

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

GILBERTO GIACOIA

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA

RICARDO ALVES BENTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Gilberto Giacoia, Ricardo Alves Bento, Romulo Rhemo Palitot Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-322-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direito Penal. 4. Processo Penal. 5. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Integrando o XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba, Paraná, de 7 a 10 de dezembro de 2016, na linha de extensão e circularidade do conhecimento, em seu desenvolvimento acadêmico-científico, como resultado das atividades de apresentação de artigos ligados pela vocação proposta pelo objetivo temático do Encontro, qual seja o de enfrentamento aos enormes desafios decorrentes dos avanços sociais globais ou locais, de modo a se reclamar cada vez mais a implementação concreta do conceito de sustentabilidade: “Cidadania e Desenvolvimento: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, cumpre seu mister o Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”, trazendo a reflexão crítica do sistema penal em seu propósito meramente simbólico, de modo a buscar sua inserção no contexto da crise de efetividade do Direito e da Justiça que os dias atuais nos acomete.

Parte-se da renovada importância de manutenção deste espaço de incremento da pesquisa e da investigação acadêmica gestada nos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, tão bem coordenada por seu Conselho Nacional, propiciando, crescentemente, o intercâmbio criativo de ideias e reflexões científicas, de modo a prosseguir contribuindo, decisivamente, ao aprendizado e difusão do conhecimento, por meio de uma produção cada vez mais qualificada.

Nesta perspectiva, os pesquisadores selecionados neste Grupo de Trabalho (“Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”) visitam e revisitam temáticas variadas e inter-relacionadas que vão, a partir do viés crítico da constituição colonialista do sistema de justiça penal brasileiro em sua origem patrimonialista, desde a defesa da antecipação da tutela penal econômica por meio dos crimes de risco na sociedade pós-moderna, ora focando a delimitação do bem jurídico ambiental e a responsabilidade de empresas por danos ecológicos incluindo a consideração do ecoterrorismo, ou a honra nesta mesma tutela sempre permeada e inspirada pelo princípio da dignidade humana; assim transitando em direção a enfoques garantistas na produção, aplicação e execução da lei penal, seja no horizonte criminológico de tipificação de condutas como a do crime organizado ou da lavagem de dinheiro relacionada à exploração ilícita de jogos, ora do caráter simbólico do crime de sonegação de contribuição previdenciária; seja no processo cautelar com uma análise crítica ao instituto da inafiançabilidade; ou na fase execucional no que diz respeito ao caráter punitivo da medida de segurança ou ainda de um estudo da desinternação progressiva como

instrumento de reinserção social; bem como alcançando outras questões processuais relevantes de grande atualidade e importância, como a que compreende a colaboração premiada, o sistema penal aberto pelo olhar do Direito Penal dentro da força normativa da Constituição, como ainda a defesa das audiências de custódia em função dos seus resultados práticos; e, conceitualmente, desenvolvendo abordagens sobre o direito fundamental à segurança jurídica na linha do princípio da proteção deficiente, a recepção teórica do estado de coisas inconstitucional, o processo de impeachment nos aspectos supostamente autoritários da legislação processual penal, enfim, múltiplos focos, mas com o enredo comum de se tentar sustentar uma atuação menos romântica e mais eficiente, ideológica e efetiva da tutela estatal penal.

Conquanto em meio a um momento de crise institucional vivenciada na realidade social brasileira, prossegue o CONPEDI, ocupando seu lugar de destaque engajado na coordenação da política de pós-graduação na área do Direito, neste imenso Brasil de tantas contradições e contrastes, alimentando a esperança e o esforço de continuar inspirando a progressiva construção de uma sociedade melhor e mais justa.

É o que quer ensejar, como mais um contributo nesta direção, esta publicação.

Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga - UFPB

Prof. Dr. Ricardo Alves Bento

ANÁLISE CRÍTICA À INAFIANÇABILIDADE A PARTIR DO NOVO MODELO CAUTELARES DA LEI Nº 12.403/2011.

CRITICAL ANALYSIS TO UNBAILABLE FROM MODEL OF PRECAUTIONARY MEASURES FROM LAW 12.403/11.

