



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA–
FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISABEL CRISTINA DA SILVA

A LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS

BARBACENA

2012

ISABEL CRISTINA DA SILVA

LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título
em bacharel em Direito

Orientadora: Prof^a Esp. Josilene Nascimento Oliveira

BARBACENA

2012

Isabel Cristina da Silva

LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Esp. Josilene Nascimento Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof^a. Esp. Odete Araújo Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof^a Esp. Rosy Mara Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico este trabalho aos meus pais e irmãos, que me apoiaram durante todos os momentos de dificuldade, me deram força e demonstraram confiança. À minha orientadora, pela paciência e disponibilidade e a todos que, de alguma forma, contribuíram para o meu êxito.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, por ter me mantido em pé e me dado força quando várias vezes quis desistir.

Agradeço aos meus pais e irmãos, pela oportunidade, companheirismo, incentivo e ajuda nos momentos de maior dificuldade.

Aos amigos e colegas, pelas palavras de apoio, auxílio e amizade, por terem tornado essa jornada de minha vida mais agradável.

À minha orientadora Josilene Nascimento Oliveira, pela paciência, ensinamento, disponibilidade e dedicação dispensados no auxílio à concretização dessa monografia.

Por fim, agradeço às dificuldades que encontrei durante o caminho, em razão delas pude continuar minha caminhada.

Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas, de seguir passo a passo as circunstâncias, deixando a elas a palavra, abstendo-se rigorosamente de impressões subjetivas e não antecipando nada.

Rui Barbosa.

RESUMO

A liberdade provisória é a medida que restitui a liberdade do preso durante a fase investigativa e a fase processual da persecução penal. Com o advento da Lei 12.403/2011, há a possibilidade de sua concessão vinculada às medidas cautelares alternativas, diversas da prisão. Bem como também poderá ser concedida mediante pagamento de fiança ou sem o pagamento de fiança, vinculada a obrigações impostas pela lei. A Constituição Federal traz um rol de crimes inafiançáveis, aos quais não é permitida a concessão de liberdade provisória com fiança. O presente estudo visa esclarecer os pontos divergentes acerca da liberdade provisória nos crimes inafiançáveis, objetivando demonstrar as dúvidas e aprofundar certezas sobre o tema. Conforme se verá no transcorrer desta monografia, há limites constitucionais sobre a prisão, contudo, a Carta Magna abre brecha para que lei posterior possa vedar a concessão da liberdade provisória. A pesquisa foi feita com base em doutrinas, artigos científicos e a legislação relacionada ao tema.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Prisão Preventiva. Liberdade Provisória. Crimes inafiançáveis - Fiança. Lei 12.403/2011.

ABSTRACT

The bail is a measure that restores the freedom of imprisoned during the investigative stage of the proceedings and the prosecution. With the approval of the law 12.403/2011, there's a possibility of it's grant with some alternatives precautionary measures of prison. And may also be granted on bail or without bail, bound by obligations imposed by law. The Federal Constitution provides a list of crimes unbailable, which is not permitted to grant provisional release on bail. The present study aims to clarify the divergent points about parole for crimes unbailable, aiming to demonstrate the doubts and certainties further on the subject. As discussed in the course of this monograph, there are constitutional limits about the prison, however, the Constitution opens loophole for subsequent law can seal the provisional release. The research was based on doctrines, scientific articles and the legislation related to the theme.

Keywords: Criminal Procedural Law. Preventive Detention. Provisional Freedom. Crimes Unbailable – Bail. Law 12.403/2011.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..	13
2.1 Antecedentes históricos	13
2.2 Conceito	14
2.3 Espécies.....	14
2.3.1 Antes da reforma do Código de Processo Penal.....	14
2.3.2 Depois das modificações feitas pela Lei nº 12.403/11	17
2.3.2.1 Possibilidade de vinculação com as medidas cautelares	21
3 A FIANÇA NO SISTEMA BRASILEIRO.....	25
3.1 Conceito	25
3.2 Natureza jurídica.....	25
3.3 Cabimento	26
3.4 Os crimes inafiançáveis.....	29
4 A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ...	31
4.1 Prisão preventiva: Pressupostos, fundamentos e cabimento	31
4.2 Presunção de inocência	36
5 A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS	39
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

A liberdade provisória é uma exceção à prisão, ela é como uma restituição à liberdade.

Parte-se da premissa de que a Constituição Federal de 1988 instituiu um rol taxativo em que relaciona crimes dados como não passíveis de fiança. Neste ínterim, pressupõe-se que o constituinte considera tais crimes como que de uma gravidade sem igual, fazendo com que não se aplique fiança para se conceder a liberdade provisória de seus autores.

Isto porque a fiança é uma das medidas impostas pelo legislador para que se conceda a liberdade provisória do preso. Em razão disso, a Lei Maior dispensou tratamento diferenciado, vez que se trata de crimes com maior gravidade.

Dessa maneira, considerando que tais crimes são tidos como inafiançáveis, uma vez cometidos, não se encontraria presente a possibilidade de sua liberdade provisória com arbitramento de fiança.

Entretanto, seguindo uma lógica de raciocínio, é manifestamente desigual a concessão da liberdade provisória sem fiança aos crimes inafiançáveis. E assim o é, porque se arbitrada fiança como forma de se conseguir a liberdade para um crime menos gravoso, por que, diante de um crime tão gravoso que se considera inafiançável, como por exemplo, a extorsão qualificada pela morte, a liberdade seria concedida sem a medida da fiança?

Fato é que a Constituição não prevê a não concessão de liberdade provisória para os autores dos crimes inafiançáveis, discorrendo apenas sobre a não concessão de fiança para presos sob suspeita de tais crimes.

Para que se possa, então, proibir a concessão de liberdade provisória para os indigitados que praticarem crimes inafiançáveis seria necessário uma nova lei, modificando as já existentes, em que proibiriam tal restituição à liberdade?

Seria necessário, então, demonstrar possibilidades jurídicas para proibir a concessão da liberdade provisória nas prisões em flagrante delito, discutindo sobre a necessidade da não aplicabilidade da liberdade provisória nos crimes inafiançáveis, tendo em vista a gravidade, o grande grau de lesividade que esses delitos têm diante da sociedade.

Posto isso, forçoso reconhecer a necessidade de se aprofundar na presente pesquisa, considerando as várias divergências no que concerne à concessão ou não da liberdade provisória nos crimes inafiançáveis.

A realização do presente trabalho visa demonstrar os elementos constitucionais que pairam sobre o tema, buscando esclarecer fiança, liberdade provisória, prisão preventiva e analisar as correntes que tratam sobre o assunto.

E, por fim, então, esclarecer sobre qual a melhor forma para se contribuir na eliminação dessas divergências e buscar uma resposta para tal dúvida.

