal, também só era aceito este instituto em crimes, cuja pena era considerada mínima, e, portanto, considerados de menor gravidade. Ressalte-se que esta modalidade de liberdade provisória, se manteve inalterada por um determinado período, só sendo modificado com a edição da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, que conforme elenca Oliveira (2000, p.67):

[...] o primeiro impacto a atingir mais duramente o aludido sistema processual somente ocorreria com a entrada em vigor da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, trazendo, então, a mais relevante alteração acerca do instituto da liberdade provisória, com a exigência de fundamentação de natureza cautelar como único instrumento legitimante da prisão anterior à decisão condenatória passada em julgado.

Conforme aludido acima, com a edição da Lei 6.416 de 24 de maio de 1977, o instituto da liberdade provisória ganhou uma de suas mais relevantes alterações, passando a ser exigida fundamentação de natureza cautelar, para que o acusado

seja recolhido à prisão como único instrumento capaz de levar o indivíduo a prisão antes de decisão condenatória transitada em julgado.

Contudo, percebe-se que esta foi apenas uma dentre muitas mudanças significativas neste instituto no decorrer dos tempos, face sua relevância no direito contemporâneo e a importância dada pelo legislador pátrio ao instituto da liberdade, tratando-o como um direito fundamenta da pessoa humana, e, portanto, considerado clausula pétrea, conforme elenca a Constituição Federal de 1988.

## 2.2 CONCEITO

Em nosso ordenamento jurídico a liberdade é a regra, sendo considerado um direito fundamental da pessoa humana, conforme estabelecido no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, não se mostra como um direito absoluto, podendo ser limitado, em determinadas circunstâncias expressamente admitidas em nossa legislação.

Conforme redação da Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII e LXVI, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória” como também, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Defini Mirabete (2001, p. 402), que o instituto em análise, é entendido por ser aquele em que “o acusado não é recolhido à prisão ou é posto em liberdade quando preso, vinculado ou não a certas obrigações que o prendem ao processo e ao juiz, com o fim de assegurar a sua presença ao processo sem o sacrifício da prisão provisória”.

É um disparate reconhecer que o recolhimento do indivíduo à prisão antes de ter sido definitivamente julgado culpado, em sentença transitada em julgado, possa resolver os problemas de segurança pública. Pelo contrário, representa um mal, e em virtude disso, a legislação penal brasileira adotou medidas que garantam o prosseguimento do rito processual, com a presença do acusado em todos os atos, sem a necessidade de mantê-lo custodiado, salvo em casos específicos e expressamente admitidos em lei, onde este procedimento se mostra indispensável para o regular prosseguimento do processo.

Neste sentido, Tourinho Filho (2010, p. 585) dispõe que:

[...] A prisão provisória é a medida cautelar que mais gravemente lesiona a liberdade individual, pelos intensos sofrimentos físicos, morais e materiais a que sujeita o preso, pela sua irreparabilidade, por sua larga duração e porque fere um homem ainda não definitivamente culpado. Por isso mesmo, desde tempos imemoriais, a prática, os costumes, as legislações, a doutrina e a jurisprudência de todos os países civilizados da Terra vêm incessantemente repetindo a sábia expressão, elevada hoje em dia a categoria de inconcusso princípio de Direito Público: não se deve utilizar a prisão provisória senão nos casos de absoluta necessidade.

Para Tavora (2009, p.523) a liberdade provisória:

[...] é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade ou a manutenção da mesma, ilidindo estabelecimento de algumas prisões cautelares. A Constituição Federal assegura que “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”.( art. 5º, LXVI ). É um direito, e não um favor.

Já para Capez (2010, p.330) o conceito adequado corresponde ao:

Instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas.

Cumprido ressaltar, que o instituto em análise, possui um caráter substitutivo, e nesse sentido esclarece Silva (2008, p. 99):

Sendo a prisão provisória medida de cautela por parte do Estado, a liberdade provisória é medida de contracautela, colocada pelo esmo Estado à disposição do indivíduo, desde que sua situação se subsuma aos requisitos legais, para ver-se afastado do acautelamento provisório.

Contudo, destaca Lopes Júnior (2011, p. 154), acerca do caráter substitutivo que “a liberdade provisória é uma medida alternativa, de caráter substitutivo em

relação à prisão preventiva, que fica efetivamente reservado para os casos graves, em que sua necessidade estaria legitimada”.

### 2.3 A LIBERDADE PROVISÓRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir da leitura do próprio texto da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, percebe-se a importância que o legislador brasileiro deu ao instituto da liberdade, sendo elencado como um direito fundamental do cidadão brasileiro, conforme narra o caput do artigo 5º, que garante: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

De acordo com a interpretação do caput deste artigo, nota-se possível a conexão dele com diversos dispositivos constitucionais que se relacionam com a proteção dada à liberdade, como também aos que reduzem ou mesmo retiram, e definir o tema liberdade no dispositivo narrado, como o princípio basilar de toda legislação penal brasileira, nesse sentido cumpri observar as lições de Feitosa (2009, p. 132), ao concordar com a ideia descreve que:

Assim, entendemos que há um princípio da liberdade individual (ou princípio da proteção da liberdade individual), que consiste na diretriz de devermos fazer nossas construções teóricas, elaborar as leis e aplicar as normas, no direito processual penal, de tal maneira que a liberdade individual, de maneira prevalecente, sofra a menor intervenção possível.

Da leitura desta passagem torna-se ululante a relação entre o instituto da liberdade provisória e o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que, segundo ele, ninguém poderá ser recolhido à prisão sem que antes seja condenado definitivamente em sentença penal transitada em julgado definitivamente, pelo cometimento de qualquer crime, conforme aduz o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, aonde garante que “ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não obstante este princípio, outro que estar intimamente ligado ao instituto

em análise, é o princípio constitucional da proporcionalidade, que se apresenta de maneira implícita na Magna Carta de 1988, que estabelece um liame proporcional entre as medidas aplicadas concernentes as causas cerceadoras de direitos fundamentais, e a situação casuística sobre as quais deveram incidir, com o intuito de evitar o cometimento de excessos e ter como consequência a desvirtuação do objetivo de sua aplicação, que tem como alicerce a defesa e proteção do interesse público. Nessa linha de pensamento destaca Feitosa (2009, p. 895) que assim escreve:

Segundo o princípio constitucional da proporcionalidade, na vertente do seu subprincípio da necessidade, entre as medidas restritivas de direitos fundamentais, devemos escolher aquela que menos interfira no direito fundamental de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída( por exemplo, proteger a efetividade do processo penal).

A Constituição Federal de 1988 por considerar a liberdade como um bem de elevado valor moral, não deixou de tratá-lo como um direito fundamental da pessoa humana, e assim o elencou em seu artigo 5º, inciso LXVI, in verbis: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Como já bem aludido acima, esta é garantia constitucional, e em conformidade com os ditames constitucionais, a legislação infraconstitucional, conforme Código de Processo Penal Brasileiro estabelece a possibilidade de ser concedida liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, nos casos em que a lei recomenda e sem fiança onde não se cogita de tal oneração, sendo, pois ambas as hipóteses em que o acusado responde o processo em liberdade, se comprometendo a participar a todos os atos em que for inquirido.

## 2.4 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Nesse ponto será realizada uma comparação das principais alterações realizadas no Código de Processo Penal brasileiro, fazendo-se um paralelo antes e após as modificações introduzidas pela lei 12.403/2011. Sendo importante para que

se possa compreender como era aplicada este instituto antes da reforma legislativa de 2011, para que assim, se possa perceber em quais pontos o legislador evoluiu ou regrediu, quanto ao emprego da liberdade provisória.

#### 2.4.1 ANTES DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antes da reforma do Código de Processo Penal introduzida pela lei 12.403, duas eram as espécies de liberdade provisória, quais sejam: a liberdade provisória com fiança e a liberdade sem a estipulação de fiança, subdividindo-se esta última em vinculada e não vinculada.

Como bem assevera os ensinamentos de Nuci (2009) e Tourinho Filho (2011), entende-se por liberdade provisória sem estipulação de fiança vinculada aquela que estava expresso no artigo 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, bem como a hipótese elencada no artigo 350 do mesmo diploma legal, que vinham assim redigidos:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do artigo 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.

Parágrafo único – Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (artigos 311 e 312).

Percebe-se que detinha a expressa previsão legal de que bastaria a inoccorrência das hipóteses que autorizariam a decretação da preventiva para a decretação da liberdade provisória sem estipulação de fiança.

A primeira forma de se conseguir esta modalidade de liberdade provisória, era quando o acusado fosse preso em flagrante e o magistrado, ao analisar o caso concreto, percebe que o infrator cometeu o fato amparado por uma hipótese de excludente de ilicitude, prevista no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, são elas: estado de necessidade, legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal.

Quanto à segunda modalidade de obtenção de liberdade provisória sem

fiança e vinculada, foi estipulada com a promulgação da lei nº 6.416/77, que inseriu o parágrafo único ao artigo 310 do Código de Processo Penal, estabelecendo que seja decretada a liberdade provisória quando não subsistir nenhuma das hipóteses para a decretação da prisão preventiva estabelecida no artigo 312 do Código de Processo Penal, após ouvir o Ministério Público.

Podia também, ser concedida liberdade provisória sem fiança e vinculada nos casos em que ocorresse a subsunção do fato ao enquadramento do artigo 350 do Código de Processo Penal. O referido dispositivo legal dá condições ao magistrado para que possa conceder liberdade provisória sem fiança, sob condições elencadas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal, sendo ainda advertido, o liberando, a não mais cometer uma nova prática de infração penal, o que acarretaria a revogação de sua liberdade. A autoridade responsável pela análise do caso, conforme dispositivo acima narrado, ainda terá a autorização de liberar o acusado/indiciado, quando este restar comprovado que não possui meios de arcar com o valor da fiança, sem prejudicar a sua própria subsistência.