Thiago Alves Feio ¹

Resumo

O estudo possui o objetivo analisar a validade do instituto da inafiançabilidade, previsto na Constituição de 1988. A base da previsão foi Código de Processo Penal de 1941, apresentava a prisão como regra e a liberdade como exceção. Com a Lei no 12.403 de 2011, em crimes afiançáveis passou a ser possível impor todas as medidas cautelares, inclusive a fiança, enquanto nos inafiançáveis podem ser impostas as medidas cautelares, com exceção da fiança. Nesse cenário, o crime afiançável tem a perspectiva de uma punição mais rígida do que de um crime inafiançável, no qual é vedada a aplicação da fiança.

Palavras-chave: Inafiançabilidade, Liberdade provisória, Medidas cautelares, Lei 12.403/11

Abstract/Resumen/Résumé

The study has the objective to address the validity of unbailable Institute, foreseen in the Constitution of 1988. The basis of the forecast was the Criminal Procedure Code 1941, had the prison as a rule and freedom as an exception. With Law 12,403 of 2011 in bailable crimes became possible to impose all precautionary measures, including bail, while the unbailable may be imposed precautionary measures, except for the bail. In this scenario, the bailable crime has the prospect of a stiffer punishment than a unbailable crime, which is forbidden the application of bail.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Unbailable, Provisional release, Precautionary measures, Law 12.403/11

¹ Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no CESUPA e Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho na FGV

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe, de maneira expressa, o instituto da inafiançabilidade, que fora criado pelo Código de Processo Penal de 1941. Naquele cenário, significava que caso o indivíduo cometesse um crime grave, não teria direito a responder o processo solto mediante liberdade provisória, pois só era possível a concessão de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança.

No entanto, na época o contexto já era outro, pois com a introdução do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal pela Lei nº 6.416 de 1977, passou a ser possível a concessão de liberdade provisória sem o pagamento de fiança.

Assim, surge a questão central do presente estudo, pois, se já era permitida pelo Código de Processo Penal desde 1977 a concessão de liberdade provisória sem a aplicação do instituto da fiança, não faria mais sentido a existência de crimes inafiançáveis.

Dessa forma, o objetivo principal é realizar uma análise crítica da existência de crimes inafiançáveis, a partir da relação entre fiança e liberdade provisória, baseado no pensamento da doutrina.

Primeiramente, será apresentado a questão principal do estudo. Posteriormente, serão expostos o instituto da fiança e da liberdade provisória e como esses se apresentam após a edição da Lei 12.403/11.

Por último, será feita uma análise do pensamento de doutrinadores do processo penal que trazem vários argumentos - contra e a favor - do instituto da inafiançabilidade. Serão também apresentadas algumas soluções para o empasse trazido à apresentado.

1. O PROBLEMA

Quando um crime era dito inafiançável, se entendia que o ilícito cometido era grave e teria um alto grau de reprovação na sociedade e, portanto, o acusado não poderia ser solto provisoriamente. (OLIVEIRA, 2011, p. 518)

A previsão de crimes inafiançáveis tinha como objetivo manter presos os acusados dos delitos mais graves, sem a possibilidade da concessão de liberdade provisória, já que a fiança era uma condição. (OLIVEIRA, 2011, p. 519)

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente em seu art. 5º incisos XLII, XLIII e XLIV, a previsão de crimes inafiançáveis, ou seja, a vedação à aplicação da liberdade provisória. (OLIVEIRA, 2011, p. 518)

No entanto, tal disciplina se apresentou desatualizada e sem aplicação prática, pois o contexto envolvendo a liberdade provisória e a fiança já havia sido modificado com o advento da Lei nº 6.416, editada no ano de 1977, que alterou o art. 310 no Código de Processo Penal. (OLIVEIRA, 2011, p. 530)

Desse modo nos crimes ditos inafiançáveis não pode ser concedida a liberdade provisória mediante fiança, porém não há nenhuma vedação à concessão da liberdade provisória sem fiança, introduzida no art. 310 do Código de Processo Penal pela Lei nº 6.416 de 1977. (OLIVEIRA, 2011, p. 519)

2. FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA

O processo criminal sempre disciplinou a questão da tutela cautelar antes do trânsito em julgado da sentença. O sistema processual penal brasileiro quando foi editado o Código de 1941 possuía a premissa de que a prisão era regra e a liberdade era exceção. Diante desse raciocínio, havia a aplicação antecipada da pena mesmo sem uma sentença penal definitiva para o caso, sob o fundamento da punição por conta do risco de fuga do acusado. (OLIVEIRA, 2011, p. 513)

