

A LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS

Ana Carolina Aparecida dos Santos¹

Mileny Beatriz Alves Oliveira²

Marcilei Gorini Pivato³

Aline Sborgi Segabinazzi⁴

Resumo: A liberdade provisória é uma medida que visa restaurar a liberdade do indivíduo durante as fases investigativa e processual da persecução penal. A partir da promulgação da Lei 12.403/2011, tornou-se viável concedê-la, vinculada a medidas cautelares alternativas à prisão, ou mediante o pagamento ou não de fiança, sujeita a obrigações legais. A Constituição Federal lista os crimes inafiançáveis, nos quais não é permitida a concessão de liberdade provisória com fiança. Este estudo tem como propósito esclarecer as divergências sobre a liberdade provisória nos crimes inafiançáveis, buscando dissipar dúvidas e aprofundar o entendimento sobre o tema. Ao longo deste artigo científico, observa-se que existem limitações constitucionais em relação à prisão, embora a Carta Magna abra espaço para que uma legislação subsequente possa proibir a concessão da liberdade provisória. A pesquisa foi conduzida pelo procedimento de análise bibliográfica de forma simples, tendo como base doutrinas e legislações pertinentes ao assunto, por meio do método dedutivo.

Palavras-chaves: Liberdade provisória. Direito processual penal. Crimes inafiançáveis. Fiança. Lei 12.403/11.

Abstract: Provisional release is a measure that aims to restore the individual's freedom during the investigative and procedural phases of criminal prosecution. After the enactment of Law 12,403/2011, it became viable to grant it, linked to alternative precautionary measures to prison, or upon payment or not of bail, subject to legal obligations. The Federal Constitution lists non-bailable crimes, in which the granting of provisional release with bail is not permitted. This study aims to clarify differences regarding provisional release in non-bailable crimes, seeking to dispel doubts and deepen understanding of the topic. Throughout this scientific article, it is observed that there are constitutional limitations in relation to prison, although the Magna Carta provides space for subsequent legislation to prohibit the granting of provisional freedom. The research was conducted using a simple bibliographic analysis procedure, based on doctrines and legislation relevant to the subject, using the deductive method.

Keywords: Provisional release. Criminal procedural law. Non-bailable crimes. Bail. Law 12.403/11.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Dom Bosco.

² Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Dom Bosco.

³ Docente da Faculdade Dom Bosco.

⁴ Docente da Faculdade Dom Bosco.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade provisória representa uma exceção ao encarceramento, sendo uma forma de devolver a liberdade ao indivíduo. Parte-se do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma lista exaustiva de crimes considerados inafiançáveis, presumindo-se que o legislador os considera de extrema gravidade, o que justifica a ausência da possibilidade de fiança para a concessão da liberdade provisória aos seus autores.

Dessa forma, uma vez que tais crimes são considerados inafiançáveis, não se vislumbra a possibilidade de concessão de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança. No entanto, seguindo uma lógica de raciocínio, é flagrantemente desigual a concessão de liberdade provisória sem fiança para os crimes inafiançáveis. Isso porque, se é estabelecida a fiança como uma forma de se obter liberdade para crimes menos graves, por que, diante de crimes tão graves a ponto de serem considerados inafiançáveis, a liberdade seria concedida sem essa medida?

A Constituição não prevê expressamente a não concessão de liberdade provisória para os autores de crimes inafiançáveis, limitando-se a mencionar a não concessão de fiança para os suspeitos desses crimes. Portanto, para proibir a concessão de liberdade provisória para os autores desses crimes, seria necessária uma nova legislação que alterasse as já existentes.

É fundamental explorar as possibilidades jurídicas para proibir a concessão de liberdade provisória nos casos de crimes inafiançáveis, levando em consideração a gravidade e o alto grau de lesividade desses delitos para a sociedade. Posto isso, é necessário reconhecer a importância de aprofundar a pesquisa, considerando as diversas divergências relacionadas à concessão ou não da liberdade provisória nos crimes inafiançáveis. Este trabalho tem como objetivo elucidar os aspectos constitucionais que cercam o tema, esclarecendo questões relacionadas à fiança, liberdade provisória e prisão preventiva, além de analisar as diferentes correntes de pensamento sobre o assunto.