2 A LIBERDADE PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Antecedentes históricos

Segundo Oliveira (2000 *apud* ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 405) “desde os tempos mais remotos da sociedade politicamente organizada, o processo criminal cuidou da questão da supressão da liberdade antes da decisão condenatória definitiva e, também, assim, da restauração dela, após a prisão em flagrante.”. Entretanto, “foi a partir da Lei das Doze Tábuas que adquiriu contornos definitivos, transmudando-se em direito do imputado” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 590).

Consoante Oliveira (2000), a legislação imperial contemplou a liberdade provisória apenas na sua modalidade de fiança e, com a promulgação do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, se fez claro ao dizer de forma expressa que a única modalidade aceita para que o réu se livre solto era a fiança.

[...] 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 malefícios indeléveis 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. (OLIVEIRA, 2000, p. 63-64).

O que se pode notar com os ensinamentos de Oliveira (2000) é que, promulgado o Código de Processo Penal de 1941, com a tradição advinda das legislações da Colônia e do Império, só era permitido a restituição da liberdade ao preso em flagrante, mediante prestação de fiança, que consistia em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos de dívida pública ou em hipoteca. Seria decretada sua perda parcial quando houvesse o descumprimento de qualquer das condições impostas na soltura e haveria perda integral, quando não se apresentasse à prisão após a condenação. Também era prevista apenas em crimes, cuja pena era mínima e, então, considerados de menor gravidade.

[...] 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. (OLIVEIRA, 2000, p. 67)

2.2 Conceito

A liberdade é a regra em nosso ordenamento jurídico, configurando um direito fundamental estabelecido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. No entanto, não se trata de um direito absoluto, podendo ser limitada, nas circunstâncias expressamente admitidas em lei.

A liberdade provisória é um estado mediador entre a real liberdade de um cidadão e a prisão processual. Trata-se de medida prevista no artigo 5º, LXVI, da Constituição Federal, utilizada em substituição à prisão provisória do acusado, sendo corolária do princípio da presunção da não culpabilidade.

Nas lições de Nucci (2009, p. 320-321):

Liberdade Provisória é a liberdade concedida ao indiciado ou réu, preso em flagrante ou em decorrência de pronúncia ou sentença condenatória irrecorrível, que, por não necessitar ficar segregado, provisoriamente, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, deve ser liberado, sob determinadas condições. O fundamento constitucional é encontrado no art. 5.º, LXVI.

Denomina-se de provisória esta liberdade, não sendo a mesma completa, porque ela pode ser revogada a qualquer momento, se fizer necessária a prisão cautelar.

Nesse sentido, Tourinho Filho (2008, p.551):

Diz-se *provisória* tal liberdade porque é revogável e se encontra sujeita a condições resolutórias de natureza e caracteres vários, como teremos a oportunidade de ver. Enquanto não findar o processo, aquele que estiver no gozo de liberdade provisória continua vinculado ao processo, cumprindo as obrigações que lhe foram impostas, sob pena de revogação.

2.3 Espécies

2.3.1 Antes da reforma do Código de Processo Penal

Duas eram as espécies de liberdade provisória antes das modificações trazidas pela Lei nº 12.403/11, quais sejam: a liberdade com fiança e a liberdade sem fiança, subdividindo-se esta em vinculada e não vinculada.

De acordo com os ensinamentos de Nucci (2009), Oliveira (2004) e Tourinho Filho (2011), entende-se por liberdade provisória sem fiança vinculada aquela que tinha previsão no artigo 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, bem como a hipótese elencada no artigo 350 do mesmo codex. Diz-se vinculada porque o réu/indiciado deveria assinar termo de comparecimento a todos os atos processuais e, caso não comparecesse, a liberdade era revogada.

A primeira hipótese de concessão dessa modalidade de liberdade provisória era quando a pessoa fosse presa em flagrante e o magistrado havia cometido o fato amparado por uma das excludentes da antijuridicidade, previstas no artigo 23 do Código Penal, que são: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal.

A segunda hipótese de liberdade provisória sem fiança e vinculada foi acrescentada pela Lei nº 6.416/77, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 310 do CPP, estabelecendo que caberá referida liberdade se não existirem nenhuma das hipóteses para decretação da prisão preventiva.

Essa última hipótese de cabimento inovou o sistema processual penal à época, uma vez que, naqueles tempos, antes de sua inclusão, a liberdade provisória com fiança era a única cabível quando não fosse o caso de prática de crime sob o amparo de alguma excludente de ilicitude.

Com a aplicação do parágrafo único do artigo 310 do CPP, em não havendo pressupostos para a decretação da prisão preventiva, hipóteses que se encontravam nos artigos 311 e 312, ambos do mesmo diploma legal, que são abordadas em capítulo próprio, o juiz deveria conceder a liberdade provisória, após ouvir o Ministério Público.

Também podia ser concedida liberdade provisória sem fiança e vinculada nos casos que se enquadrassem no artigo 350 do Código de Processo Penal. Referido dispositivo legal dá ao juiz uma autorização para conceder a liberdade provisória sem fiança, sob as condições previstas nos artigos 327 e 328 do CPP, bem como mediante a obrigação de o liberando não se aventurar a nova prática de infração penal, sob pena de revogação da liberdade. O magistrado terá essa autorização quando o réu/indiciado for pobre e não tiver condições de arcar com o valor da fiança, sem prejudicar a sua própria subsistência.

Cumprе ressaltar que, no texto da lei, o legislador utiliza de forma equivocada o verbo poder, ao se referir à concessão da liberdade provisória pelo magistrado. Isto porque a liberdade, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória é a regra, sendo assim

um direito do agente (réu/indiciado) e, havendo a possibilidade de se concedê-la, é dever do juiz o fazer.

Noutro giro, tem-se o instituto da liberdade provisória sem fiança não vinculada, que ocorreria nas hipóteses dos incisos do artigo 321 do CPP, que estabelecia:

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.

A primeira circunstância em que era cabível a liberdade provisória é quando a infração praticada pelo agente não cominasse em seu preceito secundário pena privativa de liberdade. Considerando que crimes são as infrações punidas com pena de reclusão ou detenção e contravenções penais, as infrações punidas com prisão simples ou multa, consoante estabelece o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, há de se convir que o legislador quis retratar nessa hipótese as contravenções penais.

Ora, nada mais lógico. Uma vez que a pena de multa tem caráter pecuniário, seria totalmente contraditório admitir a prisão provisória. A própria Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) estabelece que ao agente autuado em flagrante por contravenção penal, deverá ser concedida liberdade provisória, na medida em que essas contravenções admitem as medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/95, dispensando, inclusive, o auto de prisão em flagrante quando há o comprometimento do autuado de comparecer ao Juizado Especial.

A segunda circunstância em que era possível a liberdade provisória sem fiança e vinculação diz respeito às infrações que têm pena privativa de liberdade máxima de três meses. Mais uma vez deparamos com a Lei dos Juizados Especiais, que informa que infrações de menor potencial ofensivo são aquelas em que sua pena máxima não ultrapassa dois anos.