Nesse cenário, a liberdade provisória foi criada para que fosse concedida ao acusado a oportunidade de acompanhar em liberdade o desenvolvimento do processo, até a sentença definitiva. A vinculação perdura até que o processo transite em julgado, ou seja, o acusado está vinculado a proceder todas as obrigações do processo penal até que este tenha uma sentença definitiva. (PASSOS, 2000, p. 98-99)

A liberdade provisória também objeto de positivação na Constituição de 1988 (art. 5º inciso LXVI). Este direito preceitua que nenhuma pessoa deve ser presa ou permanecer nesse estado, se no caso concreto for admitida a liberdade provisória. (LIMA, 2012, p. 421)

Em outras palavras, se não houver necessidade da manutenção do acusado em prisão cautelar, ele terá direito de ser solto em liberdade provisória, com ou sem o arbitramento de fiança. (LIMA, 2012, p. 421)

Como descreve, no trecho, o autor Weber Martins Batista:

Em todos os países civilizados, em uns mais que em outros, os ordenamentos jurídicos facultam aos juízes substituir o regime

de prisão preventiva por outra limitação menos intensa da liberdade do acusado, mediante a instituição do que se denomina liberdade provisória. (BATISTA, 1985, p. 35)

A liberdade provisória decorre dos princípios da presunção de inocência e não culpabilidade. Esse instituto só poderia ser concedido mediante o pagamento de fiança, que funcionava como um requisito para a liberdade provisória (NUCCI, 2012, p. 577)

Quando foi editado o Código de Processo Penal em 1941, os principais critérios que definiam se o acusado deveria ser preso ou permanecer solto, durante a instrução criminal e o processo penal, eram a gravidade do crime em abstrato e se era afiançável. (ROCHA & BAZ, 2000, p. 111)

Os dois requisitos deveriam ser analisados pelo magistrado, caso o crime não fosse suscetível à fiança, o acusado deveria ficar sob custódia do poder público. (ROCHA & BAZ, 2000, p. 111)

A fiança era uma garantia real, que funcionava como uma contracautela, em que o acusado entrega um valor ao judiciário para garantir a instrução processual, sendo utilizada para o pagamento das custas processuais e a reparação do dano causado, entre outras finalidades, em troca da concessão da liberdade provisória. (NUCCI, 2012, p. 626)

Nesse sentido, a principal finalidade da fiança era de afastar a possibilidade de o acusado permanecer preso cautelarmente, e, ao mesmo tempo, garantir que fossem cumpridas as exigências do processo penal. Caso as descumprisse, o acusado perderia o valor prestado como fiança. (ROCHA & BAZ, 2000, p. 130-131)

Mirabete (2002, p. 408) define fiança como:

A fiança é um direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até que a sentença condenatória irreversível. É um meio utilizado para obter a liberdade provisória: se o acusado estiver preso, é solto; se está em liberdade, mas ameaçado de custódia, a prisão não se efetua.

De acordo com Rocha & Baz (2000, p. 18), a fiança no processo penal era reconhecida como contracautela, sendo requisito indispensável para a concessão da liberdade provisória e, caso houvesse vedação da mesma, o réu deveria permanecer preso.

Tal procedimento visava conceder a liberdade provisória ao acusado, substituindo decretação da prisão preventiva por uma contrapartida menos gravosa. (LIMA, 2012, p. 443)

Assim, quando o delito fosse afiançável, o juiz deveria analisar o caso e decidir se o acusado deveria ser solto através da liberdade provisória ou retido mediante prisão preventiva. Caso fosse inafiançável o delito, o juiz era obrigado a manter o acusado sob custódia do estado, sendo vedada a liberdade provisória. (ROCHA & BAZ, 2000, p. 111)

Entretanto, com a modificação do art. 310 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 6.416/77, passou a ser possível a concessão da liberdade provisória mesmo sem o pagamento de fiança. (NUCCI, 2012, p. 626)

A alteração não foi motivada por cunho de ampliação dos direitos dos acusados. Teve, em verdade, um viés político. A medida visava diminuir a superlotação das cadeias, deixando presos somente aqueles que tivessem seu processo já com sentença condenatória transitada em julgado. (LIMA, 2012, p. 436)

O instituto da fiança perdeu quase totalmente sua aplicação, pois tal dispositivo passou a admitir a possibilidade da concessão de liberdade provisória, mesmo sem a aplicação da fiança, com a condição de o acusado comprometer-se a comparecer a todos os atos processuais. (LIMA, 2012, p. 436)