Por fim, busca-se esclarecer qual a melhor abordagem para contribuir para a eliminação dessas divergências e buscar uma resposta para essa questão. Assim, preliminarmente analisaremos a liberdade provisória dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

2 A LIBERDADE PROVISÓRIA DENTRO DO SISTEMA

JURÍDICO BRASILEIRO

A liberdade é a norma predominante em nosso sistema jurídico, constituindo um direito fundamental consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. No entanto, não é um direito absoluto, podendo ser restringido conforme as circunstâncias expressamente previstas em lei.

A liberdade provisória representa um estado intermediário entre a liberdade plena de um indivíduo e a detenção processual. É uma medida prevista no artigo 5º, LXVI, da Constituição Federal, empregada como alternativa à prisão preventiva do acusado, em conformidade com o princípio da presunção de inocência. 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.

Chama-se de liberdade provisória essa condição, pois não é plenamente garantida, podendo ser revogada a qualquer momento caso a prisão preventiva se torne necessária. Nesse sentido, Tourinho Filho (2008, p.551):

Diz-se provisória tal liberdade porque é revogável e se encontra sujeita a condições resolutorias 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.

Existem varias formas de liberdade provisória, como veremos a seguir.

2.1 ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA ANTES DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antes das alterações introduzidas pela Lei nº 12.403/11, existiam duas formas de liberdade provisória: com fiança e sem fiança, sendo esta última subdividida em vinculada e não vinculada. A liberdade provisória sem fiança vinculada era prevista no artigo 310 e

seu parágrafo único do Código de Processo Penal, além do artigo 350 do mesmo código¹. Era denominada vinculada porque o réu ou indiciado precisava assinar um termo de comparecimento a todos os atos processuais; o não cumprimento levava à revogação da liberdade.

A primeira situação para concessão dessa forma de liberdade provisória era quando a pessoa era presa em flagrante e o magistrado reconhecia uma das excludentes da ilicitude, conforme previsto no artigo 23 do Código Penal, como estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal.

A segunda situação foi adicionada pela Lei nº 6.416/77, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 310 do CPP, estabelecendo que essa liberdade seria concedida se não houvesse motivos para prisão preventiva.

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - Relaxar a prisão ilegal;

II - Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

¹ Art. 310: *Este artigo trata da possibilidade de prisão em flagrante. Ele detalha as condições em que uma pessoa pode ser presa imediatamente após a prática de um crime, descrevendo os procedimentos que devem ser seguidos pelas autoridades.

Art. 350: Este artigo, como já discutimos anteriormente, trata da possibilidade de o juiz determinar a prisão preventiva em casos específicos, como em crimes com pena máxima superior a quatro anos, ou em situações em que a liberdade do acusado possa comprometer a instrução do processo. Ele busca garantir a ordem pública e a eficácia da justiça.

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, online).

Essa última situação representou uma inovação no sistema processual penal da época, pois antes disso, a liberdade provisória com fiança era a única opção quando não se enquadrava em uma das excludentes de ilicitude.

Com a aplicação do parágrafo único do artigo 310 do CPP, se não houvesse motivos para prisão preventiva conforme os artigos 311 e 312 do mesmo código, o juiz deveria conceder a liberdade provisória, após ouvir o Ministério Público. Também poderia ser concedida nos casos do artigo 350 do CPP, desde que o liberando não se envolvesse em nova infração penal.²

É importante notar que o legislador usa erroneamente o verbo "poder" ao se referir à concessão da liberdade provisória pelo juiz, pois a liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é a regra e, portanto, um direito do acusado. Se houver possibilidade de concedê-la, é dever do juiz fazê-lo.

Por outro lado, há o instituto da liberdade provisória sem fiança não vinculada, prevista nos incisos do artigo 321 do CPP (Brasil, 1941, online):

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.

Na primeira situação em que a liberdade provisória era cabível, tratava-se de infrações em que o agente não estava sujeito a pena privativa de liberdade em seu preceito secundário, o que geralmente abrangia as contravenções penais, conforme definido pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Esta disposição também foi respaldada pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), que estabelece a concessão de liberdade

² Art. 311: A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, sendo de competência do juiz, que pode agir de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do ofendido. O fundamento para a decretação pode ser a garantia da ordem pública, da instrução criminal, ou a conveniência da aplicação da lei penal.