Cumprido enaltecer, conforme narra o texto da lei, que o legislador utilizou de maneira equivocada o verbo poder, no que tange a concessão da liberdade provisória pelo juiz. Isto porque, conforme elucidado acima, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, a regra que se opera é a da liberdade, sendo assim um direito do acusado e, havendo a possibilidade de sua concessão, é dever do magistrado concedê-la.

No que tange a liberdade provisória sem fiança não vinculada, esta vinha estabelecida no artigo 321 do Código de Processo Penal e seus incisos, que assim prescrevia:

Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independente de fiança:

I – no caso de infração, a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade;

II – quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.

Conforme visto acima à primeira circunstância em que se cabia a liberdade provisória ocorria quando a infração praticada pelo agente não cominasse em seu preceito secundária pena privativa de liberdade.

Pondera-se que crimes são as infrações punidas com pena de reclusão ou detenção e contravenções penais, e no que tange as infrações punidas com prisão simples ou multa, consoante estabelece o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, há de se concluir que o legislativo quis destacar nessa hipótese de liberdade provisória foi as contravenções penais.

Já na segunda hipótese em que era possível a liberdade provisória sem fiança e vinculação, estar relacionada às infrações que detêm pena privativa de liberdade máxima de três meses.

Percebe-se que diferentemente da primeira modalidade de concessão de liberdade provisória citada, que também se precisava pagar fiança, aqui o acusado não terá que nenhuma vinculação, posto que a liberdade provisória será, de qualquer modo, obrigatoriamente concedida, sem a estipulação de qualquer condição ao usuário desse benefício, sendo a autoridade atuadora lavrar o auto e em seguida liberar o indiciado. Por isso, ser considerado pela doutrina como uma liberdade provisória sem fiança e sem vinculação, no entanto existe doutrinadores que nem chega a considerá-la como sendo uma modalidade de liberdade provisória, que é o caso de Eugênio Pacelli (2008, p.467) que assim aduz:

É por essa razão que não vemos como enquadrar o caso do art. 321 entre as hipóteses de liberdade provisória, já que não se cuida de nenhuma medida restritiva de direitos, tal como ocorre com aquela. Seja, então, do ponto de vista prático, seja de perspectiva teórica, o art. 321 não constitui aplicação de liberdade provisória.

Contudo, a doutrina majoritária entende a liberdade provisória como sendo uma medida cautelar, apesar de não ser o termo mais correto, haja vista que o instituto da liberdade, é de fato, pleno, como ensina Feitosa (2010, p. 991):

A rigor não é liberdade “provisória”, mas liberdade definitiva, plena. Uma característica da liberdade provisória é poder ser revogada, restabelecendo-se e prisão em flagrante, que é o status quo ante, ou seja, a situação em que se encontrava antes da liberdade provisória. Nas hipóteses em que o acusado “se livra solto”, a liberdade é definitiva, sem fiança e sem vinculação, não podendo ser revogada. Pode o acusado estar sujeito conforme o caso, a outras prisões provisórias, mas não à restauração da prisão em flagrante pelo mesmo fato.

Vale acrescentar, neste ponto, a lógica do legislador, por não deixar preso um indivíduo durante o transcorrer do processo, que como é sabido por todos, pode durar mais de anos, para que ao final possa ser então condenado ou absolvido, ou seja, não seria justo manter o acusado preso por um período superior ao máximo da pena cominada pela infração cometida. Pior ainda seria se caso este indivíduo fosse considerado inocente ou absolvido.

No que concerne à liberdade provisória com fiança, a lei não elenca as hipóteses em que a mesma possa ser aplicada, apenas proibi a sua concessão nas situações previstas nos artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal.

A primeira hipótese prevista no artigo 323 do Código de Processo Penal, refere-se ao crime punido com pena de reclusão superior a 2 (dois) anos. Quanto as outras se incluem as contravenções de vadiagem e mendicância; quando o agente for reincidente em crime doloso; em caso de vadiagem, quando não disposta em contravenção, mas quando o agente viver em ociosidade, apesar de possuir meios de trabalho; e a ultima prevista no artigo 323, relaciona-se aos crimes punidos com reclusão que sejam violentos ou provoquem um forte clamor público.

Na segunda hipótese elencada no artigo 324 do Código de Processo Penal, não se refere a proibições referentes aos crimes e suas penas. Ele vem determinar que em casos de quebra de fiança concedida pelo magistrado ou descumprimento de qualquer das obrigações previstas no artigo 350 do Código de Processo Penal; de decretação de prisão por mandado do juízo cível, prisão disciplinar, administrativa ou por infração militar; para quem já é beneficiário do sursis penal ou livramento condicional (exceto quando processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança); e quando estiverem presentes os pressupostos da preventiva, não será concedida fiança.

Cabe alertar, como bem estabelece o Código de Processo Penal, que a autoridade policial poderá conceder a fiança quando se tratar de infrações punidas com detenção ou prisão simples, sem a necessidade de ouvir previamente o Ministério Público. Contudo, nas demais hipóteses, o pedido deverá ser requerido ao magistrado, que terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para se manifestar acerca do pedido formulado pela autoridade policial ou pelo autor.

#### 2.4.2 DAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011

Com a promulgação da lei 12.403, em 04 de maio de 2011, houve mudanças significativas no Código de Processo Penal brasileiro. Muitas dessas mudanças se encontram no capítulo referente ao instituto da liberdade provisória.

No que tange às suas modalidades, esta não sofreu nenhuma mudança, prevalecendo às espécies já existentes, ou seja, mantiveram-se as duas formas, liberdade provisória com fiança e sem fiança, e desta última a sua subdivisão em vinculada e não vinculada.

Quanto à liberdade provisória sem fiança, vale salientar que três são as suas modalidades com expressa vinculação, que conforme elucida Maluly e Demercian (2012, p. 217), a principal vinculação é o comprometimento “mediante termo comparecimento a todos os atos do processo onde sua presença for exigida”.

A primeira hipótese continua expressamente prevista no parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, não havendo qualquer alteração em relação à figura já existente, haja vista que destaca o fato em que o agente comete a infração penal amparado por alguma das excludentes de ilicitude admitida pelo Código Penal, expressamente positivado no artigo 23 do referido diploma legislativo.

Na hipótese narrada acima, resta apenas ao magistrado conceder a liberdade provisória, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo em que for solicitado a sua presença.

Outra hipótese, conforme dispõe o artigo 321 do Código de Processo Penal, ocorre quando não estiverem presentes os pressupostos de decretação da prisão preventiva. O referido dispositivo legal traz uma inovação ao se conceder este benefício, ainda pode o magistrado vincular a liberdade provisória com outras medidas cautelares previstas no artigo 319 do mesmo código, que serão oportunamente observadas neste trabalho.

Ainda estabelece o Código de Processo Penal, como terceira hipótese de concessão de liberdade provisória, a já mencionada liberdade provisória sem fiança, que será concedida quando o acusado/indiciado for considerado pobre na forma da lei. Ou seja, apesar de vir estipulado no tipo penal o arbitramento de fiança, a lei estabelece a possibilidade de ser concedida a liberdade dispensando o arbitramento de fiança, quando tratar-se de agente pobre. Cumpre ressaltar aqui, que o legislador

quis garantir a todos o cumprimento de benefício constitucional, dando aquele indivíduo que não pode arcar com as despesas processuais sem prejudicar sua subsistência e de sua família. Nesse sentido, vale destacar as lições de Demercian e Maluly (2012, p. 219) que assim aduz a respeito dessa hipótese:

A última hipótese de liberdade provisória sem fiança, mas vinculada, está prevista no art. 350 do Código de Processo Penal: quando o preso, em virtude de sua situação econômica, embora afiançável o delito, não puder prestá-la. Esse benefício é concedido nos casos em que couber fiança, que é substituída pelas obrigações constantes dos artigos 327 e 328 do CPP (comparecimento obrigatório a todos os atos do processo e obrigatoriedade de permissão da autoridade judicial para mudar de residência ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar a ela o lugar onde será encontrado), bem como a outras medidas cautelares, previstas no art. 319 do CPP, se for o caso.

Oportuno lembrar que o Código de Processo Penal define a pessoa pobre, no art. 32, §1º, como aquela que não pode prover as despesas do processo, sem se privar dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família.

Neste tipo de modalidade, sem prejuízo da aplicação das medidas cautelares do previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, caso o magistrado entenda necessário, estará obrigado o acusado a assumir as obrigações constantes dos artigos 327 e 328 do mesmo diploma legal, que assim narra:

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 oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

A lei 12.403/2011, que realizou significativas alterações no Código de Processo Penal, manteve o instituto da liberdade provisória sem fiança e sem vinculação, mas introduziu algumas mudanças, que conforme ensinamentos de Demercian e Maluly (2012), o agente que comete uma infração penal em que não for cominada pena privativa de liberdade, deverão livrar-se soltos, como bem estabelece o artigo 283, § 1º cominado com o 309, ambos do Código de Processo

## Penal

Na hipótese narrada acima, a autoridade policial formulará, ao invés de um auto de prisão em flagrante, um termo circunstanciado de ocorrência e de plano encaminhará ao Juizado Especial Criminal. Deve-se alertar que esta é a forma procedida no artigo 321 em seu inciso I do Código de Processo Penal, não sendo alterada pela lei 12.403/2011. O mesmo não ocorreu no inciso II do mesmo artigo da lei, que fazia remissão às infrações apenadas com pena máxima privativa de liberdade não superior a três meses, figura esta excluída com o advento da nova lei.

Um ponto a ser destacado com a introdução da lei 12.403/2011, foi que quanto ao instituto da liberdade provisória com fiança, mantiveram-se as mesmas hipóteses negativas, ou seja, a lei não determina quando será cabível este instituto, mas elenca as hipóteses em que não se admite a liberdade provisória com fiança.