Assim, houve uma incoerência no sistema, pois os crimes mais graves continuaram tendo vedada a aplicação da fiança, mas passaram a ter a possibilidade da liberdade provisória sem fiança. (ROCHA & BAZ, 2000, p. 113)

2.1 OS INTITUTOS APÓS A LEI Nº 12.403/11

O sistema processual penal brasileiro, desde sua criação, admitia somente duas alternativas extremas de medidas cautelares. Ou o acusado permanecia preso de forma cautelar ou era solto mediante liberdade provisória. (LIMA, 2012, p. 382)

Diante dessa lógica, surgiu um sério problema no sistema penal brasileiro, pois sem opções a serem aplicada ao caso concreto a prisão cautelar foi amplamente utilizada no processo penal. (LOPES JR., 2011, p. 59)

Lopes Jr. (2011, p. 59) expõe o panorama de que “o sistema carcerário brasileiro está em colapso, e no ano de 2011 superamos a marcas dos 500 mil presos, sendo que desses, quase 200 mil são presos cautelares”.

A Lei no 12.403/11 trouxe mudanças significativas a toda a sistemática do Código de Processo Penal, principalmente com relação à liberdade provisória e às medidas cautelares, em que se enquadra a fiança.

A mudança se deu por dois motivos. Primeiro por conta da mudança paradigmática do sistema penal brasileiro, que passou a adotar a liberdade como regra e a prisão como exceção. (LIMA, 2012, p. 1492)

O segundo motivo para eliminar a incoerência no sistema que deixava margem para que nos crimes mais graves (inafiançáveis), acabava por sair em liberdade provisória sem a aplicação de medidas cautelares, quando ausentes os motivos da prisão preventiva. (LIMA, 2012, p. 1492)

A liberdade provisória passou a ter a possibilidade de vir acompanhada da aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 178)

Ao analisar o caso, o juiz poderá cumular a liberdade provisória com outras medidas cautelares, visando à obtenção de um resultado equivalente ao da prisão preventiva, porém evitando ao máximo sua decretação assegurar um menor sacrifício ao acusado. (LIMA, 2012, p. 424)

As medidas cautelares podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, dependendo do caso concreto. O juiz avaliará de acordo com as especificidades do caso, sendo a prisão cautelar o último recurso a ser usado no caso de nenhuma das outras medidas cautelares se mostrarem efetivas. (OLIVEIRA, 2012, p. 581)

O juiz, no entanto, não está obrigado a impor uma das medidas cautelares, sendo discricionário o julgamento da necessidade da sua aplicação. (OLIVEIRA, 2012, p. 581)

A Lei no 12.403 de 2011 ampliou a aplicação da fiança a praticamente todos os crimes, com exceção daqueles vedados na constituição, independente da pena culminada. (LIMA, 2012, p. 437- 438)

Com isso, o instituto da fiança ganhou nova roupagem, sendo agora uma verdadeira cautelar autônoma, dentro de um leque de outras cautelares que são disponibilizadas ao juízo para serem aplicadas ao caso concreto. (LIMA, 2012, p. 443)

A fiança deixou de ser um requisito para conceder a liberdade provisória e passou a figurar como uma das medidas cautelares a serem aplicadas. O instituto passou a ter aplicabilidade em todos os crimes, com exceção dos crimes vedados constitucionalmente (LIMA, 2012, p. 443)

Ainda assim, Nucci (2012, p. 627) faz duras críticas à vedação da fiança, pois nos crimes inafiançáveis, caso não estejam presentes os requisitos dos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal, o réu será solto, mesmo sem aplicação do instituto da fiança.

Nesse cenário, em crimes mais brandos o juiz poderá aplicar o instituto da fiança, dentre outras medidas cautelares, devendo o réu dispor de parte de seu patrimônio para ser solto. (NUCCI, 2012, p. 627)

Em contrapartida, em crimes mais graves (inafiançáveis), o réu pode ser solto mediante aplicação das medidas cautelares, porém, é vedada a aplicação da fiança. (NUCCI, 2012, p. 627)

3. CRÍTICAS À EXISTÊNCIA DE CRIMES INAFIANÇÁVEIS.

Após suscitar as questões relevantes acerca da liberdade provisória e da fiança, serão expostos os argumentos de diversos autores do direito, seguindo uma lógica temporal para melhor exposição.

3.1 UMA VISÃO OBSOLETA

A primeira crítica à inafiançabilidade diz respeito à sua previsão na Constituição Federal de 1988, pois foi baseada na visão do Código de Processo Penal de 1941 que se encontrava obsoleta.