Art. 312: Este artigo estabelece que 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. É um instrumento que busca proteger a sociedade e garantir que o processual ocorra de forma justa.

Art. 350: Este artigo trata sobre a possibilidade de o juiz determinar a prisão preventiva em casos específicos, como em crimes com pena máxima superior a quatro anos, ou em situações em que a liberdade do acusado possa comprometer a instrução do processo.

provisória para agentes autuados em flagrante por contravenções penais, uma vez que essas infrações são passíveis das medidas despenalizadoras da referida lei, dispensando até mesmo o auto de prisão em flagrante mediante o comprometimento do autuado de comparecer ao Juizado Especial.

Na segunda situação, a liberdade provisória sem fiança e vinculação era aplicável às infrações com pena privativa de liberdade máxima de três meses, uma definição alinhada com a noção de infrações de menor potencial ofensivo, conforme estabelecido pela Lei dos Juizados Especiais. Esta legislação, portanto, restringia a lavratura do auto de prisão em flagrante a casos em que o autuado não se comprometesse a comparecer ao Juizado Especial. A racionalidade subjacente a isso residia no questionamento sobre a pertinência de manter alguém preso durante todo o processo, muitas vezes prolongado por anos, apenas para, ao final, possivelmente receber uma pena menor que o período já cumprido, ou até mesmo ser absolvido.

Em relação à liberdade provisória com fiança, a lei não especificava as circunstâncias em que seria concedida, limitando-se a proibir sua aplicação em situações descritas nos artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal. Essas proibições incluíam crimes punidos com reclusão superior a dois anos, determinadas contravenções específicas, reincidência em crime doloso, vadiagem, entre outras.

O artigo 324 do Código de Processo Penal, por sua vez, não tratava das proibições em relação aos crimes e suas penas, mas sim estabelecia condições em que a fiança não seria concedida, como quebra da fiança anteriormente concedida, descumprimento das obrigações estabelecidas no artigo 350 do Código de Processo Penal, entre outras situações.

Importante mencionar que, em casos de infrações punidas com detenção ou prisão simples, a autoridade policial poderia conceder a fiança sem a necessidade de consulta ao Ministério Público, mas em outras situações, o requerimento deveria ser encaminhado ao magistrado, que teria 48 horas para decidir.

Com a entrada em vigor da Lei 6.416/77, esse instituto foi largamente ignorado no ordenamento jurídico, especialmente com a inclusão do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, que possibilitou a concessão de liberdade sem a exigência de fiança.

2.2 ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA APÓS A REFORMA DO CPP

Com a promulgação da Lei nº 12.403 em 4 de maio de 2011, o Código de Processo Penal brasileiro passou por alterações substanciais, especialmente no que diz respeito ao capítulo da Liberdade Provisória. Em relação às suas modalidades, a liberdade provisória pode ser concedida com ou sem fiança, mantendo-se as subdivisões desta última em vinculada e não vinculada.

No que se refere à Liberdade Provisória sem fiança, existem três modalidades vinculadas, que requerem que o beneficiário se comprometa a comparecer a todos os atos do processo quando necessário. A primeira modalidade está prevista no parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, que aborda a situação em que o agente comete a infração sob o amparo de alguma excludente de ilicitude, conforme os incisos do artigo 23 do Código Penal.

Nesse caso, o magistrado deve conceder a liberdade provisória mediante o compromisso de comparecimento aos atos do processo. A segunda modalidade, conforme estabelecido pelo artigo 321 do Código de Processo Penal, ocorre quando não estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva. Esse dispositivo legal introduz uma inovação ao permitir que o juiz conceda a liberdade provisória, vinculada a qualquer uma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do mesmo código, as quais serão abordadas posteriormente neste trabalho.

A terceira modalidade é a liberdade provisória sem fiança para réus ou indiciados que se enquadram nos critérios de pobreza estabelecidos por lei. Apesar de as infrações admitirem o arbitramento de fiança, a lei autoriza o juiz a conceder a liberdade sem exigir o pagamento de fiança quando o agente é considerado pobre. O legislador define como pobre aquele que não possui recursos para custear as despesas processuais sem comprometer sua própria subsistência e a 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.

Nesse caso, além da possibilidade de impor as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, se necessário, o autuado deverá assumir as obrigações descritas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal. (BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, online), 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 quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Com as alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011, a modalidade de liberdade provisória sem fiança e sem vinculação ainda foi mantida, embora sujeita a algumas modificações.