Conforme já dito, aplicável não só às contravenções penais, mas sim às infrações de menor potencial ofensivo em sua totalidade, a lavratura do auto de prisão em flagrante só é cabível quando o autuado não se comprometer a comparecer ao Juizado Especial. Vale destacar, novamente, a lógica do legislador. Por que manter preso um agente durante o decorrer do processo, que muitas vezes costuma durar mais de anos, para ao seu final ser condenado – ainda que a pena máxima de três meses -, e ter sido mantido preso por mais tempo que a própria pena? Pior ainda seria caso esse mesmo agente fosse absolvido.

Já no que tange à liberdade provisória com fiança, a lei não estabelece as hipóteses em que a mesma será aplicada, apenas proibindo sua concessão nas situações descritas nos artigos 323 e 324, do Código de Processo Penal.

A primeira hipótese do artigo 323 será quando o crime for punido com pena de reclusão superior a dois anos. As outras, independentemente de pena, nas contravenções de vadiagem e mendicância; em casos de reincidência em crime doloso; em caso de vadiagem, não a disposta na contravenção, mas sim quando o agente viver na ociosidade, apesar de ter condições de trabalhar; e a última hipótese é em casos de crimes punidos com reclusão que sejam violentos ou provoquem clamor público.

Já o artigo 324 do CPP não traz proibições referentes aos crimes e suas penas. Ele vem estabelecer que em caso de quebra de fiança concedida ou descumprimento das obrigações previstas no artigo 350 do CPP; prisão por mandado do juízo cível, prisão disciplinar, administrativa ou militar; beneficiários de sursis penal ou livramento condicional (exceto quando processados por crime culposos ou contravenção que admita fiança); e quando presentes os pressupostos da preventiva, não será concedida a fiança.

Cabe aqui informar que a autoridade policial poderá conceder a fiança quando se tratar de infrações punidas com detenção ou prisão simples, não havendo a necessidade de se ouvir o Ministério Público. Entretanto, nas demais hipóteses, deverá ser remetido requerimento ao magistrado que terá o prazo de 48 horas para se manifestar.

Em concordância com o que já vimos, após a vigência da Lei 6.416/77, esse instituto ficou esquecido no ordenamento jurídico com a inclusão do parágrafo único do artigo 310 do CPP, até mesmo porque não haveria razão em se conceder a liberdade provisória com fiança, uma vez que mencionado artigo abriu a possibilidade de se conceder a liberdade sem o pagamento da fiança.

2.3.2 Depois das modificações feitas pela Lei nº 12.403/11

Com o advento da Lei nº 12.403, em 04 de maio de 2011, tivemos mudanças significativas no Código de Processo Penal Pátrio. Algumas dessas mudanças se encontram no capítulo da Liberdade Provisória.

Em relação às suas espécies, a liberdade provisória poderá ser concedida com fiança e sem fiança, mantendo as subdivisões desta última em vinculada e não vinculada.

No tocante à Liberdade Provisória sem fiança, três são as modalidades com vinculação, “isto é, mediante termo de comparecimento do beneficiário a todos os atos do processo onde sua presença for exigida.” (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 217).

A primeira hipótese está prevista no parágrafo único do artigo 310 do CPP, não havendo qualquer mudança, na medida em que retrata a situação de o agente cometer a infração sob o amparo de alguma excludente de ilicitude, estipuladas nos incisos do artigo 23 do Código Penal.

Neste caso, deverá o magistrado conceder a liberdade provisória, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo em que for exigida a presença do mesmo.

A segunda hipótese, conforme dispõe o artigo 321 do CPP, se dá quando não estiverem presentes os pressupostos que autorizem a decretação da prisão preventiva. Mencionado dispositivo legal traz uma inovação ao conceder a liberdade provisória, se o magistrado entender necessário, poderá vincular com quaisquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do mesmo diploma legal, as quais serão oportunamente abordadas neste trabalho.

Como terceira hipótese, temos a já conhecida liberdade provisória sem fiança, quando o réu/indiciado for pobre nos ditames da lei. Apesar de se tratar de infrações que admitem o arbitramento da fiança, a lei dispõe que o juiz poderá conceder a liberdade dispensando a fiança, quando se tratar de agente pobre. E por pobre, o legislador quis dizer aquele que não tem condições de arcar com as despesas processuais sem prejudicar sua subsistência e de sua família.

Nesse sentido, são as lições de Demercian e Maluly (2012, p. 219):

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.

Nesta hipótese, sem prejuízo da imposição das medidas cautelares do artigo 319 do CPP, caso se faça necessário, deverá o autuado assumir as obrigações constantes dos artigos 327 e 328 do CPP, que estabelecem:

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 quebramento 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.¹

Com as alterações feitas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011, ainda permaneceu a liberdade provisória sem fiança e sem vinculação, embora tenha sofrido algumas mudanças.

Assim, de acordo com o entendimento de Demercian e Maluly (2012), o agente que comete infração penal a que não for cominada pena privativa de liberdade, deverá livrar-se solto, de acordo com os artigos 283, §1º c/c 309, ambos do CPP. Nesse caso, a autoridade policial deverá formalizar, ao invés de um auto de prisão em flagrante, um termo circunstanciado de ocorrência e encaminhar ao Juizado Especial Criminal. Essa era a hipótese prevista no antigo artigo 321 em seu inciso I do CPP, não sendo feita qualquer modificação pela novel legislação.

A segunda hipótese prevista no antigo texto da lei, que diz respeito às infrações apenadas com pena privativa de liberdade máxima que não ultrapassa três meses, foi excluída com o advento da nova lei. Agora, nesses casos, a autoridade policial poderá arbitrar a fiança ou o agente poderá requerer sua liberdade provisória ao magistrado ou, ainda, em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, observar o rito do Juizado Especial.

A liberdade provisória com fiança permanece com suas hipóteses negativas, ou seja, a lei não diz quando será cabível, mas sim as hipóteses em que não cabe liberdade provisória com fiança.

Previstas no artigo 323 do Código de Processo Penal, as primeiras hipóteses em que não admite a liberdade provisória com fiança são em ocorrência do cometimento de crimes inafiançáveis, vale dizer, racismo; tortura; tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; terrorismo; crimes definidos como hediondos; e os crimes cometidos por grupos armados,

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, em consenso com o já determinado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV.

As últimas hipóteses se encontram elencadas no artigo 324 do CPP e se concretiza quando há quebra de fiança ou quando descumprido, sem justo motivo, as condições mencionadas nos artigos 327 e 328, ambos do CPP; em caso de prisão civil ou militar; e quando se encontrarem presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva.

Temos que quando concedida a fiança ao agente, o juiz irá lhe impor medidas a serem cumpridas no decorrer do processo e que estão previstas no artigo 350 do CPP. “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.” (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 225)

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*.” (NUCCI, 2009, p. 648). As hipóteses de quebramento de fiança encontram-se elencadas no artigo 341 do CPP:

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.²

Como consequência da quebra da fiança, temos:

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. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 643)

No que tange à prisão cível ou militar, ambas possuem caráter diverso da prisão cautelar, assim não seria cabível a prestação de fiança. “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.” (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 225).