A primeira hipótese em que não se admite a concessão de liberdade provisória com fiança encontra-se prevista no artigo 323 do Código de Processo Penal, que são os crimes penais consideradas infiançáveis, vale lembrar, o racismo; a tortura; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; o terrorismo; os crimes definidos como hediondos; e os crimes cometidos por grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, conforme também elencado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV.

A outra hipótese em que também não se admite a concessão de liberdade com estipulação de fiança encontra-se prevista no artigo 324 do Código de Processo Penal, e se efetiva quando o agente quebra a fiança ou descumpre, sem nenhum motivo plausível, qualquer das condições imposta pelo magistrado e previstas nos artigos 327 e 328, ambos do Código de Processo Penal; outro motivo é em caso de decretação de prisão cível ou militar e ainda não será concedida a liberdade quando presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva.

Importante dispor, conforme já elucidado, é dever do magistrado quando concede liberdade ao agente mediante fiança, este deverá impor medidas que deveram ser cumpridas pelo acusado no decorrer da instrução processual e que estão elencadas no artigo 350 do Código de Processo Penal, nesse sentido, conforme preleciona Demercian e Maluly (2012, p. 225), “quando o acusado as infringe, sem justo motivo, ou dá causa à quebra da fiança descumprindo os ônus processuais impostos nos arts. 327, 328 e 341 do CPP, a fiança não poderá ser

novamente concedida no mesmo processo”.

Nas palavras de Nucci (2009, p.648), considera-se quebrada a fiança quando “o beneficiário da fiança deixou de respeitar as condições fixadas pelo juiz para que pudesse aguardar em liberdade o seu julgamento. Por tal razão, teve a fiança considerada quebrada”. As formas em que se considera quebrada a fiança encontra-se prevista no artigo 341 do Código de Processo Penal, que assim elenca:

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:  
I – regularmente intimado para o ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;  
II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;  
III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;  
IV – praticar nova infração penal dolosa

O agente ao quebrar a fiança, conforme destaca Tourinho Filho (2011, p. 643), terá como consequência:

Uma vez decretado o quebramento da fiança, tal ato importará: a) na perda da metade do seu valor; b) o réu não poderá, naquele processo, prestar uma segunda fiança (CPP, art. 324, I); c) expedir-se-á contra o réu o competente mandado de prisão, se, porventura, ele próprio não se recolher à cadeia; d) enquanto não for preso, o processo correrá à sua revelia.

Quanto à prisão cível ou militar, vale alertar que estas possuem natureza diversa da prisão cautelar, não cabendo, assim, a estipulação de fiança, que como consubstancia Demercian e Maluly (2012, p. 225), “seu objetivo, como regra, é o de compelir o preso ao cumprimento de uma obrigação ou então o de aplicar-lhe uma sanção disciplinar. A concessão de fiança para essas hipóteses tornaria essas medidas absolutamente inócuas”.

Por fim, como já bem fundamentado antes, não será, também, concedida liberdade provisória mediante fiança quando presentes os pressupostos e requisitos para decretação da prisão preventiva. Já que não seria lógico, estabelecer a liberdade do acusado/indiciado que provoque ameaça a sociedade, ao regular prosseguimento do processo ou ao cumprimento da lei penal, não podendo, neste caso, ser estipulado liberdade ainda que concedida mediante fiança.

## 2.5 DA POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO COM AS MEDIDAS CAUTELARES

Uma das principais alterações realizadas pela Lei nº 12.403/2011, foi à ampliação do rol das medidas cautelares, com a introdução de um capítulo próprio no Código de Processo Penal.

Tais medidas cautelares encontram-se dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal brasileiro, que elenca:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades;
- II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III – proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI – suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semiimputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII – fiança, nas infrações que admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX – monitoração eletrônica

Dentre estas medidas, vale acresce a divisão dada por Choukr (2011, p.112), que as diferenciam em “restrições à liberdade de locomoção e restrição a atividades profissionais (em sentido amplo), [...]”.

Quanto às hipóteses previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, destaca-se a do inciso V, que estabelece o recolhimento do acusado no período

noturno e nos dias de folga quando o indivíduo tiver residência e trabalho fixo, que nas palavras de Choukr (2011, p. 113):

[...] baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória.

Atualmente ganhou-se destaque à monitoração eletrônica, que conforme visto acima, esta elencada no inciso IX do mesmo dispositivo legal, devendo o acusado “adotar os cuidados necessários com o equipamento, além de abster-se de remover, violar, modificar, danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica, ou de permitir que outrem o faça” como bem esclareceu Demercian e Maluly (2012, p. 215).

No que tange às outras medidas alternativas, temos ainda, a possibilidade de suspensão do exercício de função pública ou ainda de atividade econômica ou financeira do acusado/indiciado quando houver, segundo o magistrado, justo receio de sua utilização para a prática de infrações criminais, sendo encarado como um afastamento das funções públicas, que conforme narra Choukr (2011, apud JUSTEN FILHO, 2005, p. 45) é:

[...] conjunto de poderes destinados a promover a satisfação dos interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional.

Por fim, ver-se a possibilidade de internação provisória do indivíduo, nas condições em que o mesmo venha a praticar crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, e ao analisar o caso concreto, ter-se levado a cargo de peritos judiciais e estes concluírem pela inimputabilidade ou semi-inimputabilidade do indivíduo e ainda houver iminente risco de reintegração. Como bem salienta Demercian e Maluly (2012, p. 215);

A previsão dessa medida cautelar vem para corrigir uma situação de

injustiça que existia quando a periculosidade do agente não permitia a manutenção de sua liberdade e era determinada a sua prisão preventiva, com o seu recolhimento em estabelecimentos impróprios para o seu tratamento e em celas ocupadas com presos comuns.

Como bem elucida Demercia e Maluly (2012, p. 213), as mencionadas medidas cautelares podem ser decretadas para qualquer tipo de delito, contanto que presentes os requisitos da cautelaridade, ou seja, *fumus boni iure* e *periculum in mora*, que resta comprovado quando houver a prática do delito, que corresponde ao indício de autoria e prova da existência da infração, além do perigo de liberdade, requisito este encontrado no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Contudo, só poderão ser aplicadas quando existir prova da existência do delito e indícios suficientes da autoria, entretanto, ainda devem ser considerados os requisitos contidos nos incisos I e II do artigo 282 do Código de Processo Penal, senão observamos:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

[...]

Destarte, em todas as medidas cautelares apresentadas, como bem afirma Eugênio Pacelli (2011, p. 24), existe “a necessidade da medida deverá estar presente, sob qualquer uma das cláusulas genéricas do citado dispositivo: “necessidade para a aplicação da lei penal e para a investigação ou a instrução””. Resta, ainda, ser analisado pela autoridade incumbida do caso, averiguar a gravidade do crime cometido, as suas circunstâncias e por fim as condições do acusado/indiciado, para que se possa ser aplicada, de maneira justa, a medida cautelar adequada ao caso concreto.

Ainda coloca o Código de Processo Penal em seu artigo 282, § 1º, que as medidas cautelares, aqui estudadas, podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Ainda assegura Choukr (2011), e estabelece o os parágrafos 4º e

5º deste mesmo artigo, que a substituição ou cumulação dessas medidas se dará pelo descumprimento de qualquer das obrigações impostas pela autoridade competente, e sua revogação ou substituição, poderá ocorrer quando verificada a falta de motivo que subsista a sua manutenção.

### 3 DA FIANÇA

Neste ponto serão tratados os principais aspectos concernentes ao instituto da fiança, dentre os quais a sua origem histórica, conceito, natureza jurídica e demais especificidades. Ainda serão analisadas as situações em que o indivíduo poderá ou não receber este benefício, especificando cada situação e os seus respectivos procedimentos a serem observados em face da conjuntura legislativa atual, levando-se em consideração a análise de cada caso, buscando entender a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 3.1 ORIGEM HISTÓRICA, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

No nosso ordenamento jurídico, o instituto da fiança se fez presente em todos os diplomas constitucionais, já vindo elencado a partir da Constituição do Império, que legislava sobre o tema. Atualmente a Constituição Federal de 1988 estabelece que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança” (artigo 5º, inciso LXVI).

O vocábulo fiança vem da palavra *fidare, corruptela de fidere*, que tem por significado “fiar-se”, “confiar em alguém”. Destarte, a fiança é em síntese a fidejussória, posto que é prestada por uma pessoa idônea, que se obriga em pagar determinada quantia caso o indivíduo vir a ser condenado ou em caso de fuga sem justificativa, juntando-se esta garantia ao processo e a fase de execução da pena. Entretanto, em ditames legais, a fiança e a caução, que vem da palavra *cavere*, que significa “acautelar”, serve para nomear qualquer instrumento capaz de garantir o cumprimento de uma obrigação imposta.

Conforme narra Mirabete (2001), tal instituto trata-se de um direito constitucional subjetivo, que permite ao acusado, mediante prévia caução e cumprindo determinadas obrigações, permanecer em liberdade até a sentença penal condenatória que não caiba mais recurso. Ainda conforme Mirabete (2001, p. 408) o instituto da fiança não passa de:

Uma contracautela à prisão provisória, pois a substitui, destinada a impedir que a dilação do inquérito policial e do processo condenatório cause dano ao jus libertatis do indiciado ou réu e a assegurar sua presença no processo e o pagamento de custas, do dano e da pena de multa.

Assim, não restam dúvidas quanto ao seu caráter de direito subjetivo, que permite ao acusado a possibilidade de mediante caução e cumprida determinadas obrigações, possa ser conservada a sua liberdade até sua sentença condenatória irrecorrível, como bem denota Noronha (1999.).

Ainda segundo Mendonça (2011, p.349):

A fiança é uma garantia patrimonial concedida pelo réu ou por qualquer pessoa por ele, para evitar a prisão ou para substituí-la, vinculando-o ao processo mediante o cumprimento de deveres processuais, sob pena de retorno ao cárcere e perda de parte ou de todo o valor dado como garantia.