Segundo o entendimento de Demercian e Maluly (2012), quando um agente comete uma infração penal que não acarreta pena privativa de liberdade, ele deve ser liberado conforme os artigos 283, §1º em conjunto com o 309 do CPP. Nesse cenário, em vez de um auto de prisão em flagrante, a autoridade policial deve elaborar um termo circunstanciado de ocorrência e encaminhá-lo ao Juizado Especial Criminal. Essa situação estava prevista no antigo artigo 321, inciso I, do CPP, e não sofreu modificações pela nova legislação.

A segunda hipótese prevista no texto anterior da lei, que abordava as infrações puníveis com pena privativa de liberdade máxima de até três meses, foi excluída com a entrada em vigor da nova lei. Agora, nessas circunstâncias, a autoridade policial pode arbitrar a fiança, o agente pode solicitar sua liberdade provisória ao juiz ou, em casos de infrações de menor potencial ofensivo, seguir o procedimento do Juizado Especial.

A liberdade provisória com fiança continua sujeita a hipóteses restritivas, ou seja, a lei não especifica quando é cabível, mas sim as situações em que não é. O artigo 323 do CPP lista as primeiras situações em que a liberdade provisória com fiança não é permitida, como crimes inafiançáveis, como racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos, conforme estabelecido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV. As últimas situações são detalhadas no artigo 324 do CPP e ocorrem quando há quebra de fiança, descumprimento injustificado das condições estabelecidas nos artigos 327, 328 e 341 do CPP, prisão civil ou militar e presença dos requisitos para a prisão preventiva.

Quando a fiança é concedida ao agente, o juiz impõe medidas a serem seguidas durante o processo, conforme previsto no artigo 350 do CPP.

Se o acusado violar essas medidas sem motivo justificado, ou causar a quebra da fiança, descumprindo as obrigações processuais estabelecidas nos artigos 327, 328 e 341 do CPP, a fiança não pode ser concedida novamente no mesmo processo. (Demercian; Maluly, 2012, p. 225).

A quebra da fiança ocorre quando "o beneficiário não cumpre as condições estabelecidas pelo juiz para aguardar em liberdade seu julgamento. Portanto, a fiança é considerada quebrada" (Nucci, 2009, p. 648). As situações de quebra de fiança são especificadas no artigo 341 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, online):

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.

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 contexto das prisões civis ou militares, que possuem natureza distinta da prisão cautelar, não seria apropriado permitir a prestação de fiança. Conforme destacado por Demercian e Maluly (2012), o propósito dessas prisões, em geral, é compelir o detido ao cumprimento de uma obrigação ou aplicar-lhe uma sanção disciplinar. Permitir a concessão de fiança nessas situações tornaria essas medidas praticamente ineficazes.

Além disso, não será concedida fiança quando os requisitos para a decretação da prisão preventiva estiverem presentes. Essa medida é justificada logicamente: se a liberdade do réu ou acusado representar uma ameaça à sociedade, ao processo ou à aplicação da lei penal, não seria adequado conceder a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança.

3 EMPREGO DA FIANÇA NO SISTEMA LEGAL DO BRASIL

No sistema jurídico brasileiro, a fiança é uma garantia prevista pelo Código Penal para assegurar o cumprimento de obrigações relacionadas a processos criminais. O fiador compromete-se a pagar uma quantia ou cumprir uma obrigação se o réu não atender às exigências estabelecidas pelo juiz. A fiança é utilizada para permitir a liberdade provisória do acusado, podendo ser total ou parcial, e deve ser formalizada por escrito. A legislação também possibilita que o fiador limite sua responsabilidade ou renuncie a certos direitos, oferecendo flexibilidade no manejo da garantia.

3.1 Natureza jurídica de fiança no Brasil

A natureza jurídica das fianças no Brasil é complexa englobando predominantemente o direito público e interagindo diretamente com o direito constitucional, administrativo, financeiro e tributário. 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.

Nesse contexto, podemos afirmar que a fiança representa uma forma de garantia real. Em determinadas situações, para conceder a liberdade provisória, pode-se recorrer a uma garantia fidejussória, como nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, nos

quais o compromisso verbal do autuado de comparecer à audiência preliminar é suficiente. No entanto, aqui nos concentraremos na garantia real, que é a fiança, a qual envolve um comprometimento patrimonial por parte do réu ou da pessoa que assumir o ônus em seu lugar.