Essa previsão constitucional não fazia mais sentido no momento de sua edição, visto que diante das modificações implementados no sistema processual penal brasileiro, o contexto era oposto.

A Constituição Federal de 1988 em seus incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º, trouxe de volta o ultrapassado conceito de inafiançabilidade, baseado livremente no Código de Processo Penal de 1941. No período de sua edição consagrava a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança como único modo de o acusado permanecer livre. (OLIVEIRA, 2011, p. 530)

O contexto Código de Processo Penal de 1941 possuía a prisão como regra e a liberdade como exceção. No entanto, quando foi elaborada a Constituição Federal de 1988, o panorama era completamente diferente, fundado no princípio da presunção de inocência e, já nesse momento, a liberdade era a regra e a prisão era exceção. (PASSOS, 2000, p. 119)

Assim, quando a Constituição Federal de 1988 previu a inafiançabilidade, baseou-se na visão obsoleta do Código de Processo Penal de 1941 e ignorou totalmente o contexto contemporâneo que se apresentava. (PASSOS, 2000, p. 119)

Essa lógica pode ser ilustrada pela publicação, em 1977, da Lei nº 6.416, que possibilitou a concessão de liberdade provisória sem fiança, minando o respaldo da inafiançabilidade mais de 10 anos antes de sua positivação na Constituição de 1988. (PASSOS, 2000, p. 119)

3.2 LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIMES INAFIANÇÁVEIS

A segunda crítica à inafiançabilidade, incide na modificação trazida pela Lei nº 6.416 de 1977 à sistemática do Código de Processo Penal, que deixou a inafiançabilidade sem efeito.

A Lei nº 6.416 de 1977 adicionou o parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, autorizando o benefício da liberdade provisória sem fiança para os casos em que o juiz não verificasse a presença das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. (BATISTA, 1985, p. 61)

Em outras palavras, foi permitido ao juiz conceder liberdade provisória em todo e qualquer caso em que não fosse hipótese de prisão preventiva. (BATISTA, 1985, p. 61)

Assim, até mesmo nos crimes mais graves, como os inafiançáveis, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória sem fiança. (BATISTA, 1985, p. 61)

Mesmo que outrora o fato de o crime ser inafiançável significasse a vedação à liberdade provisória, com a introdução do referido dispositivo, qualquer crime, independentemente de ser afiançável ou não, passou a comportar a liberdade provisória. (TOURINHO FILHO, 2001, p. 511-515)

Logo, se tornou possível a concessão da liberdade provisória sem fiança tanto nos crimes afiançáveis como nos inafiançáveis. A fiança passou a ser deixada de lado, visto que, caso presentes os requisitos da preventiva o acusado era preso e, caso ausentes os requisitos da prisão preventiva, o acusado era solto por meio da liberdade provisória, que poderia ser concedida sem fiança. (TOURINHO FILHO, 2001, p. 511-515)

Portanto, com o advento da Lei nº 6.416 de 1977 e consequente adição do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, a fiança deixou de ser um requisito obrigatório para a concessão de liberdade provisória. Em consequência, a fiança perdeu muito de sua importância, conforme será demonstrado no tópico a seguir.

3.3 PROIBIÇÃO EM ABSTRATO OU VEDAÇÃO *EX LEGE*

Um argumento que contrapõe inafiançabilidade é a questão da proibição geral em abstrato, também chamada de vedação *ex lege*.

A proibição em abstrato ou vedação *ex lege* é aquela em que o Poder Legislativo, no momento de criação da legislação, atribui uma proibição genérica e abstrata a uma certa situação. Essa proibição retira do Poder Judiciário a prerrogativa de analisar as especificidades do caso concreto. (LIMA, 2012, p. 480)

Quando o Legislativo realiza a vedação *ex lege* utiliza-se a expressão sentença legislativa, pois o legislativo estaria infringindo a separação dos poderes e legislando de forma a limitar a atuação do Poder Judiciário. (LIMA, 2012, p. 480)

No caso da liberdade provisória, o Poder Legislativo não pode vedar a concessão de liberdade provisória de forma genérica e abstrata, pois cabe ao juiz analisar o caso concreto de acordo com as especificidades, de forma escrita e fundamentada. (LIMA, 2012, p. 481)

Pautando-se no mesmo raciocínio, não pode o legislador, abstratamente, proibir a aplicação do instituto da fiança, baseado exclusivamente na gravidade do crime em questão. É função do magistrado analisar o caso concreto e decidir aplicação de quais institutos se adequa melhor ao caso concreto. (OLIVEIRA, 2012, p. 577)

As constantes reformas no processo penal brasileiro aumentam gradativamente o papel do juiz de analisar as especificidades de cada caso e aplicar as regras processuais penais, diminuindo sensivelmente a intromissão do Poder Legislativo na função do Judiciário. (PASSOS, 2000, p. 127)

Logo, a vedação em abstrato do Poder Legislativo não é cabível, estando a cargo de o magistrado decidir o caso.