Por este conceito, entende-se que a fiança constitui-se em uma garantia real. Ou seja, afetará o patrimônio do acusado ou pessoa que por ele assumiu a obrigação. A fiança poderá ser garantida através de depósito em moeda, objetos, metais ou pedras preciosas, hipoteca ou títulos da dívida pública, seja federal, estadual ou municipal.

Como se constitui em uma garantia real, obtida em razão da liberdade provisória obtida pelo acusado, e como bem elenca o Código de Processo Penal, o bem ou valor pela pessoa depositada fica a disposição do Estado, contudo, ao final, a importância ou objeto será destinado ao pagamento de custas processuais, além de multa e/ou indenização causado pela infração penal cometida.

Entretanto, caso o acusado seja absolvido, haverá a obrigação em restituir a fiança, como bem aduz Nucci (2009, p. 644):

[...] tem por fim, primordialmente, assegurar a liberdade provisória do indiciado ou réu, enquanto decorre o processo criminal, desde que preenchidas determinadas condições. Entregando valores seus ao Estado, estaria vinculado ao acompanhamento da instrução e interessado em apresentar-se, em caso de condenação, para obter, de volta, o que pagou. Além disso, a fiança teria a finalidade de garantir o pagamento das custas, da indenização do dano causado pelo crime (se existente) e também da multa (se for aplicada).

No que tange a natureza jurídica do instituto da fiança Fernandes (1991, p. 36), assevera:

[...] tem natureza cautelar. Figura em uma escala de possíveis medidas cautelares, que substituem a prisão em flagrante, restringindo a liberdade. Impõem-se ao réu, para que fique ou permaneça livre, o pagamento de determinada importância em dinheiro e outros ônus processuais.

Ante o exposto, e considerando o já foi dito anteriormente, verifica-se que este instituto trata-se de uma medida cautelar substitutiva da prisão, já que esta é a última e mais drástica medida a ser tomada em relação ao indivíduo, por isso, se houver a possibilidade em ser aplicada uma medida cautelar diversa da prisão, esta será imediatamente utilizada.

Contudo, conclui-se que a fiança, como medida cautelar, tem como objetivo a substituição da prisão e consequente aplicação deste instituto em análise.

### 3.2 DA AFIANÇABILIDADE E INAFIANÇABILIDADE

No nosso ordenamento jurídico o instituto da afiançabilidade é negativo, ou seja, o Código de Processo Penal elenca seus artigos 323 e 324 os crimes considerados inafiançáveis. Assim, para encontrar os crimes que admitem fiança, tem-se que antes passar pelo rol dos que não admitem este instituto.

Empregando-se a lógica da exclusão chega-se à afiançabilidade, tendo em mente que não estando o crime/infração penal abrangida pelas legislações que o consideram inafiançáveis, é ele pois, elencado como afiançável.

Entretanto, não se pode apenas considerar esta exclusão como a solução de todos os entraves acerca do tema sob análise, merece, pois, algumas considerações pertinentes, encontradas no Código de Processo Penal. Vale salientar que nos crimes punidos com reclusão, em que a pena mínima estabelecida for superior a dois anos, será admitida a liberdade provisória mediante a estipulação de fiança, é ululante também que nos casos de penas inferiores ou iguais a dois anos, mesmo

que a pena seja de reclusão, caberá a aplicação do instituto da liberdade provisória. Já tratando-se em hipótese detenção, não importará se o quanto estipulado da pena for superior a dois anos para a concessão da liberdade provisória. No entanto, em concurso de delitos, como bem narra o Código de Processo Penal, não importará para a concessão da liberdade provisória, o fato de que ao somar as penas mínimas estas ultrapassem os dois anos.

Não muito distante, era insuscetível de fiança as contravenções penais elencadas nos artigos 59 e 60 do decreto lei número 3.688 de 03 de outubro de 1941 (Lei de Contravenções Penais), o que afrontaria de tal sorte com a realidade atual, tendo em vista que é comum existir pessoas que não trabalham, conforme denotasse os grandes índices de desemprego que assola este país, além das pessoas que mendigam, não por opção, mas por extrema necessidade.

Entretanto, atento à situação fática, o legislador em 16 de julho de 2009 promulgou a Lei 11.983/2009, que vetou o artigo 60 da Lei de Contravenções Penais, o que, conseqüentemente, passou a incluir os considerados mendigos como beneficiários do instituto da fiança. Quanto a vadiagem, outra solução foi tomada para a adequação social ao crime.

Tomando-se por base a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), que se aplica a todas as contravenções penais, grande parte da doutrina entende que este delito apenas não será possível de fiança quando não for possível a apresentação imediata do acusado ao Juizado Especial Criminal, ou quando o indiciado não quiser assumir o compromisso de comparecer aos atos processuais, o que acarretará a manutenção de sua prisão, sem direito a liberdade provisória, seja ela com ou sem fiança, devendo ser procedida a realização de todas as formalidades legais no que tange à prisão em flagrante, lavrando-se o auto de prisão em flagrante com a competente expedição da nota de culpa, em vez do termo circunstanciado e sua conseqüente liberação, conforme expõe o artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/1995, *in verbis*:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se

exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Destaque-se, ainda, Tourinho Filho (2010, p.610) ao relatar:

À primeira vista pareceu-nos não quisesse o legislador dar trégua aos vadios e àqueles que mendigam por ociosidade ou cupidez. Hoje estamos convencidos do erro. Quisesse ser ele severo, bastar-se-ia convolar aquelas duas contravenções em crimes apenados com reclusão e decretar-lhes a inafiançabilidade. Como está é, até ridículo e grotesco. Preso em flagrante por uma dessas duas contravenções, a autoridade policial encaminhará o contraventor ao Juizado e lá será feita a transação, nos termos do parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/95. Mesmo não haja transação e se instaure o procedimento sumaríssimo, não faz sentido sua prisão. E hoje nenhum juiz o faria. Estamos nos referindo à contravenção prevista no art. 59 da Lei de Contravenções, mesmo porque a do art. 60 foi revogada [...]

E continua:

Note-se que a miséria do povo chegou a tal ponto que para o legislador teve o bom senso de revogar, pela Lei n. 11.983/2009, o art. 60 da Lei das Contravenções Penais. Não se pune mais a falsa mendicância [...] Tamanha a pobreza e o número extraordinariamente grande desses pobres coitados, que não se sabe mais se está ou não havendo pilantragem [...] (TOURINHO FILHO, 2010, p.610)

Dito isto, cumpre destacar, que nada justifica a não concessão de fiança em casos em que o indivíduo não possua emprego fixo, haja vista, que o ocioso que tem meios legais de prover seu sustento, considerando sua conduta, não pode ser taxado como vadio.

### 3.3 DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO

Como já bem delineado, antes ou após a promulgação da Lei nº 12.403/2011, a legislação penal não esclarecia quais as hipótese de cabimento da fiança. Destarte, que ela apenas nos mostra quais casos não será concedida a

fiança.

Antes da nova redação dada ao Título IX do Código de Processo Penal Brasileiro, a fiança era cabível em todas as infrações penais, ressalvado os casos em que, por expressa previsão legal, era vedada a sua concessão.

No que tange a essas vedações, estas se referiam aos crimes inafiançáveis, elencados na Constituição Federal do Brasil, que são eles:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLII – a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

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

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

[...]

Antes da reforma feita pela Lei 12.403/2011, a proibição de concessão de fiança, além dos crimes inafiançáveis, também atingia as hipótese prevista nos artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal, que assim vinha elencado:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I – nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;

II – nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das 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;

IV – em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;

V – nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;

II – em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão

disciplinar,  
 administrativa ou militar;  
 III – ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança;  
 IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Com o advento da Lei 12.403/2011, os mencionados artigos tiveram alterações em seu texto legal, sendo introduzido, de forma expressa, a não possibilidade de concessão de fiança em crimes considerados infiançável, por manifesta determinação constitucional.

Deve-se destacar, pois, a nova redação dada aos artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal, vindo assim dispostos:

Art. 323. Não será concedida a fiança:

I – nos crimes de racismo;  
 II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos;  
 III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;  
 IV e V – Revogados. Lei nº 12.403, de 4-5-2011.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança, anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;  
 II – em caso de prisão civil ou militar;  
 III – Revogado. Lei nº 12.403, de 4-5-2011;  
 IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)

Destaquem-se, nesse ponto, algumas importantes considerações com relação ao instituto da fiança, primeiramente torna-se ululante a alteração no que tange a sua concessão, que de acordo com Demercian e Maluy (2012, p. 225-226):

A fiança poderá ser concedida pela autoridade policial quando se tratar de infração penal cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos (art. 322 do CPP). Nos demais casos, somente poderá ser concedida pelo juiz de direito, independente da prévia oitiva do Ministério Público (art. 333), a qualquer tempo, enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória (art. 334). O Promotor de Justiça terá vista do processo, após a concessão da fiança, para requerer o que julgar conveniente.

Dessa maneira, temos que a partir da edição da Lei 12.403/2011, a própria autoridade policial terá a liberdade em conceder ou não fiança, quando tratar-se de crimes cuja pena máxima cominada for de até 04 (quatro) anos, já para os demais casos, incumbirá ao magistrado decidir se concede ou não fiança, independentemente de prévia oitiva do Ministério Público.

No que tange ao valor da fiança, os artigos 325 e 326 do Código de Processo Penal, estabelecem que:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que conceder nos seguintes limites:

I – de 01 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 04 (quatro) anos;

II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos;

§1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

Ante o exposto, percebe-se que em relação aos limites para a fixação do valor da fiança, conforme Choukr (2011), eles “foram apregoados como sinônimos de maior rigor dessa cautela penal”, ou seja, tem por base a pena fixada à infração cometida. Passada a análise quanto a pena privativa de liberdade cominada, a autoridade responsável deverá considerar as condições pessoais do agente, conforme artigo 326 do Código de Processo Penal, para poder estabelecer, dentro dos limites elencados nos incisos do artigo 325 do mesmo código, o valor final da fiança. Terá a opção, ainda, de diminuir ou aumentar o valor estabelecido, ante a situação econômica do preso, conforme estabelece o parágrafo primeiro do artigo 325 do Código de Processo Penal.