A fiança pode se manifestar por meio de depósito em dinheiro, objetos de valor, títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ou ainda hipoteca registrada em primeiro lugar. Por ser uma garantia real concedida em troca da liberdade provisória, o valor ou bem depositado fica sob controle do Estado e pode ser utilizado para custear despesas processuais, pagar multas ou indenizar eventuais prejuízos causados pelo delito. Em caso de absolvição do réu, conforme observa 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).

Portanto, em consonância com o que foi mencionado anteriormente sobre a fiança, é evidente que ela funciona como uma medida cautelar substitutiva da prisão. Considerando que a prisão é uma medida extrema em relação ao acusado, sempre que possível, uma medida cautelar alternativa será preferida. Nesse contexto, a fiança é aplicada com o propósito de substituir a prisão.

A fiança é um mecanismo jurídico previsto no Código Penal que possibilita a concessão de liberdade provisória ao réu durante a fase processual penal. Sua aplicação é cabível quando o juiz, ao analisar a gravidade do delito e as circunstâncias do caso, considera que o réu pode permanecer em liberdade até o julgamento, desde que este efetue o pagamento de um valor estipulado como garantia. O objetivo da fiança é garantir a presença do acusado no processo, conciliando a necessidade de assegurar a ordem pública com a concessão de liberdade provisória.

3.2 Cabimento

Como já discutido, tanto antes quanto após a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, a legislação não especifica os casos em que a fiança será aplicável. Em vez

disso, ela apenas enumera as situações em que a fiança não será permitida.

Portanto, antes da revisão do Título IX do Código de Processo Penal, a fiança era aplicável em todas as infrações penais, exceto nos casos em que a lei proibia sua concessão.

Essas proibições se referem aos crimes inafiançáveis, conforme definidos na Constituição Federal (BRASIL. Constituição 1988, online). Esses crimes são:

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; [...]

Assim, procura-se garantir a justiça e a proteção da sociedade, impedindo que os responsáveis por esses crimes possam responder em liberdade.

No sistema jurídico brasileiro, conforme o Código Penal, certos crimes são inafiançáveis, ou seja, não permitem a concessão de fiança. Esses crimes graves, como homicídio doloso e sequestro, exigem prisão preventiva sem possibilidade de liberdade provisória mediante pagamento, visando garantir a ordem pública e a segurança da sociedade.

3.3 Os crimes inafiançáveis

Desde tempos remotos, as leis, as sanções e os crimes têm estado presentes na história da humanidade. No Jardim do Éden, por exemplo, Deus estabeleceu a primeira lei, que foi posteriormente transgredida, resultando na primeira sanção, que foi a expulsão de Adão e Eva do paraíso.³

³ Gênesis 3:22-24

Mesmo na época de Cristo, encontramos relatos de crimes, como no caso de Caim, que por inveja, tirou a vida de seu irmão Abel. ⁴Desde então, as leis têm evoluído ao redor do mundo, assim como os crimes.

Em 1988, nossa atual Constituição Federal no art.5º, XLI, apresentou uma lista de crimes que são considerados inafiançáveis. Esses crimes não são passíveis de aplicação do instituto da fiança como forma de beneficiar os acusados com alguma das medidas cautelares.

Nessa lista estão incluídos os crimes hediondos ⁵e aqueles equiparados a eles, além do crime de racismo e das ações de grupos armados, civis ou militares, que atentem contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Sobre crimes hediondos, Monteiro destaca (2012, p.37):

Se perguntarmos a qualquer do povo o que seria um crimehediondo, obteremos certamente expressões como estas: o crimeque 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.

Assim sendo, no rol dos crimes hediondos, conforme disposto pelo artigo 1º da Lei nº 8.072/90, incluem-se o homicídio simples quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio e em sua forma qualificada; 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. Além disso, equiparam-se aos crimes hediondos, nos termos do artigo 2º da mesma lei, a prática

²² Então o Senhor Deus disse: 'O homem tornou-se como um de nós, conhecendo o bem e o mal. Agora, para que ele não estenda a mão, tome também da árvore da vida e coma, e viva para sempre...'