3.4 UMA INCOERÊNCIA SISTEMÁTICA

Outro argumento desfavorável à inafiançabilidade é que, com a introdução do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal (visto nos tópicos anteriores), acabou por criar uma incoerência sistemática no sistema processual penal brasileiro.

Na prática, os autores de crimes mais leves (afiançáveis) obtêm liberdade provisória mediante o pagamento de fiança. Em contrapartida, os autores de crimes mais graves (inafiançáveis) obtêm a liberdade provisória, sem a possibilidade de pagar fiança. Em outras

palavras, os acusados de crimes mais graves têm um ônus mais leve. (BATISTA, 1985, p. 109)

Desse modo, a inafiançabilidade é uma incoerência dentro do próprio sistema em que está inserido, pois a própria Constituição Federal exige que a decisão seja proporcional, o que não ocorre.

Assim, há um maior ônus dos crimes mais brandos, a fiança para crimes afiançáveis, e para os crimes mais reprováveis a fiança não pode ser exigida. (OLIVEIRA, 2012, p. 582-583)

Com o advento da Lei nº 12.403 de 2011, a contradição da inafiançabilidade ficou ainda pior, pois, atualmente, para os crimes mais leves é possível a aplicação de todas as medidas cautelares trazidas pela referida lei, inclusive a fiança. (OLIVEIRA, 2012, p. 578)

Para os crimes mais graves, considerados inafiançáveis podem ser aplicadas as medidas cautelares, mas a fiança é vedada. Logo, constitui uma incongruência e desproporcionalidade. (OLIVEIRA, 2012, p. 578)

3.5 MEDIDAS CAUTELARES E A LEI Nº 12.403/11

A principal medida cautelar prevista no sistema processual brasileiro apresentava frangente desproporcionalidade e diversos problemas em sua utilização.

Diante desse cenário catastrófico, foi editada a Lei nº 12.403/11, que trouxe um rol de medidas cautelares que poderiam ser aplicadas, na tentativa de corrigir as falhas descritas.

Assim, o argumento mais recente contra a inafiançabilidade foi elaborado após o advento da Lei nº 12.403 de 2011, que trouxe uma profunda reformulação no sistema cautelar penal brasileiro.

Referida lei introduziu um rol de medidas cautelares, dentre as quais se encontra o instituto da fiança. Nesse contexto, apesar dos crimes inafiançáveis terem a aplicação da fiança vedada constitucionalmente, não há qualquer proibição à aplicação das outras medidas cautelares. (LIMA, 2012, p. 481)

Logo, segue o mesmo raciocínio adotado anteriormente, com a introdução do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal. Caso o autor pratique um crime considerado inafiançável, cabe a concessão de liberdade provisória, vedada a aplicação da fiança; porém, permitida a imposição de qualquer das outras cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011. (LIMA, 2012, p. 482)

Portanto, independente de o delito ser afiançável ou não, o juiz deve impor as medidas cautelares que entender necessárias para produzir o mesmo efeito prático da prisão, só que de maneira menos gravosa ao acusado. (LIMA, 2012, p. 482)

4. ARGUMENTOS A FAVOR DA INAFIANÇABILIDADE

No outro lado da moeda, há autores que aceitam tranquilamente a validade do conceito de inafiançabilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo este tópico reservado a expor os argumentos desses autores no intuito de abordar todas as perspectivas da questão.