Como já exposto neste capítulo, a fiança consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, seja federal, estadual

ou municipal, ou até mesmo em hipoteca inscrita em primeiro lugar. Ainda salienta Demercian e Maluly (2012, p. 226) que “o valor deve ser recolhido em uma instituição financeira ou, excepcionalmente, pode ser entregue em mãos do escrivão ou pessoa abonada, a critério da autoridade”.

Neste momento, cumpre salutar, que como já dito anteriormente, existe crimes que são insuscetíveis da aplicação desse instituto. A nossa Constituição Federal de 1988, trouxe um rol de crimes classificados como inafiançáveis.

Nesse rol encontram-se os hediondos e os que a eles se equiparam, além do crime de racismo e a ação de grupos armados, cíveis ou militar, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, como bem estabelece o artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV; da nossa Constituição Federal de 1988.

Destarte que, quanto aos crimes considerados hediondos, Monteiro (2010, p. 37) destaca que:

Se perguntarmos a qualquer do povo o que seria um crime hediondo, obteremos certamente expressões como estas: o crime que é cometido de forma brutal; o que causa indignação às pessoas quando dele tomam conhecimento; o que é sórdido, repugnante... (...) Teríamos assim um crime hediondo toda vez que uma conduta delituosa estivesse revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete, seja quando à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda pela especial condição das vítimas.

Dito isto, o rol dos crimes hediondos, conforme elenca o artigo 1º da lei nº 8.072/90, temos os crimes tidos como hediondos o homicídio simples, quando efetuado em atividade típica de grupo de extermínio além do qualificado; o crime de latrocínio; o de extorsão quando qualificado pela morte; a extorsão mediante sequestro além de sua forma qualificada; o estupro; o estupro de vulnerável; a epidemia com resultado morte; a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; e por fim o genocídio.

Como os equiparados aos hediondos, nos termos do artigo 2º da lei 8.072/90, têm-se, ainda, a prática da tortura; o crime do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o crime de terrorismo.

Contudo, em virtude da gravidade dos referidos crimes, o legislador preferiu optar por proibir a concessão de fiança em caso de cometimento de qualquer dessas

infrações, o que, entretanto, não impede a concessão da liberdade provisória sem fiança, conforme abordado adiante.

## **4 DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS**

Neste capítulo será abordada a possibilidade de concessão da liberdade provisória aos crimes tidos como inafiançáveis, realizando uma análise das alterações realizadas com o advento da lei 12.403/2011, como também suas implicações com os preceitos constitucionais vigentes.

Será analisado de forma mais detalhada a aplicação do instituto da prisão preventiva, onde será destacado os seus pressupostos, fundamentos e hipóteses de cabimento, tem em vista a forte relação existente entre deste instituto com a aplicação da liberdade provisória.

Ainda será analisado os princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência, que deveram ser ponderados pelo magistrado na concessão da liberdade provisória ao acusado, sem esquecer, contudo, a análise do caso concreto.

### **4.1 PRISÃO PREVENTIVA: PRESSUPOSTOS, FUNDAMENTOS E HIPÓTESES DE CABIMENTO**

O instituto da prisão preventiva, como bem delinea Demercian e Maluly (2012, p. 198), “é uma medida cautelar, restritiva da liberdade do indivíduo, de natureza processual.”, consubstancia em uma prisão decretada antes pelo juiz antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo possível sua autorização tanto em fase investigatória quanto na fase processual, a depender do caso concreto.

A decretação da prisão preventiva deverá atender as hipóteses legais previstas em lei, como também a existência dos pressupostos para a sua admissibilidade. Estes requisitos se fazem necessários, posto que, como bem aduz Eugênio Pacelli (2004, p. 516):

A prisão preventiva, em razão de trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se

justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

No que tange a aplicação dessa medida, necessário se faz a análise do seu caráter cautelar, haja vista que precisam estar presentes os pressupostos de toda medida cautelar, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No âmbito do direito processual penal, são mais conhecidos como *fumus commissi delicti*, a fumaça da prática do delito, demonstrada pelos indícios de autoria e a prova da materialidade; além do *periculum libertatis*, ou perigo da liberdade, que resta previsto nas hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Assim sendo, se faz necessária a presença, de forma conjunta, de todos os pressupostos de existência da prisão preventiva para que só assim, possa o juiz decretá-la.

Inicialmente, deve-se analisar o *fumus commissi delicti*, que se encontra previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, em sua última parte, que como dito acima, revela-se na prova da existência do crime e indícios suficientes da sua autoria.

Quanto à existência do crime, esta não pode ser ambígua, deve ser concreta, ou seja, é necessária a certeza da ocorrência de uma infração penal. Nesse sentido salienta-se Tourinho Filho (2011, p. 551), ao ressaltar que “a lei exige prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita. É preciso haja prova da materialidade delitiva”, sendo considerada nessa passagem a certeza da existência do crime ou infração.

Comprovada a existência do crime ou infração, é de fundamental importância a presença de indício suficiente da autoria, que de acordo com as palavras de Demercian e Maluly (2012, p. 200):

Quando o legislador fala em indícios de autoria, está se referindo à probabilidade de autoria, não se contentando com a mera possibilidade. Em uma linguagem vulgar, é correto afirmar que tudo no mundo é possível; nem tudo, entretanto, é provável. Para tanto, o órgão acusador há de reunir, pelo menos, circunstâncias sérias indicativas da autoria, não bastando uma mera suposição.

Importante ponderar, que não é necessária a certeza de que o acusado seja efetivamente o autor da infração penal, é significativa apenas a suspeita de que o

agente, conforme circunstância do caso cometeu a infração penal. Porém, não pode ser aceita qualquer suspeita, tem de ao menos convincente, conforme circunstância do caso. Nesta linha de raciocínio elenca Nucci (2009, p. 634-635), que:

Indício suficiente de autoria: trata-se da suspeita fundada de que o indiciado ou réu é autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, muito antes do julgamento de mérito. Cuida-se de assegurar que a pessoa mandada ao cárcere, prematuramente, sem a condenação definitiva, apresente boas razões para ser considerada agente do delito. [...] A lei usa a qualificação suficiente para demonstrar que não é qualquer indício demonstrador da autoria, mas aquele que se apresenta convincente, sólido.

Outro ponto que merece destaque é a análise do *periculum libertatis*, ou seja, o perigo da demora, que foi inserido pelo legislador brasileiro com o objetivo de garantir à ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da pena e por descumprimento de obrigação imposta em outra medida cautelar. Vale ressaltar, que para restar configurado o *periculum libertatis*, a nossa legislação exige apenas a presença uma dessas hipóteses, encontra-se esculpida no artigo 312, primeira parte, do Código de Processo Penal e em seu parágrafo único, abaixo descrito:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.  
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º).

O referido dispositivo legal traz as hipóteses em que será admitida a prisão preventiva do acusada, a primeira forma elencada refere-se à garantia da ordem pública, que esta relacionada com o bem estar e à paz social. Nos ensinamentos dos doutrinadores Demercian e Maluly (2012) e Eugênio Pacelli (2011), a ordem pública esta caracterizada quando o agente, pelas circunstâncias do caso, possa voltar a praticar novas infrações penais, caso o mesmo permaneça em liberdade, sendo assim, o legislador brasileiro teve o cuidado de recolher este indivíduo, de forma provisória a prisão, sendo uma espécie de proteção à sociedade. Em alguns

casos, esta medida se faz necessária ao próprio acusado, quando as circunstâncias do crime e de seu cometimento são tidas como grave para a população, provocando, em determinados casos, um forte clamor social, servindo assim, como proteção inclusive ao agente, nessa linha de pensamento Demercian e Maluly (2012, p. 200-201), assentam:

Muitas vezes, a gravidade do fato, por si só, não justifica a decretação da prisão, mas as circunstâncias da execução do crime ou as suas consequências podem repercutir no meio social, provocando o clamor público, isto é, uma reação da sociedade, um repúdio ao ato criminoso.

Outro ponto bastante discutido atualmente refere-se aos crimes contra a ordem econômica, que preocupado com os altos índices de corrupção, o legislador também abriu a possibilidade da decretação da prisão preventiva pelo magistrado, fundamentando sua decisão em razão da garantia da ordem econômica, que segundo Nucci (2009, p. 630):

Nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área. Equipara-se o criminoso do colarinho branco aos demais delinquentes comuns, o que é certo, na medida em que o desfalque em uma instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples assalto contra um indivíduo qualquer. Assim, mantém-se o binômio gravidade do delito + repercussão social, de maneira a garantir que a sociedade fique tranquila pela atuação do Judiciário no combate à criminalidade invisível dos empresários e administradores de valores, especialmente os do setor público.

O juiz também poderá determinar a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, quando existir evidências de que o acusado está tumultuando o andamento do processo, criando formas de embargar a colheita de provas, seja através de coação às testemunhas ou por dificultar a localização de objetos ou qualquer outro meio que prejudique o andamento do processo, sobre o tema debruça Tourinho Filho (2011, p. 560):

Se, entretanto, o réu lhe cria obstáculos, ameaçando testemunhas, fazendo propostas a peritos, tentando convencer o Oficial de Justiça a “não encontrar as pessoas que devam prestar esclarecimentos em juízo” etc., seu encarceramento torna-se necessário por conveniência da instrução. [...]

E continua:

Assim, se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do contrário, o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal. É preciso, contudo, haja nos autos prova desse procedimento do réu. [...] (TOURINHO FILHO, 2011, p. 560).