²³ Por isso, o Senhor Deus o expulsou do jardim do Éden, para que cultivasse o solo de onde fora tirado.

²⁴ Assim, ele expulsou o homem; e ao oriente do jardim do Éden, colocou querubins e uma espada flamejante que girava para guardar o caminho da árvore da vida.

⁵ Segundo a legislação brasileira, é um crime considerado de extrema gravidade e que causa granderepulsão social. Esses crimes são tipificados na Lei nº 8.072/1990, que estabelece que os crimes hediondos são aqueles que, pela sua natureza, são considerados muito graves e que afetam diretamente a sociedade.

de tortura; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; e o terrorismo.

Devido à extrema gravidade dessas infrações penais, o legislador optou por vedar a concessão de fiança em caso de sua prática, sem prejuízo da possibilidade de deferimento da liberdade provisória sem fiança, como será abordado em capítulo subsequente.

4 A LIBERDADE PROVISÓRIA SENDO CONCEDIDA EM SITUAÇÕES DE CRIMES INAFIANÇÁVEIS

120

Considerando o exposto nos capítulos anteriores, a legislação estabelece que em certos crimes é proibida a concessão de liberdade provisória com fiança, denominados como crimes inafiançáveis. Diante dessa premissa, surgem questionamentos sobre a constitucionalidade dessa proibição e se ela viola o princípio da presunção de inocência. No entanto, não há fundamento para a alegação de inconstitucionalidade ou violação desse princípio. Ambos são preceitos constitucionais, e é importante considerar que nenhum princípio é absolutamente inflexível. Nesse contexto, é necessário ponderar a gravidade dos delitos considerados inafiançáveis pelo legislador e a necessidade de preservar a segurança pública em equilíbrio com o princípio da presunção de inocência.

Por outro lado, surge a dúvida sobre se ao determinar os crimes inafiançáveis, o legislador estaria também proibindo a concessão da liberdade provisória sem fiança para esses delitos.

Sobre o assunto temos entendimentos doutrinários divergentes, nas palavras de OLIVEIRA, 2004, p. 549-550., podemos observar que:

De acordo com o Código Penal e a Constituição Brasileira, a liberdade provisória pode ser concedida de duas formas: com fiança e sem fiança. A ****liberdade provisória com fiança**** requer não apenas o pagamento de um valor fixado pelo juiz, mas também o cumprimento de diversas condições, incluindo o comparecimento obrigatório a todos os atos do processo e a comunicação de mudanças de endereço. Em contraste, a ****liberdade provisória sem fiança**** impõe menos requisitos, exigindo apenas o comparecimento aos atos processuais.

Embora a fiança não seja permitida para determinados crimes inafiançáveis, a liberdade provisória sem fiança pode ainda ser concedida, conforme o artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição

Federal. Tal possibilidade reflete uma interpretação constitucional que não pode ser restringida pela legislação ordinária. A contradição observada decorre do fato de que a liberdade provisória sem fiança pode ser concedida para delitos mais graves, enquanto a liberdade provisória com fiança tende a ser aplicada a crimes de menor gravidade.

Não obstante essa aparente contradição, é possível que uma futura mudança legislativa ajuste essa situação, buscando harmonizar os critérios para a concessão de liberdade provisória.

Assim esclarece NUCCI, 2009, p. 647, que:

[...] 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 deterrorismo.

Com o ensinamento mais atual de OLIVEIRA, 2011, p.67-68:

O principal entendimento é que, embora à primeira vista possa parecer haver uma desigualdade na concessão de liberdade provisória, onde crimes graves seriam tratados com menos gravidade (sem fiança) e crimes menos graves com maior onerosidade (com fiança), essa questão é mais complexa do ponto de vista jurídico. A legislação tem a prerrogativa de definir os regimes de liberdade provisória de acordo com a gravidade do crime e a necessidade de medidas cautelares, e não está rigidamente subordinada à redação da Constituição.

A Constituição proíbe a concessão de fiança para certos crimes, mas isso não impede a implementação de alternativas cautelares. O legislador pode criar medidas diversas e eficazes para garantir a ordem pública e a efetividade do processo, além da fiança. A Lei 12.403/11 exemplifica essa abordagem ao introduzir medidas cautelares alternativas à prisão e à fiança, oferecendo mais opções para o magistrado e as partes no contexto processual. Portanto, a intenção do constituinte não foi proibir a liberdade provisória para crimes inafiançáveis de forma absoluta, mas sim permitir a criação de mecanismos cautelares adequados para cada situação.