O primeiro argumento de defesa do instituto da inafiançabilidade é de que tal conceito ainda é plenamente válido. O raciocínio é de que, quando foi previsto pelo legislador constituinte, seu intuito era de vedar para os crimes inafiançáveis toda e qualquer forma de concessão de liberdade provisória. (OLIVEIRA, 2011, p. 519)

Ou seja, o crime ser inafiançável significava que o acusado deveria permanecer preso durante todo o processo, sendo vedada a liberdade provisória com ou sem fiança. (OLIVEIRA, 2011, p. 519)

Dentro desta lógica, o parágrafo único do art. 310 do Código Processo Penal, que permitia a liberdade provisória sem fiança quando ausentes os pressupostos da preventiva, não poderia ser aplicado aos crimes inafiançáveis, sob pena de esgotar a utilidade do instituto da inafiançabilidade. (OLIVEIRA, 2011, p. 519)

Tal argumento, quando visto de uma forma macrossistêmica, não parece coerente com o resto das garantias e princípios constitucionais. Porém, quando visto dentro da lógica microssistêmica, na relação fiança, liberdade provisória e inafiançabilidade, possui certa lógica.

Outro argumento favorável à validade da inafiançabilidade seria de que o instituto está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 e que, portanto, sendo esta a norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro editada pelo Poder Constituinte originário, não caberia ao Poder Legislativo editar lei ordinária que contrarie ou que invalide preceito constitucional. (LIMA, 2012, p. 469)

5. PROPOSTAS DE SOLUÇÕES AO PROBLEMA.

Levando em conta a problemática debatida ao longo do presente estudo, verificou-se que diversos autores desenvolveram possíveis soluções à questão da inafiançabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Nucci (2012, p. 627) apresenta uma proposta de ampliar a aplicação do instituto da fiança para todos os crimes previstos no sistema penal brasileiro, diferenciando os mais leves dos mais graves apenas na questão de quem seria competente para determinar a medida.

A solução proposta pelo autor certamente resolveria o problema apresentado, porém sua implementação seria difícil, tendo em vista que a inafiançabilidade é prevista constitucionalmente. Logo, seria necessária uma mutação constitucional para realizar o feito.

Para Batista (1985, p. 114), uma solução menos incisiva ao ordenamento jurídico brasileiro seria a criação de uma fiança especial. Para os crimes afiançáveis seria aplicado o tradicional instituto da fiança, e para os crimes inafiançáveis seria aplicada uma fiança especial, mais rígida e exclusiva para os crimes mais graves.

A proposta, apesar de possuir aspecto de remendo à uma falha legislativa, poderia resolver o problema da inafiançabilidade dos crimes de forma menos incisiva e, ao mesmo tempo, reestabelecer a proporcionalidade e a coerência sistemática do sistema penal brasileiro.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pautando-se nos argumentos dos renomados autores do Direito Processual Penal, verifica-se a contradição e desproporcionalidade causada pela inafiançabilidade no sistema processual penal brasileiro.

No ordenamento jurídico vigente, a prisão deixou de ser regra e passou a ser exceção. Prevalece, atualmente, a liberdade do acusado enquanto não houver sentença transitada em julgado. Somente deve permanecer detido cautelarmente o indivíduo que se enquadrar nas hipóteses de decretação da prisão preventiva.

O indiciado por um crime não pode ter a concessão de liberdade provisória vedada em abstrato, baseada exclusivamente na gravidade do delito. Ou seja, a liberdade provisória não pode ser impedida nos crimes inafiançáveis, pois constituiria uma verdadeira vedação *ex lege*.

O magistrado deve analisar o caso concreto e expedir uma decisão fundamentada. Assim, nos crimes inafiançáveis apesar de ser vedada a aplicação da fiança, é permitida a concessão de liberdade provisória sem fiança.

O argumento de que a possibilidade da concessão de liberdade provisória sem fiança nos crimes inafiançáveis estaria esvaziando o instituto da inafiançabilidade não se sustenta, pois não há vedação expressa na Constituição Federal e, caso fosse aceita, constituiria uma vedação em abstrato.

A vedação à aplicação do instituto da fiança aos crimes considerados mais graves se mostra inadequada na lógica do sistema cautelar penal brasileiro, visto que importa somente no impedimento à aplicação da fiança.

No caso de o acusado cometer um dos crimes considerados mais graves, deveria ser imposto ao mesmo um encargo mais pesado, mas acaba sendo beneficiado, pois é vedada a fiança. Dessa forma, o sistema processual está aliviando os seus encargos quando proíbe a aplicação da fiança.

Com o advento da Lei nº 12.403/11, em crimes afiançáveis podem ser impostas todas as medidas cautelares trazidas pela nova lei, inclusive a fiança. Enquanto que nos crimes inafiançáveis, podem ser impostas as medidas cautelares trazidas pela nova lei, com exceção da fiança.