Já a utilização da preventiva para assegurar a aplicação da lei penal é imposta segundo Demercian e Maluly (2012) quando restar comprovado o autor da infração penal pretende fugir à aplicação da pena, em virtude da conclusão de que a sua condenação é certa, conforme ainda esclarece, esse motivo não pode se fundar em mera suspeita por parte do magistrado e sim em fortes indícios.

Conforme esclarece o parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal, ainda existe a possibilidade de decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, neste sentido esclarece Oliveira (2011, p. 36) que:

Impõe-se o esclarecimento acerca da justificativa – ou não – para o desrespeito à obrigação cautelar, antes da decretação da prisão preventiva, salvo quando se tratar de risco evidente e manifesto à aplicação da lei ou à conveniência da instrução (e da investigação).

No entanto, conforme assevera Demercian e Maluly (2012, p. 202):

Se o agente descumprir uma cautela adotada por decisão judicial e não havendo a possibilidade de se aplicar outra, provocando, assim, uma situação de risco à persecução penal, não restará ao juiz outra medida que não a decretação da prisão preventiva.

Cumpra aduzir, conforme elenca Nucci (2009), que não basta apenas a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para a decretação da prisão preventiva, conforme nova dispõe a Lei 12.403/2011, para a decretação da prisão preventiva, presentes os requisitos cautelares, terá ainda que cumprir os limites impostos pela lei, conforme estabelece o artigo 313 do Código de Processo Penal, que assim vem redigido:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – Revogado. Lei nº 12.403, de 4-5-2011.

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Contudo, para que se possa haver a decretação da prisão preventiva, se faz necessário não apenas a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, deverá estar também presente um dos requisitos do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Por fim, resta destacar, que de acordo com o artigo 315 do Código de Processo Penal, todas as decisões relativas à prisão preventiva deverão ser sempre motivadas seja pra decretar, denegar ou substituir esta medida. De acordo com Demercian e Maluly (2012, p. 205) trata-se de:

“Medida coercitiva e constritiva da liberdade de locomoção, a toda evidência o despacho que decretar a prisão preventiva deverá, necessariamente, ser fundamentado [...] Para se decretar essa modalidade de prisão cautelar, não se admite a hipótese clássica de motivação econômica, que não está pautada no efetivo diagnóstico de periculosidade, extraído das circunstâncias em que cometido o crime imputado ao paciente

e idôneo par afastar do convívio social pessoa que a autoridade tenha considerado capaz de delinquir novamente. [...]

E continua:

Tem-se admitido que o juiz, ao decretar a custódia, reporte-se ao requerimento do Ministério Público (STJ, HC nº 6.930/PA, 5ª Turma, Rel. Ministro Félix Fischer, DJU n. 37, 25.02.1998, p. 92) ou à “representação” da autoridade policial, desde que, naturalmente, tais manifestações contenham demonstração de todos os requisitos e circunstâncias já estudadas anteriormente.

A prisão preventiva é decretada com a cláusula rebus sic stantibus: se o juiz verificar o desaparecimento das circunstâncias que ensejaram a prisão preventiva, a sua ordem pode ser revogada. Tal revogação pode se dar a qualquer tempo, assim como nova decretação, se sobrevierem razões que a justifiquem. (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 205-206).

Percebe-se ser esta medida sempre possível de mutação, entretanto para que se possa alterá-la, deve-se primeiramente o magistrado fundamentar a sua decisão, conforme estabelece o artigo 315 do Código de Processo Penal, in verbis: “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”, abre-se assim, margem às interpretações do magistrado quanto a possibilidade ou não da decretação de liberdade provisória em crimes tidos como inafiançáveis, quando não cabível a decretação da prisão preventiva, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, ao passo que, encontra óbice em outro princípio constitucional, qual seja, o da proporcionalidade.

#### 4.2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Pelo princípio da proporcionalidade o magistrado fundamenta a aplicação das medidas cautelares. Nas palavras de Lopes Júnior (2012, p. 31) o magistrado “deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem

perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*”, e continua:

Ainda que tenham origens diferentes, razoabilidade (Estados Unidos) e proporcionalidade (Alemanha) guardam entre si uma relação de fungibilidade [...]. A primeira diz respeito à lógica do ato em si mesmo, enquanto a segunda exige consonância com a Constituição. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 32)

Conforme visto acima, o princípio da proporcionalidade guarda em si uma relação com o da razoabilidade, devendo o magistrado ponderar entre a aplicação da sanção atribuída ao acusado e a medida cautelar que será imposta, posto que o acusado não poderá ser submetido a uma medida cautelar considerada mais gravosa do que a sanção pena final aplicada em caso de condenação.

Esclarece ainda Lopes Júnior (2012, p. 32), que o mencionado princípio poderá ser dividido em três subprincípios, sendo importante trazer a baile esta divisão:

Necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema.[...] A necessidade preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja.[...]

E segue:

A proporcionalidade em sentido estrito significa o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação. De um lado, o imenso custo de submeter alguém que é, presumidamente, inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença, e, de outro lado, a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes. (LOPES JÚNIOR 2012, p. 32)

Nesse sentido, cabe destacar que o nosso Código de Processo Penal, em seu artigo 282, prevê que as medidas cautelares previstas no Título IX do mesmo Código devem ser aplicadas pelo magistrado tendo por base e observando:

- I- a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II- a adequação da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Nota-se que o legislador ao estabelecer estas séries de critérios, preocupou-se em ser atendido princípio da proporcionalidade, que deverá ser analisado pelo magistrado para a aplicação do instituto da liberdade provisória.

Outro princípio que se faz presente quanto à aplicação do instituto da liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis, é o princípio da presunção de inocência.

Previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme narra Lenza (2010, p.786), 'nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência presumida, cabendo ao MP ou a parte acusada (na hipótese de ação privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação deverá ser julgada improcedente”.

Dai indaga-se, a prisão preventiva, ao ser decretado pelo magistrado, estaria de fato violando o princípio da presunção de inocência?

Nosso Código Processual Penal de 1941, ao discorrer sobre a prisão antes do trânsito em julgado, dava ao magistrado a possibilidade de antecipar a responsabilidade criminal, bastava existir elementos consistentes que cumprissem a existência do fato, autoria, tipicidade e culpabilidade, Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreu significativas mudanças no direito processual criminal brasileiro.

A primeira refere-se ao estado de inocência, que conforme dito acima, ninguém poderá ser considerado culpado antes de sentença penal condenatória, e a segunda encontra-se na segurança dada pelo legislador em garantir que toda decretação de prisão deverá ser devidamente fundamenta pela autoridade judiciária competente. Assim sendo, apenas será determinada a prisão do indivíduo, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, se devidamente fundamentada ou como forma de proteção à instrução processual. Nessa linha de raciocínio assevera Eugênio Pacelli (2004, p. 489-492):

[...] A prisão em flagrante delito autorizava o juízo de antecipação da responsabilidade penal (autoria, tipicidade, culpabilidade e existência do fato), com força suficiente para a manutenção da custódia do apripionado como decorrência única da situação flagrancial. Por isso a atribuição do predicado provisória para a liberdade e não para a prisão. [...] É dizer: provisória porque provavelmente a condenação, ao final do processo, viria pôr fim àquela situação de liberdade tolerada.

[...]

Com a Constituição Federal de 1988, duas consequências imediatas se fizeram sentir no âmago do sistema prisional, a saber: a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

E segue:

[...]

E assim é porque o reconhecimento da situação jurídica de inocente (art. 5º, LVII) impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação de liberdade, posto que só o Judiciário poderá determinar a prisão de um inocente. E, mais, que essa fundamentação seja construída em bases cautelares, isto é, que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da indispensabilidade e da necessidade da medida.

[...] toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve também ser considerada uma prisão cautelar. Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública. Assim, a prisão que não decorra de sentença passada em julgado, será, sempre, cautelar e também provisória.

[...]

E por se tratar de prisão de quem deve ser obrigatoriamente considerado inocente, à falta de sentença penal condenatória passada em julgado, é preciso e mesmo indispensável que a privação da liberdade seja devidamente fundamentada pelo juiz e que essa fundamentação esteja relacionada com a proteção de determinados e específicos valores igualmente relevantes.

A reserva da jurisdição, ou seja, a atribuição expressa à ordem escrita de autoridade judicial é perfeitamente compreensível, já que, em qualquer Estado Democrático de Direito, e ao Judiciário que se atribui a missão de tutela dos direitos e garantias individuais, ou das ainda chamadas liberdades públicas (garantias do indivíduo em face do Estado).

Ao final conclui:

[...]

Assim, as privações da liberdade antes da sentença final devem ser judicialmente justificadas e somente na medida em que estiverem protegendo o adequado e regular exercício da jurisdição penal. Pode-se, pois, concluir que tais prisões devem ser cautelares, acautelatórias do processo e das funções da jurisdição penal. Somente aí se poderá legitimar a privação da liberdade de quem é reconhecido pela ordem jurídica como ainda inocente. (OLIVEIRA 2004, p. 489-492)

Cumpre destacar, que o STF já pacificou o entendimento de que em caso de execução da pena privativa de liberdade, antes de sentença penal condenatória, contraria o princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, conforme HC 84.078, Relator o Ministro Eros Grau, julgado no dia 05/02/2009 (Informativo 534/STF), ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".
2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.
3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.
4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.
5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio

delinqüente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

Processo: HC 84078 MG

Como bem alerta Lenza (2010), deve-se ser ressalvado a eventual possibilidade de haver a decretação de prisão cautelar, em situações devidamente elencadas no Código Processual Penal Brasileiro.

Desta maneira, torna-se ululante a violação ao princípio da presunção de inocência em ser decretada a prisão preventiva do acusado, ou mesmo impedir a

concessão de liberdade provisória em crimes considerados inafiançáveis, como bem estabelece à nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º inciso LXI, ao dispor que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, assim definido em lei”.