Com base no entendimento dos doutrinadores mencionados, fica claro que para eles não há restrição à concessão da liberdade provisória sem fiança. Isso porque, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a liberdade provisória sem fiança já era concedida, sendo até mesmo a mais comum naquela época. Portanto, a disposição constitucional apenas reforçou a inafiançabilidade, que se refere exclusivamente à proibição da liberdade provisória com fiança, mantendo intacta a possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança.

Dessa maneira, é amplamente aceito que a única restrição imposta pela Constituição Federal em seu texto se refere ao instituto da fiança, não sendo possível a concessão da liberdade provisória com fiança. No entanto, a concessão da liberdade provisória sem fiança não é impedida. Essa interpretação se baseia no fato de que o próprio texto constitucional estabelece a necessidade de fundamentação para a decretação da prisão. Por exemplo, na lei dos crimes hediondos, a proibição expressa da liberdade provisória, sem exigir fundamentação escrita da autoridade judiciária, foi considerada inconstitucional.

Portanto, entende-se que o legislador constituinte, ao proibir a fiança em certos crimes, não tinha a intenção de vedar a concessão da liberdade provisória sem fiança.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para garantir que uma pessoa mantenha sua liberdade durante as investigações e processos penais, é importante que ela tenha liberdade provisória. A nova Lei 12.403/2011, permitindo que se adotem medidas cautelares, ajustando-se às particularidades de cada situação. Entretanto, de acordo com a Constituição, há crimes que não podem ser compensados por fiança, isto significa que não é possível conceder liberdade provisória nessas situações. Por outro lado, a Lei 12.403/2011 expandiu as opções de concessão de liberdade provisória e estabeleceu medidas prudentes que podem ser utilizadas em vez da prisão.

Embora a Constituição veda a concessão de liberdade provisória para certos delitos, não menciona o casamento como um fator relevante, a correção seria necessária. Os principais objetivos do estudo tem por investigar as questões e os debates que envolvem a liberdade provisória em casos de crimes hediondos .as questões e debates em torno da liberdade provisória em casos de delitos inafiançáveis. O objetivo consiste em esclarecer informações e ampliar a compreensão das implicações legais e práticas em relação ao tema.

Memorando com as restrições constitucionais, uma análise demonstrada que a legislação deve prever alternativas cautelares que utilizando o método dedutivo e fundamentado em doutrinas e legislações pertinentes, a pesquisa proporcionou uma visão clara das limitações impostas pela Constituição e das opções legais disponíveis.

As medidas alternativas de fiança para crimes inafiançáveis podem ser criadas sem obstáculos pela Constituição, uma vez que sustentam os direitos fundamentais ea ordem pública. Além disso, a regulação da liberdade provisória, sobretudo aos crimes inafiançáveis, precisa estabelecer um equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e uma exigência de medidas cautelares. É imperativo que a legislação continue evoluindo, buscando soluções para atender às demandas da justiça criminal sem comprometer as garantias constitucionais dos acusados.

Antes de melhorar a aplicação do direito e promover uma justiça mais justa, é crucial ter um debate constante e realizar pesquisas sobre o assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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: 14 maio. 2024.

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: 15 maio 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**,online.

CÂNDIDO, Laura Dorilêo. **Vedação da liberdade provisória é inconstitucional**. **Consultor Jurídico**, jun.2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-jun-11/vedacaoliberalde-provisoria-crimes-inafiancaveis-inconstitucional>>. Acesso em: 16 maio 2024.

_____. **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: 16 maio 2024.

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: 18 maio 2024.

_____. **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: . Acesso em: 16 maio 2024.

MACHADO, Iuri Victor Romero. **A absurda tese da inafiançabilidade como meio pra se negar direitos**. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2011. Disponível em: <

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8926>. Acesso em: 20 maio 2024.

PONTES, João Paulo Fernandes. *Da Liberdade Provisória nos Crimes Inafiançáveis*. 2007. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2024.

_____. 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: 16 maio 2024.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. _____. **Processo Penal**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.