Nesse cenário, o autor de crime afiançável tem a perspectiva de uma punição mais rígida e, para o autor de um crime inafiançável, resta vedada a aplicação da fiança.

Em outras palavras, nos crimes afiançáveis o acusado tem mais encargos que nos crimes inafiançáveis. Tornou-se mais “vantajoso” responder por um crime inafiançável do que por crime afiançável.

Assim, chegamos ao entendimento que o instituto da inafiançabilidade constitui um retrocesso legislativo que fere a proporcionalidade e a coerência do sistema processual penal brasileiro, devendo ser expurgado do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse raciocínio, teríamos como alternativas, a ampliação da abrangência do instituto da fiança a todos os crimes, independente de sua gravidade, ou a criação de um tipo especial de fiança, mais rígida, a ser aplicado exclusivamente nos crimes inafiançáveis.

A ampliação da abrangência do instituto da fiança seria método mais doloroso, pois a inafiançabilidade está prevista no art. 5º da Constituição Federal, considerado cláusula pétrea pelo no inciso IV do §4º do art. 60, que inviabiliza a modificação das garantias e direitos individuais presentes no art. 5º da Constituição. Essa solução só poderia ser aplicada a médio prazo no caso de uma substituição da Constituição vigente por uma nova, porém não se vislumbra essa situação em um futuro próximo.

Já no que tange à criação de uma prestação pecuniária especial, exclusiva para essa espécie de crimes, se apresenta como uma proposta menos incisiva e de implementação mais acessível no sistema jurídico atual. Dessa forma, seria criada uma prestação pecuniária mais rígida a ser aplicada somente nos crimes mais graves, que atualmente são considerados inafiançáveis.

Essa prestação pecuniária teria valores mais altos que a fiança convencional e só poderia ser aplicada pelo magistrado. Todas essas propostas são propostas de *lege ferenda*.

Com a implementação de uma dessas soluções, o sistema processual penal voltaria a partilhar de coerência e proporcionalidade na sua sistemática cautelar, se adequando às inovações trazidas pela Lei nº 12.403 de 2011.

A alteração no instituto da inafiançabilidade traria significativa mudança ao sistema processual penal, visto que passaria a ser possível a aplicação da medida cautelar pecuniária aos autores dos crimes mais graves, reestabelecendo a proporcionalidade do sistema.

Seria deixada de lado a vedação em abstrato da aplicação da fiança, ficando a cargo do magistrado analisar o caso concreto e aplicar qualquer das medidas cautelares que entender necessárias.

Assim, eliminaria a situação da aplicação de medidas cautelares mais brandas a autores dos crimes mais graves, enquanto autores de crimes menos graves teriam a possibilidade de punição mais rígida.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória: Modificações da Lei n.º 6.416, de 24 de Maio de 1977**. 2º edição, Rio de Janeiro, RJ: Ed. Forense, 1985.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>

BRASIL. Lei nº 6.416 De 24 De Maio De 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6416.htm>

BRASIL. Lei Nº 12.403, De 4 De Maio De 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>

LIMA, Marco Antonio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Liberatórias: Atualizado de acordo com a Lei 12.403, de 4 de Maio de 2011**. São Paulo, SP: Editora Atlas S.A., 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar No Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual De Processo Penal**. 2. Ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso De Processo Penal**. 15º. ed., rev. E atual. Rio de Janeiro, RJ. Editora Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso De Processo Penal**. 16º. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Da Prisão e da Liberdade Provisória: Aspectos Polêmicos - Doutrina e Jurisprudência**. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira; BAZ, Marco Antonio Garcia. **Fiança Criminal e Liberdade Provisória**. 2º. Ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Isabel Cristina Da. **A Liberdade Provisória Nos Crimes Inafiançáveis.** (Monografia Apresentada ao Curso de Graduação em Direito) Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Barbacena, 2012. Disponível em: <<http://www.unipac.br/bb/tcc/tcc-4edf720a900de80c2ee122d72dac2ec1.pdf>>

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 7º Ed. Salvador, BA: Editora JusPodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 23. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2001. v. 3.

VIOL, Fernanda Raquel Glater. **Liberdade Provisória Nos Crimes Inafiançáveis.** (Monografia Apresentada ao Curso de Graduação em Direito) Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Barbacena, 2012. Disponível em: <<http://www.unipac.br/bb/tcc/tcc-f402a41aaa9315bffc380a4b587b2b.pdf>>