#### 4.3 A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS

Como bem já aludido acima, a lei estabelece que em determinadas infrações penais não se pode conceder de liberdade provisória com fiança, sendo estas infrações denominados de crimes inafiançáveis, conforme estabelecido em capítulos anteriores.

Dessa constatação, percebe-se o surgimento de diversas indagações em relação ao tema. Dentre as quais a de que a proibição em conceder liberdade provisória nos crimes inafiançáveis seria constitucional? Ou violaria o princípio da presunção de inocência?

Vale ressaltar, que o princípio e a proibição são consideradas normas constitucionais, deve-se ponderar, ainda, que nenhum princípio é considerado totalmente absoluto. Nota-se que a legislação brasileira deu aos crimes considerados inafiançáveis uma conotação de elevada gravidade em relação as demais infrações penais face à preocupação com a garantia da ordem social e a preservação da segurança pública, em desatino com o princípio constitucional da presunção da inocência.

Por outro lado, surge grande celeuma doutrinária quanto à possibilidade de concessão do instituto da liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis. Sobre o tema diverge a doutrina, para Capez (2011, p. 06) temos que:

Em se tratando de infrações inafiançáveis, como crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas etc., não havendo necessidade de prisão preventiva, nem de providências cautelares alternativas, também caberá liberdade provisória. Só que aqui não existe a possibilidade de o juiz optar pela fiança, já que esta é vedada para tais crimes. [...] mesmo que o juiz queira impor uma fiança de 200 mil salários-mínimos para um traficante, a lei o impedirá, pois se trata de crime

inafiançável.

Nesse sentido esclarece Eugênio Pacelli (2013, p. 550-551):

O fato de não ser permitida para determinados crimes a liberdade com fiança, daí serem inafiançáveis, não poderá significar nunca a impossibilidade da aplicação da liberdade provisória sem fiança, tal como admitida no próprio texto constitucional (art. 5º, LXVI), porque tal implicaria a interpretação da norma constitucional a partir da legislação ordinária, o que é absolutamente inadmissível e mesmo impensável. [...]

E continua:

O problema todo somente existe em razão do fato de, atualmente, o regime de liberdade provisória sem fiança ser imensamente mais favorável e menos oneroso que o regime de liberdade provisória com fiança. Nada mais. Enquanto na liberdade provisória com fiança, além da prestação desta, são também exigidos o comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, e ainda a comunicação prévia de mudança de endereço e requerimento de autorização judicial para ausência de sua residência por prazo superior a oito dias, na liberdade sem fiança exige-se tão-somente o comparecimento a todos os atos do processo. E, mais. Enquanto a liberdade com fiança somente é cabível, como regra, para crimes mais levemente apenados, a liberdade sem fiança é possível para delitos mais graves. A contradição é mesmo patente. Todavia, ainda que assim seja, o fato é que nada impede a alteração legislativa desse estado de coisas. (OLIVEIRA, 2013, p. 550-551.)

Nessa linha de raciocínio, elenca Tourinho Filho (2012, p. 601-602) que:

A Lei n. 8.072/90 estabeleceu no seu art. 2º, II, que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória. Insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, os crimes definidos nas Leis n. 9.613, de 3-3-1998, e 9.034, de 3-5-1995, bem como os crimes definidos nos arts. 16, 17 e 18 da Lei n. 10.826, de 22-12-2003.

E segue:

Se toda e qualquer prisão provisória descansa, inquestionavelmente, na necessidade, a proibição da liberdade, nesses casos, mesmo ausentes os motivos para a decretação da prisão preventiva, é um verdadeiro não senso e violenta o princípio constitucional da presunção de inocência. Por isso mesmo a Lei n. 11.464/2007 expunziu do inc. II do art. 2º da Lei n. 8.072/90 a proibição da liberdade provisória. Em se tratando de crime contra a economia popular e crime de sonegação fiscal, não se aplica a regra do parágrafo único do art. 310 do CPP. Nesses casos, diz a Lei n. 8.035, de 27-4- 1990, que a liberdade somente poderá ocorrer mediante fiança a ser arbitrada pelo Juiz... (TOURINHO FILHO, 2012, p. 601-602.)

Ainda completa Nucci (2009, p. 648), ao falar sobre o artigo 5º, inciso XLII, estabelecia que:

São inafiançáveis os delitos de racismo – embora caiba liberdade provisória, sem fiança, confirmando o sistema contraditório que vivemos. Por outro lado, o mesmo artigo, no inciso XLIII, determinou serem inafiançáveis a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos. Nessas situações, a Lei 8.072/90 (art. 2º, II) cuidou de vedar, com atual redação (dada pela Lei 11.464/2007) apenas a liberdade provisória, com fiança. Apesar de rigorosa a disposição, ao menos não há contradição, pois não se solta nem com fiança, nem sem o pagamento da fiança. O inciso XLIV considera inafiançável a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, o que não deixa de ser uma forma de terrorismo.

Em posicionamento acerca do tema Eugênio Pacelli (2011, p. 67 e 68) acrescenta:

O argumento: se couber a liberdade provisória sem fiança para crimes inafiançáveis, haveria manifesta desigualdade no tratamento dos presos provisórios, já que se destinaria um regime de liberdade menos gravoso (sem fiança) para crimes mais graves (hediondos, drogas etc.) enquanto, para crimes menos graves, se poderia impor medidas mais onerosas (com fiança). O raciocínio, do ponto de vista lógico, está correto. Mas, do ponto de vista jurídico ele é limitado. É que a questão atinente às restrições de direito e, enfim, à liberdade provisória daquele aprisionado em flagrante, constitui matéria de conformação legislativa. Explicamos: cabe à Lei estabelecer os diversos regimes de liberdade, segundo seja a maior ou menos gravidade do crime e segundo seja a maior ou menos necessidade da medida cautelar. A legislação brasileira não poderia se julgar subordinada à péssima e indevida escolha de palavras do texto

constitucional, sobretudo porque a liberdade provisória é e sempre foi uma medida cautelar e não um benefício generosamente concedido pelo Estado. Toda restrição de direitos fundamentais exige ordem judicial escrita e fundamentada. A afirmação, no texto constitucional, no sentido de que determinados crimes seriam inafiançáveis, não apresenta, necessariamente, um obstáculo intransponível à restituição da liberdade. Bastaria que o legislador, posterior à Constituição, estabelecesse um regime de cautelares diversos da fiança para os tais delitos inafiançáveis, mas igualmente eficientes. [...]

Mas, pode-se querer especular um pouco mais sobre as reais intenções do constituinte. Não terá sido a sua intenção a proibição de restituição da liberdade àquele aprisionado sob suspeita ou sob acusação da prática de um daqueles delitos inafiançáveis? Afinal, o constituinte não pode tudo? A resposta há de ser negativa. E, sobretudo, quando ele, no mesmo texto, institui garantia individual incompatível com a literalidade de qualquer proibição ou de restrição de direitos. [...]

Ainda Completa:

A Lei 12.403/11, nesse contexto, reforça tudo aquilo que vem de afirmar, prevendo medidas cautelares alternativas, tanto à prisão quanto à fiança, oferecendo às partes e ao magistrado um leque mais amplo de opções na tutela da efetividade do processo. (OLIVEIRA, 2011, p. 67-68.)

Com base nos posicionamentos doutrinários acima narrados, percebe-se que para eles não há que se falar em vedação quanto a possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança em crimes tidos como inafiançáveis. Tanto que, com o advento da Constituição Federal de 1988, já era possível a concessão de liberdade provisória sem estipulação de fiança.

Destarte, que o texto da Constituição Federal de 1988 apenas consolidou a inafiançabilidade de determinadas condutas tidas com gravosa, o significa, apenas, a impossibilidade de conceder liberdade provisória com estipulação de fiança.

Nesse sentido, esclarece lury Vitor Romero (2011, p.03-04):

[...] Inafiançabilidade não diz nada mais que a impossibilidade de concessão de fiança (não fosse desta forma, a Constituição faria afirmação expressa o art. 310, parágrafo único do CPP). É notório que o legislador peca ao redigir diversos artigos, cabendo portanto aos doutrinadores desvendar e divulgar o verdadeiro sentido de normas mal redigidas, analisando-as conforme os princípios gerais de direito a fim de apontar os verdadeiros rumos que devem ser

seguidos. Partindo para outro prisma da inafiançabilidade, é de se notar que nossa Constituição em nenhum momento recepcionou a prisão cautelar obrigatória, muito ao contrário, garante como direito fundamental autoaplicável à presunção de inocência. [...]

E conclui:

Ora, toda prisão antes do trânsito em julgado é cautelar, e, assim, sendo deve ser devidamente fundamentada sob pena de se tornar antecipação de pena. [...]

De todo o exposto, denota-se que a tentativa de vedação da liberdade provisória é flagrantemente inconstitucional, não havendo fundamento algum para que se afirme o contrário. (MACHADO, 2011, p. 04)

Ante o exposto, consta-se que grande parte da doutrina entende que a única vedação imposta no texto constitucional refere-se à aplicação do instituto da fiança, não sendo apenas cabível a liberdade provisória com fiança. Todavia, nada impede que o magistrado, ao analisar o caso concreto, conceda liberdade provisória sem estipulação de fiança.

Contudo, há de se concluir que o legislador constituinte, ao estabelecer a inafiançabilidade a determinados crimes, não tinha por objetivo impedir a concessão de liberdade provisória sem fiança, a esses determinados crimes.

Entretanto, existe parte da doutrina que entende haver uma proibição constitucional quanto a aplicação do instituto da liberdade provisória aos crimes inafiançáveis, não apenas na modalidade com fiança, mas sim em qualquer tipo de liberdade provisória, haja vista o posicionamento da Procuradora Regina Belgo (2010, p. 04-05) que assim defende:

[...] em se tratando de crimes hediondos, não há que se falar em nulidade da decisão ou em constrangimento ilegal por falta de motivação, porque a manutenção da prisão decorre do próprio ordenamento jurídico, sem necessidade de verificar a presença dos pressupostos da medida externa.