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Finalmente, não será, também, concedida a fiança quando estiverem presentes os requisitos para decretação da preventiva. Ora, nada mais lógico. Se a liberdade do réu/acusado for ameaça à sociedade, ao processo ou à lei penal, não poderá ser concedida ao mesmo a liberdade provisória sob pagamento de fiança.

2.3.2.1 Possibilidade de vinculação com as medidas cautelares

Uma das maiores inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011 foi ampliação do rol das medidas cautelares, com a criação de um capítulo próprio para as mesmas.

As medidas cautelares diversas da prisão estão elencadas no artigo 319 do CPP, que dispõe:

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 semi-imputável (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.³

Diante de várias medidas alternativas, Choukr (2011, p. 112) as diferencia em “restrições à liberdade de locomoção e restrição a atividades profissionais (em sentido amplo),[...]”.

No tocante às medidas sobre a liberdade de locomoção, temos as hipóteses dos incisos I a V e IX, do artigo 319 do CPP. Dentre elas, podemos destacar as inseridas nos incisos I, II, III e IV, por serem já conhecidas do processo penal.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

As previstas nos incisos I, II e IV, que se encontram implantadas nos requisitos da concessão do sursis processual e a prevista no inciso III, originariamente inserida na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que é a proibição de contato com determinadas pessoas do processo.

A hipótese do artigo 319, inciso V, do CPP, qual seja, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos, segundo 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.

No que tange à monitoração eletrônica, prevista no inciso IX, o acusado “deverá 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.” (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 215).

Já com relação às outras medidas alternativas, temos a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. O afastamento aqui tratado é das funções públicas entendidas, segundo Choukr (2011 apud JUSTEN FILHO, 2005, p. 45) como:

[...] 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.

Ainda temos a possibilidade de internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-inimputável e houver risco de reiteração. De acordo com o entendimento de 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.

Finalmente, há a possibilidade de imposição de fiança, sem a vinculação direta com a liberdade provisória, mas como forma de garantia de comparecimento do réu/indiciado aos atos processuais, evitar a obstrução de seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial, de acordo com o disposto no inciso VIII, artigo 319 do CPP.

Na oportunidade, cabe abordar questionamentos ainda sem respostas: Como será a fiscalização dessas medidas cautelares? Haverá êxito na aplicação das mesmas? Terá o Estado equipamento correto e necessário para a monitoração eletrônica, equipamento cuja utilização não tem sido bem sucedida para fiscalização do cumprimento de pena?

Como medida cautelar, segundo Demercian e Maluly (2012, p. 213) podem ser decretadas para qualquer espécie de delito, desde que presentes requisitos de cautelares: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, consistentes na fumaça da prática do delito (indício de autoria e prova da existência do delito) e no perigo da liberdade (requisitos do artigo 312 do CPP), que serão analisados em capítulo oportuno.

Entretanto, só poderão ser impostas quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, devendo, ainda, ser conjugado com os requisitos previstos nos incisos I e II do artigo 282 do CPP. Senão vejamos:

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.

[...]⁴

Assim, relativamente a todas as medidas cautelares aqui estudadas, “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”. (OLIVEIRA, 2011, p. 24). Deverá, ainda, se observar o crime cometido, sua gravidade, as circunstâncias do fato e as condições do réu/indiciado para que seja aplicada de forma adequada a medida cautelar.

Consoante estabelece o artigo 282, §1º, do CPP, as medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. E, ainda, conforme Choukr (2011, p. 109), a substituição ou cumulação das medidas se dá pelo descumprimento de qualquer das obrigações impostas, e sua revogação ou substituição também poderá ocorrer quando

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

verificada a falta de motivo subsistente para mantê-la. Estas hipóteses estão dispostas nos §§ 4º e 5º, do artigo supramencionado.

3 A FIANÇA NO SISTEMA BRASILEIRO

3.1 Conceito

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.

Com esse conceito, podemos dizer que a fiança é uma garantia real. Em alguns casos, a garantia para ser concedida a liberdade provisória pode ser fidejussória, como nos crimes de menor potencial ofensivo, em que basta o compromisso firmado pelo autuado de que comparecerá em audiência preliminar. Todavia, nos limitaremos a abordar no presente trabalho a garantia real, que é a fiança, a qual afetará patrimonialmente o réu ou pessoa que por ele assumir o ônus.

A fiança pode consistir em depósito de moeda, objetos, pedras ou metais preciosos, hipoteca inscrita em primeiro lugar ou títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal.

Como a fiança é uma garantia real dada em razão da liberdade provisória, o bem ou valor por ele depositado fica à disposição do Estado, sendo que, ao final, esta importância será utilizada para o pagamento de custas processuais, multa e/ou indenização pelo prejuízo causado com o delito. Caso o réu seja absolvido, haverá a restituição ao mesmo, conforme 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).

3.2 Natureza jurídica

A fiança, de acordo com o entendimento de Fernandes (1991)⁵:

⁵ <http://www.justitia.com.br/revistas/40b7z3.pdf>

[...] 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.

Assim, considerando o que também já foi falado sobre a fiança anteriormente, podemos verificar que se trata de uma medida cautelar substitutiva da prisão.

Ora, a prisão é a última medida a ser tomada em relação ao acusado. Por este motivo, havendo a possibilidade de aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão, a mesma será aplicada.

Em razão disso, a fiança, como medida cautelar, visa a substituição da prisão ensejando a sua aplicação.

3.3 Cabimento

Como já abordado, antes ou após a vigência da Lei nº 12.403/2011, a lei não nos diz quando será possível o cabimento da fiança. De outra forma, ela apenas nos informa as hipóteses em que não será aceita a fiança.

Assim, anteriormente à novel redação dada ao Título IX do Código de Processo Penal, a fiança era cabível em todas as infrações penais, salvo quando a lei vedava sua concessão.

Essas vedações dizem respeito aos crimes inafiançáveis, definidos na Constituição Federal. 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;

[...] ⁶

⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Além dos crimes inafiançáveis, a proibição da concessão da fiança atingia também às hipóteses previstas nos artigos 323 e 324 do CPP, que estabeleciam:

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).

Após o advento da Lei nº 12.403/2011, os artigos supramencionados tiveram modificações em sua redação, trazendo agora, de forma expressa, a não concessão da fiança nos crimes inafiançáveis por força de norma constitucional.

Tendo em vista as alterações, vejamos a atual redação dos artigos 323 e 324 do CPP:

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).⁷

No momento, duas importantes considerações a dizer em relação à fiança. A primeira é a mudança mais notória, no que diz respeito à sua concessão.

⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

De acordo com os ensinamentos de Demercian e Maluly (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 forma, temos que a partir da vigência da Lei nº 12.403/2011, a autoridade policial poderá conceder fiança quando se tratar de infrações a que forem cominadas pena máxima de até 04 anos, sendo que nos demais casos, caberá ao magistrado, independentemente da prévia oitiva do Ministério Público.

A segunda é relativa ao valor fixado da fiança. Assim, dispõe os artigos 325 e 326 do CPP:

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

a) (revogada);

b) (revogada);

c) (revogada);

I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (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.

§2º (revogado).

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.⁸

Assim, conforme redação acima, temos que, em relação aos limites de fixação do valor da fiança, eles “foram apreçados como sinônimos de maior rigor dessa cautela penal” (CHOUKR, 2011, p. 120), baseando-se na pena fixada à infração cometida. Superada a pena privativa de liberdade cominada, a autoridade deverá considerar as condições pessoais do artigo 326 do Código de Processo Penal para, dentro dos limites previstos nos incisos do artigo 325 do mesmo codex, fixar o valor da fiança. Poderá, ainda, a autoridade diminuir ou

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

aumentar o valor da fiança, conforme situação econômica do preso, nos ditames do parágrafo primeiro do artigo 325 do CPP.

Conforme já visto nesse capítulo, a fiança poderá consistir em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar. “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 (art. 331 do CPP).” (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 226).

3.4 Os crimes inafiançáveis

As leis, as sanções e os crimes surgiram bem antes do que poderíamos imaginar. Já no Jardim do Éden, Deus criou a primeira lei que logo foi violada e nos vemos diante da primeira sanção, que expulsou Adão e Eva do paraíso.

Ainda na época de Cristo, tivemos a história de Caim e Abel, onde aquele matou este, seu irmão, por inveja. Desde então, as leis estão evoluindo no mundo, bem como os crimes.

Diante disso, em 1988, nossa Carta Magna atual trouxe um rol de crimes, os quais ela classifica como crimes inafiançáveis. Isso porque são insuscetíveis da aplicação do instituto da fiança para se verem beneficiados com alguma das medidas cautelares.

Neste rol se encontram os crimes hediondos e os a ele equiparados, bem como o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Sobre crimes hediondos, Monteiro destaca (2010, p. 37):

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.

Posto isto, no rol dos crimes hediondos, consoante estabelece o artigo 1º da Lei nº 8.072/90, temos o homicídio simples, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio e o qualificado; o latrocínio; a extorsão qualificada pela morte; a extorsão mediante sequestro e em 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 o genocídio. Ainda, equiparados aos hediondos, nos termos do artigo 2º da mesma lei, temos a prática da tortura; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; e o terrorismo.

Logo, em razão da gravidade das referidas infrações penais, o legislador optou por proibir a concessão de fiança em caso de cometimento das mesmas, o que não impede o deferimento da liberdade provisória sem fiança, conforme abordaremos em capítulo próprio.

4 A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

4.1 Prisão preventiva: Pressupostos, fundamentos e cabimento

A prisão preventiva, de acordo com Demercian e Maluly (2012, p. 198), “é uma medida cautelar, restritiva da liberdade do indivíduo, de natureza processual.”, ou seja, é uma prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, podendo ser autorizada tanto na fase investigatória quanto na fase processual.

Para que possa ser decretada, a prisão preventiva deverá atender as hipóteses legais previstas em lei, além de necessário que estejam presentes os pressupostos para a sua admissibilidade. Isso porque, conforme Oliveira (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.

Como medida cautelar, precisam estar presentes os pressupostos de toda providência cautelar, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No processo penal, mais conhecidos como *fumus commissi delicti*, a fumaça da prática do delito, caracterizada pelos indícios de autoria e a prova da materialidade; e *periculum libertatis*, o perigo da liberdade, consistente nas hipóteses previstas no artigo 312 do CPP.

Sendo assim, imperiosa a presença, de forma somatória, de ambos os pressupostos de existência da prisão preventiva para que o magistrado possa decretá-la.

Primeiramente, devemos analisar o *fumus commissi delicti*. Previsto no artigo 312 do CPP, última parte, consiste na prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

A prova da existência do crime deve ser concreta, isto é, é preciso que haja certeza da ocorrência de uma infração penal. Assim já dizia Tourinho Filho (2011, p. 551), ao destacar que “a lei exige prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita. É preciso haja prova da materialidade delitiva”.

Constatada a existência do crime, também se faz necessária a presença de indício suficiente da autoria. De acordo com 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.

Dessa forma, não é preciso a certeza de que o réu/indiciado seja o autor do crime, é necessário apenas a suspeita de que aquele agente cometeu o crime. No entanto, não pode ser qualquer suspeita, há de ser uma suspeita convincente. Nesse sentido, Nucci (2009, p. 634-635):

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.

Destarte, esgotado o instituto do *fumus commissi delicti*, passamos à análise do *periculum libertatis*, ou seja, o perigo da demora.

Com a finalidade da garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da pena e por descumprimento de obrigação imposta em outra medida cautelar, o *periculum libertatis*, que exige a presença de apenas uma dessas hipóteses, encontra respaldo no artigo 312, primeira parte, do CPP e seu parágrafo único, abaixo transcrito:

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).⁹

A garantia da ordem pública diz respeito à paz social. De acordo com Demercian e Maluly (2012) e Oliveira (2011), a ordem pública tem justificativa quando há possibilidade de que o agente volte ao mundo do crime caso permaneça em liberdade, sendo, assim, uma espécie de proteção à sociedade num todo. Algumas vezes, em razão do crime e das suas circunstâncias de cometimento, é uma proteção, inclusive, ao agente.

Nesse sentido, Demercian e Maluly (2012, p. 200-201):

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

⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

no meio social, provocando o *clamor público*, isto é, uma reação da sociedade, um repúdio ao ato criminoso.

Atingindo de forma direta os famosos crimes do “colarinho branco”, o legislador também abre a possibilidade da decretação da preventiva, em razão da garantia da ordem econômica. Nas palavras de 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.

Quando houver evidências de que o réu/indiciado está tumultuando o andamento do processo, criando formas de embargar a colheita de provas, seja por coação às testemunhas ou por dificultar a localização de objetos, poderá o juiz determinar a preventiva por conveniência da instrução criminal. Sobre o assunto:

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. [...]
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).

A decretação da preventiva para assegurar a aplicação da lei penal é imposta “quando fica evidenciado que o acusado pretende fugir à aplicação da pena, em razão de um prognóstico de que a sua condenação é certa. Esse motivo não pode se fundar em mera suspeita.” (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 201).

Por fim, ainda há a hipótese de decretação da prisão por descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, nesse caso, “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).” (OLIVEIRA, 2011, p. 36).

Entretanto, “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.” (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 202).

Contudo, conforme salienta Oliveira (2011), não é suficiente apenas a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para a decretação da prisão preventiva.

De acordo com a nova sistemática da Lei nº 12.403/2011, a decretação da preventiva, desde que presente os requisitos da providência cautelar, terá que respeitar os limites impostos pela lei no artigo 313 do CPP, que dispõe:

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.¹⁰

Assim, para a decretação da prisão preventiva, além do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, deverá estar presente um dos requisitos do artigo 313 do CPP.