Dessa forma, se a legislação proíbe a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos presos em flagrante pela prática de crimes hediondos, totalmente desnecessária a fundamentação. Os autores desses delitos devem permanecer presos porque assim determina a legislação em vigor. [...]

Assim, o ordenamento jurídico (constitucional/infracostitucional) diz que não cabe liberdade provisória no caso de crimes hediondos e a

eles equiparados (premissa maior). A é preso em flagrante pela prática de crime hediondo (premissa menor). Logo (conclusão), A não pode ser beneficiado com a liberdade provisória.

[...]

Ou o crime é hediondo e por isso merece tratamento diferenciado, mais gravoso, ou não haveria necessidade de destacá-lo dos demais. Como vimos, é a Carta da República que determina que “a lei considerará inafiançáveis os definidos como hediondos”.

O Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional guardião da Constituição, consolidou o entendimento de que a vedação à concessão da liberdade provisória aos acusados da prática de crimes hediondos decorre da própria Constituição Federal. Vem afirmando, reiteradamente, também, que a supressão da expressão “e liberdade provisória” da Lei de Crimes Hediondos não tem relevância diante do ordenamento constitucional, tratando-se de mera alteração textual. Não bastasse isso, o STF ainda deixa claro que inconstitucional seria a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a praticantes de delitos com relação aos quais a Carta Magna vedava a concessão de fiança.

[...]

E destaca:

Não podemos deixar de mencionar a divergência existente no Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria. Realmente, enquanto a Quinta Turma segue na mesma linha do Supremo Tribunal Federal, a Sexta Turma tem proclamado que, mesmo nas hipóteses de crimes hediondos ou eles equiparados, é imprescindível que se demonstre, com base em elementos concretos do processo, a necessidade da custódia, nos termos do art. 312 do CPP. (BELGO, 2010, p. 05)

Cumprido descrever que acerca da matéria o Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca do assunto, conforme ementa de julgado proferido por esta corte, que assim entende:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu ao comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como

crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual. A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável à espécie vertente.

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Paciente, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar. Precedentes.

5. Ordem denegada.

Processo: HC 104337 PE

Ante todo o exposto, e dentre todas as garantias constitucionais suscitadas neste trabalho, parece ser mais bem delineado os posicionamentos da corrente majoritária acerca do tema sob análise, tendo em vista que, caso não reconhecesse a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança em crimes considerados inafiançáveis, estaria diante de uma grande insegurança jurídica, haja vista que proibiria a sua concessão em crimes inafiançáveis, ao passo que, afirma o constituinte de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVI, que a todos será sempre admitida à liberdade provisória com ou sem fiança.

Contudo, em interpretação ao texto constitucional, conforme artigo acima aludido percebe-se que caso uma lei dispuser de forma expressa a não possibilidade de concessão de liberdade provisória, seja com ou sem fiança, e fortes fundamentes que ensejasse tal medida, esta proibição não seria tida como inconstitucional.

Conforme aduz o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, este é claro em afirmar que apenas será concedida liberdade provisória "quando a lei admitir", ou seja, caso não tenha previsão para sua concessão, ela não será tida

como constitucional, em razão da Constituição Federal assim determinar.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que se chegasse ao fim deste trabalho monográfico, concernente a concessão de liberdade provisória aos crimes inafiançáveis, face as alterações legislativas introduzida com o advento da Lei 12.403/2011, bem como a sua análise frente aos princípios e preceitos constitucionais, se fez necessário o estudo pormenorizado de cada um desses elementos de forma individualizada, e, ainda, o de outros assuntos associados ao tema, sempre com o objetivo de, ao termino, estabelecer a relação existente entre ambos.

No que tange a liberdade provisória, foi demonstrado os principais aspectos, dentre os quais as suas origens e evoluções históricas, os conceitos, bem como suas considerações sob a ótica da própria Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 2.848/40), sendo o mesmo estudado antes e depois da reforma introduzida pela lei 12.403/2011, e ainda foi abordada a possibilidade de vinculação desse instituto com outras medidas cautelares.

Já no tange a fiança, não diferente da liberdade provisória, foram apresentadas as suas peculiaridades, desde a sua origem histórica, conceito e natureza jurídica. Até os crimes tidos por afiançáveis, como também, as hipóteses de inafiançabilidade e de forma mais incisiva as hipóteses de cabimento e aplicação desse instituto.

E por fim, foi exposta a concessão de liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis, nesse ponto foi analisado as alterações realizadas com o advento da lei 12.403/2011, bem como suas implicações com os preceitos constitucionais vigentes. Ficou discutido e analisado neste capítulo o instituto da prisão preventiva, levando-se em conta os seus pressupostos, fundamentos e hipóteses de cabimento, haja vista a íntima relação com a aplicação da liberdade provisória. Também foi dada ênfase aos princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência, que deveram ser ponderados pelo magistrado na concessão ou não da liberdade provisória nos crimes inafiançáveis.

Dos objetivos suscitados inicialmente, foi possível compreender as repercussões e decorrências das mudanças dos institutos da liberdade provisória e da fiança no ordenamento jurídico brasileiro, além de identificar os limites de atuação jurisdicional nos crimes inafiançáveis, em decorrência da alteração

legislativa introduzida pela lei 12.403/2011. Foi também possível relacionar as críticas da intervenção do Poder Judiciário, nos crimes inafiançáveis e sua concessão de liberdade provisória, em comparação com os crimes de menor gravidade e por fim estudar os Princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência face às alterações introduzidas pela lei 12.403/2011.

Depreende-se do estudo realizado, que a aplicação do instituto da liberdade provisória, seja ela com ou sem fiança, esta revestido de forte conotação social, haja vista que os indivíduos que praticam determinadas infrações penais ou mesmo são acusados de tê-las praticadas, em caso de subsunção aos pré-requisitos legais, podem responder ao processo em liberdade.

Como resultado da pesquisa, percebe-se que a hipótese inicialmente levantada restou confirmada, ou seja, de ser possível a concessão de liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis face às alterações legislativa introduzidas pela lei 12.403/2011, tendo em vista que, caso não reconhecesse a possibilidade de sua concessão, estaria o legislador constituinte diante de uma grande contradição legislativa o que poderia gerar forte insegurança jurídica, haja vista que a proibição de sua concessão em crimes inafiançáveis, estaria de encontro com a Constituição Federal de 1988, isto porque em seu artigo 5º, inciso LXVI, dispõe que a todos será sempre admitida a liberdade provisória, seja com ou sem fiança, ou seja, afetaria os preceitos constitucionais, bem como o princípio da presunção de inocência.

Entretanto, cumpre acrescer que caso uma lei infraconstitucional vir a proibir a concessão de liberdade provisória para determinada infração penal, não seria esta, em tese, inconstitucional, tendo em vista que o próprio texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LXVI, é claro em afirmar que apenas será concedida liberdade provisória “quando a lei admitir”, ou seja, caso a lei infraconstitucional vir a proibir a sua concessão, esta não será atacado por uma ação declaratória de inconstitucionalidade, em razão da Constituição Federal assim o determinar.

Forçoso se faz, portanto, afirmar que a aplicação da liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis, se mostra de forma mais vantajosa do que no crime afiançável, já que esta possibilidade de concessão não esta vinculada a figura da fiança.

Assim, com base na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVI, e como forma de cumprir os anseios da sociedade, nada impede a criação de uma lei

infraconstitucional, que impeça a concessão de liberdade provisória, seja com ou sem fiança aos crimes tidos por inafiançáveis.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 12 de mar. de 2014.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 12 de mar. de 2014.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 03 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal.** 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: 12 de mar. de 2014.

BRASIL. LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 12 de mar. de 2014.

BRASIL. LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977. **Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6416.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6416.htm)>. Acesso em: 12 de mar. de 2014.

BRASIL. LEI Nº 8.072, 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.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 12 de mar. de 2014.

**BELGO, Regina. Liberdade provisória – obrigatoriedade de fundamentação da decisão que negar o benefício – desnecessidade de fundamentação em se tratando de crimes hediondos. CONAMP, DF, fev.2010.** Disponível em: <

<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=177&Source=http%3A%2F%2Fwww%2Econamp%2Eorg%2Ebr%2FLists%2Fartigos%2FAllItems%2Easpx>>  
Acesso em: 12 de mar. 2014.

**BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 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: 12 de mar. de 2014.

**BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.** Processo: HC 104337 PE. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 01/02/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-044 DIVULG 04-03-2011 PUBLIC 09-03-2011: Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18381696/habeas-corpus-hc-104337-pe>>.  
Acesso em: 12 de mar. de 2014.

**BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.** Processo: HC 84078 MG Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 05/02/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010. Disponível

em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em: 12 de mar. de 2014.

CAPEZ. Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ. Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FEITOZA. Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FEITOZA. Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **A fiança criminal e a constituição federal**.

Revista Justitia, São Paulo, jul./set.1991. Disponível em:

<<http://www.justitia.com.br/revistas/40b7z3.pdf>>. Acesso em: 12 de mar. de 2014.

JUSTEN FILHOS, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris,

2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2012.

MACHADO, Iuri Victor Romero. **A absurda tese da inafiançabilidade como meio pra se negar direitos**. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2011. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8926](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8926)>. Acesso em: 12 de março de 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE. Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA. E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Atualização do processo penal - Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011**. Brasília: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA. Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 02. ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2000.

OLIVEIRA. Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 06. ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004.

OLIVEIRA. Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2008.

OLIVEIRA. Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2013.

SILVA, Matheus Videira da. **Considerações sobre a concessão da liberdade provisória no inquérito policial**. 2008. 63 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2008.

TAVORA. Nestor; ALENCAR. Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. JusPODIVM. Salvador, 2009.

TOURINHO FILHO. **Fernando da Costa Processo Penal**. 25. ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO. **Fernando da Costa Processo Penal**. 32. ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO. **Fernando da Costa Processo Penal**. 33. ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2011.