A primeira situação diz respeito à espécie do crime e à penalidade atribuída a este, ou seja, a preventiva só poderá ser decretada quando se tratar de crime doloso a que seja cominada pena máxima superior a quatro anos.

Já a segunda hipótese, diz respeito à reincidência em crime doloso, independente da pena cominada. Aqui, a lei se preocupa, conforme Demercian e Maluly (2012, p. 202):

[...] com a periculosidade do agente, que deve ser reincidente na prática de um crime doloso e que vem a cometer igual espécie de delito. Nesse caso, é irrelevante a pena cominada na nova infração penal. O dispositivo ressalta que a condenação anterior, transitada em julgado, não pode ser considerada, para fins de decretação da prisão cautelar, se alcançada pela *prescrição da reincidência* (art. 64, I, do CP).

¹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Assim, podemos concluir que “a prisão preventiva não é admitida nas contravenções penais e nos crimes culposos, como se depreende da simples leitura do art. 313, incisos I e II, do CPP.” (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 203).

A terceira hipótese de cabimento da prisão preventiva, seguindo a linha de raciocínio de Demercian e Maluly (2012) e Oliveira (2011), diz respeito à prisão para crimes envolvendo violência doméstica. Tal possibilidade já existia em razão da redação dada pelo artigo 42 da Lei 11.340/2006, porém a Lei 11.403/2011 trouxe modificações, sendo o rol ampliado para garantir a proteção, não só da mulher, como da criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Entretanto, essa prisão só poderá ser decretada se a liberdade do réu ocasionar em dificuldade ao cumprimento da medida protetiva de urgência decretada judicialmente. Com isso, a prisão durará apenas o tempo necessário para que haja êxito na execução da medida.

O parágrafo único do artigo 313 do CPP traz a hipótese de decretação da preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou por ausência de elementos que possam esclarecê-la, devendo ser o acusado ser colocado em liberdade assim que referida dúvida for sanada, salvo quando presentes elementos para manutenção da cautelar.

A previsão dessa espécie de prisão preventiva era desnecessária. Seu fundamento, a dúvida sobre a identidade civil da pessoa, já sustentava uma hipótese da prisão temporária, descrita no art. 1º, inciso II, da Lei nº 7.960/1989. Esse dispositivo assenta que caberá prisão temporária *quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade*. Com o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, ocorreu a revogação implícita dessa modalidade de prisão temporária, que agora deve respeitar as regras da prisão preventiva, inclusive quanto ao prazo de duração, que não deve ultrapassar cinco dias (art. 2º da Lei nº 7.960/1989) ou trinta, no caso de crime hediondo ou assemelhado (art. 2º, §4º, da Lei nº 8.072/1990), mas até a identificação do agente. Entretanto, essa possibilidade de prisão preventiva tem que ser conjugada com as demais hipóteses previstas no art. 313 do CPP. Não teria cabimento, por exemplo, admitir-se o encarceramento de alguém pela prática de um crime culposos ou uma contravenção penal por não ter se identificado à autoridade policial, se o delito, em princípio, não permite essa espécie de prisão cautelar. Se a dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou sua inércia em fornecer elementos suficientes para esclarecê-la não constituir um obstáculo imprescindível à investigação criminal, não estará presente o *periculum in mora*, requisito cautelar dessa espécie de prisão. (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 203).

Por fim, de acordo com o artigo 315 do CPP, deverá ser sempre motivada a decisão que decretar, denegar ou substituir a prisão preventiva. De acordo com Demercian e Maluly (2012, p. 205), por se tratar 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. [...]

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).

4.2 Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, inserido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. “Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente.” (LENZA, 2010, p. 786).

Pergunta-se, então, a prisão preventiva, ao ser decretada, não estaria violando o princípio da presunção de inocência?

Pois bem.

O Código de Processo Penal de 1941, quando tratava da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, permitia o juízo de antecipação de responsabilidade penal, consistente em autoria, tipicidade, culpabilidade e existência do fato. Após, com a vigência da Constituição da República de 1988, duas grandes mudanças no sistema processual penal foram atacadas: a situação de inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a segurança de que toda prisão seria fundamentada por autoridade judiciária competente. Sendo assim, só será possível a prisão antes do trânsito em julgado se justificada e como forma de proteção à persecução penal.

Nesse sentido, Oliveira (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 aprisionado 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 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).

[...]

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*.

Finalmente, cabe ressaltar que:

[...] o STF, por 7 X 4, pacificou o entendimento de que a execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, contraria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição (HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009, *Inf.* 534/STF). Alerta-se que ficou ressalvada a eventual possibilidade de prisão cautelar do réu, nas hipóteses do CPP. (LENZA, 2010, p.787).

Dessa forma, forçoso reconhecer que não há violação ao princípio da presunção de inocência na decretação da prisão preventiva, para isso, podemos justificá-la, também, com

base no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, que disciplina 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, definidos em lei.

5 A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS

Conforme já visto nos capítulos anteriores, a lei determina que em alguns crimes é vedada a concessão de liberdade provisória com fiança, sendo estes nomeados de crimes denominados inafiançáveis.

Partindo dessa premissa, dúvidas surgem quanto ao assunto. Tal proibição seria constitucional? Estaria violando o princípio da presunção de inocência? Entretanto, não há que se falar em inconstitucionalidade da proibição nem em violação à presunção de inocência. Isto porque o princípio e a proibição são determinações constitucionais, devemos levar em consideração que nenhum princípio é totalmente absoluto. Aqui, há que se levar em conta a gravidade que o legislador aplicou aos delitos inafiançáveis e a preservação da segurança pública em encontro com a presunção da inocência.

Lado outro, a grande dúvida que surge sobre o assunto é se o legislador, ao determinar os crimes inafiançáveis estaria, também, vedando a concessão da liberdade provisória sem fiança a estes delitos.

Sobre o tema temos entendimentos doutrinários divergentes.

Vejam os.

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. [...]

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, 2004, p. 549-550.)

Assim como:

[...] estabeleceu o art. 5º, XLII, 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 sem 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. (NUCCI, 2009, p. 647.)

E mais:

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.

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, 2011, p. 600-601.)

Com o ensinamento mais atual:

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 menor gravidade do crime e segundo seja a maior ou menor 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.

[...]

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 o entendimento dos doutrinadores acima citados, podemos perceber que para eles não há que se falar em vedação da concessão da liberdade provisória sem fiança. Isso porque, com o advento da Constituição Federal de 88 já se concedia a liberdade provisória sem fiança, sendo, inclusive, a mais – se não única – utilizada na época. Assim, o texto constitucional veio apenas, de forma desatualizada, renovar a inafiançabilidade que significa apenas a proibição da liberdade provisória com fiança.

No mesmo sentido, temos ensinamentos abaixo transcritos.

[...] 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. [...]

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)¹¹.

Bem como:

[...] apesar da Constituição da República prever serem inafiançáveis tais crimes, este fato não impede que o juiz, diante da análise do caso concreto, possa conceder a liberdade provisória sem fiança aos acusados presos em flagrantes pelas práticas desses crimes, quando ausentes os requisitos da prisão preventiva.

A vedação em abstrato da liberdade provisória em tais crimes, como por exemplo no caso de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, afronta o princípio constitucional da presunção da inocência ou da não-culpabilidade.

Ademais, nestes casos em que há expressa vedação da fiança (artigos 323 e 324, ambos do Código de Processo Penal), o juiz ao conceder a liberdade provisória, deverá impor outra medida cautelar ao acusado (previstas nos artigos 319 e 320, ambos do Código de Processo Penal), de acordo com o artigo 321 do Código de Processo Penal. (CÂNDIDO, 2011)¹².

¹¹ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8926

¹² <http://www.conjur.com.br/2011-jun-11/vedacao-liberdade-provisoria-crimes-inafiancaveis-inconstitucional>

E:

[...] a Constituição, ao limitar garantias por ela mesma assegurada, com relação aos crimes hediondos e aos equiparados, somente as restringiu quanto à inafiançabilidade e a concessão de graça e anistia.

Contudo, o legislador ao editar a Lei dos Crimes Hediondos, não respeitou o limite imposto pela constituição, ampliando de forma por demais onerosa as restrições aos acusados de haverem cometido crimes previstos pela Lei 8.072/90, limitando não só a sua fiança, graça ou anistia, mas também impedindo a possibilidade de permanecer em liberdade durante a instrução do processo.

É evidente que, de acordo com o que foi visto até o presente momento, é concreto a afronta da Lei 8.072/90 aos princípios da Constituição, portanto, referida lei carece de constitucionalidade no sentido em que proíbi a concessão da liberdade provisória. (ASSIS, 2006)¹³.

Dessa forma, podemos constatar que a grande maioria entende que a única vedação imposta pela Constituição Federal em seu texto diz respeito ao instituto da fiança, não sendo cabível a liberdade provisória com fiança. Entretanto, nada impede a concessão da liberdade provisória sem fiança.

Entendem que não há essa negativa porque no próprio texto constitucional, o legislador ensina ser imprescindível a fundamentação para a decretação da prisão. Tendo como exemplo a lei de crimes hediondos, havia em seu texto a proibição expressa da liberdade provisória, de forma direta e sem necessidade de fundamentação escrita da autoridade judiciária, o que a tornou inconstitucional.

Assim, há de se entender que o constituinte, ao proibir a fiança naqueles crimes determinados, não tinha por interesse vedar a liberdade provisória sem fiança.

Por outro lado, a procuradora de justiça, Regina Belgo, não entende dessa forma. Sustenta ela que a proibição constitucional é da liberdade provisória e não apenas dessa na espécie de liberdade provisória com fiança.

[...] 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/infraconstitucional) diz que não cabe liberdade provisória no caso de crimes hediondos e a eles equiparados (premissa

¹³ <http://amigonerd.net/trabalho/27713-constitucionalidade-da-vedacao-da-liberdade>

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 veda a concessão de fiança.

[...]

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)¹⁴.

E, ainda:

No caso dos crimes inafiançáveis, sempre está presente o *periculum in mora*, ou seja, a prisão preventiva sempre é necessária como garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, pois quando a lei diz que um crime é inafiançável, ela está dizendo que no caso de prática de tal crime, o agente não deve ser colocado em liberdade provisória, nem mesmo mediante fiança, o que significa que a lei considera o praticante de crime inafiançável perigoso, e considera que a sua prisão provisória é necessária como garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Portanto, nos crimes inafiançáveis, só pode ser concedida a liberdade provisória quando não está presente o *fumus boni iuris*, ou seja, quando não há prova da existência do crime ou quando não há indício suficiente da autoria. (PONTES, 2007)¹⁵.

Nesse sentido, entende o Juiz de Direito João Paulo Fernandes Pontes que a liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis, é totalmente possível, desde que não se encontrem presentes nos autos a prova dos pressupostos que seriam determinantes à decretação da prisão preventiva.

No entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, algumas ementas para ilustrar o assunto:

¹⁴

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

¹⁵ http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=7bd7edf5-f901-4abc-bddb-24f3b4268bc1&groupId=10136

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO VOLTADA PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES E GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA: CIRCUNSTÂNCIAS SUFICIENTES PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06 E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA: IMPROCEDÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA. 1. Não se comprovam, nos autos, constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem. 2. 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 o 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 '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 deste Supremo Tribunal, 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. 3. 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 ao caso vertente. 4. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 5. Ao contrário do que se afirma na petição inicial, a custódia cautelar da Paciente foi mantida com fundamento em outros elementos concretos, que apontam a participação da Paciente em organização criminosa voltada para o tráfico de entorpecente e a quantidade de droga apreendida como circunstâncias suficientes para a manutenção da prisão processual. Precedentes. 6. Os fatos que deram ensejo à não aplicação da causa de diminuição de pena prevista na Lei de Tóxicos são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Paciente às atividades criminosas. 7. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas. 8. O habeas corpus não serve para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito e refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 9. Não tem a Paciente direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou à alteração do regime inicial fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade para o aberto, por não terem sido atendidos os critérios objetivo e subjetivo previstos em lei. 10. Ordem denegada. (STF; 1ª Turma; HC 109.236/SP; Relator Min. Cármen Lúcia; DJe 032; data do julgamento: 13.12.2011)¹⁶

E:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE DEMORA NO JULGAMENTO DO MÉRITO DE HABEAS CORPUS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXCESSO DE IMPETRAÇÕES NA CORTE

¹⁶ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1733289>

SUPERIOR PENDENTES DE JULGAMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO DA DESEJÁVEL CELERIDADE NO JULGAMENTO QUE SE MOSTRA COMPREENSÍVEL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO constitucional. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO CONFIGURADO O CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. I - O excesso de trabalho que asoberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, da desejável celeridade processual. II - A CONCESSÃO DA ORDEM PARA DETERMINAR O JULGAMENTO DO WRIT NA CORTE A QUO, ADEMAIS, PODERIA REDUNDAR NA INJUSTIÇA DE SE DETERMINAR QUE A IMPETRAÇÃO MANEJADA EM FAVOR DO PACIENTE SEJA COLOCADA EM POSIÇÃO PRIVILEGIADA EM RELAÇÃO A DE OUTROS JURISDICIONADOS. III - Apesar de o tema ainda não ter sido analisado definitivamente pelo Plenário deste Tribunal, a atual jurisprudência é firme no sentido de que é legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII, da Carta Magna e da vedação estabelecida no art. 44 da Lei 11.343/2006. IV - NÃO HÁ INDICAÇÃO DE QUALQUER ATO FLAGRANTEMENTE ILEGAL, QUE RECOMENDE O EXAME PER SALTUM DA MATÉRIA POR ESTA SUPREMA CORTE. V - Ordem denegada. (STF; 1ª Turma; HC 103.406/SP; Rel. Min. Ricardo Lewandowski; DJe 168; data do julgamento: 24.08.2010)¹⁷

Temos, ainda:

EMENTA: HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII E LXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO. ORDEM DENEGADA. I - A vedação à liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados provém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII e XLIV). II - Inconstitucional seria a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a delitos com relação aos quais a Carta Magna veda a concessão de fiança. Precedentes. III - A prolação de sentença condenatória constitui novo título para a segregação cautelar do paciente, sobre o qual não houve exame nas instâncias inferiores. IV - Ordem denegada. (STF; 1ª Turma; HC 96833/SP; Relator Min. Ricardo Lewandowski; DJe 218; data do julgamento: 20.10.2009)¹⁸

De acordo com todo o exposto, só nos resta concluir. Dentre todas as garantias constitucionais estudadas, resalto algumas:

Art. 5º. [...]

XLII – a prática do 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 da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes e os executores e os que, podendo evitá-los, se omitem;

[...]

¹⁷ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614136>

¹⁸ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605913>

LXI – **ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

[...]

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, **quando a lei admitir a liberdade provisória**, com ou sem fiança; [...] (grifo meu).¹⁹

Analisemos.

É forçoso reconhecer que assiste razão à corrente majoritária sobre o tema. Se assim não fosse, estaria nosso constituinte diante da maior contradição legislativa, onde proibiria a liberdade provisória com ou sem fiança, mas logo em seguida afirma que a liberdade provisória será sempre admitida.

Entretanto, fazendo uma interpretação do texto de lei, de acordo com o inciso LXVI, do artigo 5º da Constituição Federal, se uma lei trouxer em seu texto a vedação expressa da liberdade provisória, com ou sem fiança, e uma base de fundamentação para essa previsão, essa vedação não seria inconstitucional.

Isso porque o inciso acima mencionado é claro ao dizer “quando a lei admitir”. Se não houver previsão para a admissão da liberdade provisória, ela não será inconstitucional, mas sim totalmente válida, em razão da Carta Magna assim preceituar.

¹⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade provisória vem desde os tempos mais remotos da civilização integrar o sistema jurídico. Direito fundamental garantido pela Constituição Federal, não se trata de um direito absoluto, sendo algumas vezes não concedido por estarem presentes os motivos para decretação da prisão preventiva. Após várias modificações e inovações, temos hoje uma liberdade provisória que passa a ser a regra no ordenamento jurídico.

A maior inovação, que foi trazida pela Lei nº 12.403/2011, é a possibilidade da concessão da liberdade provisória vinculada com uma – ou mais – medidas cautelares alternativas, previstas no artigo 319 do CPP, bem como a possibilidade da autoridade policial arbitrar fiança para os agentes presos em flagrante delito por crimes com pena máxima não superior a quatro anos.

Com relação à prisão preventiva, pudemos notar as grandes mudanças que a Lei nº 12.403/2011 introduziu. Sua admissibilidade depende da presença dos pressupostos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Além disso, é necessário que as condições estejam especificadas no rol de cabimento do artigo 313 do CPP, sem o qual, não poderá ser decretada tal medida cautelar restritiva de liberdade.

Vimos, também, com o presente trabalho que não há violação ao princípio da presunção de inocência quando decretada a prisão preventiva. Isto porque nenhum princípio é absoluto e, devendo o magistrado motivar a decretação da preventiva, o mesmo respeita a garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal.

Finalmente, chegamos ao ápice da presente pesquisa: a liberdade provisória nos crimes inafiançáveis.

Conforme o já exposto, é tema incontestado a possibilidade da liberdade provisória sem fiança aos determinados crimes inafiançáveis. Não podemos fazer uma interpretação subjetiva, tentando adivinhar qual era a intenção do legislador ao determinar a inafiançabilidade daqueles crimes.

Dessa forma, não há que se discutir sobre a concessão ou não da liberdade provisória sem fiança aos crimes inafiançáveis.

Entretanto, podemos considerar uma hipótese de solução para a sociedade que não entende a juridicidade que cerca o assunto.

Em sua maioria são crimes de natureza grave e repercutem tamanho clamor público, contudo, a obtenção da liberdade para quem os comete é mais fácil do que para os crimes de menor gravidade. Com fulcro nos incisos LXI e LXVI, do artigo 5º da Constituição Federal,

que determinam que a prisão decretada deverá ser motivada pela autoridade judicial e a liberdade provisória será sempre concedida quando a lei admitir a mesma, com ou sem fiança, entendemos que há interpretação de que a lei pode ou não conceder a liberdade provisória em suas duas modalidades e, se o fizer no sentido de não admitir, a fundamentação para a manutenção da prisão estará presente em seu próprio artigo de lei.

Assim, como forma de consolação à lógica da sociedade, com base na garantia da liberdade provisória prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVI, há a possibilidade de se criar uma lei que veda a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, para os crimes inafiançáveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ASSIS, Elisangela Silva de. **Constitucionalidade da vedação da liberdade provisória em crimes hediondos**. AMIGO NERD. abril.2006. Disponível em: < <http://amigonerd.net/trabalho/27713-constitucionalidade-da-vedacao-da-liberdade>>. Acesso em: 13 dez. 2012.

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: 13 dez. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 nov. 2011.

_____. **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>. Acesso em: 17 jun. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Denegação de Habeas Corpus**, HC 96833, Warles Andrade da Silva, Edcarlos Oliveira Santos e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo, 20 out. 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605913>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Denegação de Habeas Corpus**, HC 109.236, Karian Eula Crawford, Defensoria Pública da União, Defensor Público-Geral Federal e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministra Cármen Lúcia. São Paulo, 13 dez. 2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1733289>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Denegação de Habeas Corpus**, HC 103.406, Fábio Pires de Souza, Fernandes Faria Júnior e outro(a/s), Relator do HC 141.473 do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo, 24 ago. 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614136>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

CÂNDIDO, Laura Dorilêo. **Vedação da liberdade provisória é inconstitucional**. Consultor Jurídico, jun.2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-jun-11/vedacao-liberdade-provisoria-crimes-inafiancaveis-inconstitucional>>. Acesso em: 13 dez. 2012.

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.

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: 13 dez. 2012.

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

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

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.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8926>. Acesso em: 13 dez. 2012.

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

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

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.

_____. **Curso de processo penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PONTES, João Paulo Fernandes. **Da Liberdade Provisória nos Crimes Inafiançáveis**. 2007. Disponível em:
<[HTTP://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=7bd7edf5-f901-4abc-bddb-24f3b4268bc1&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=7bd7edf5-f901-4abc-bddb-24f3b4268bc1&groupId=10136)>. Acesso em: 23 nov. 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Processo Penal**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.