

# A OBSOLESCÊNCIA DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À FIXAÇÃO DA FIANÇA EM CRIMES INAFIANÇÁVEIS A PARTIR DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.403/11

Esthéfane D'Arc de Paula<sup>1</sup>

Gian Miller Brandão<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Lei nº 12.403/11, a fim de reavivar o instituto da fiança, a incluiu no art. 319 do Código de Processo Penal, juntamente com outras oito medidas cautelares diversas da prisão, acarretando uma incongruência com a previsão constitucional dos crimes inafiançáveis. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro passou a permitir a aplicação da fiança cumulada com a liberdade provisória para os crimes afiançáveis, menos graves, e a permitir a liberdade provisória com as medidas cautelares diversas da prisão, salvo a fiança, para os crimes caracterizados pela Constituição como inafiançáveis, logo, mais graves. Para buscar uma solução para tal controvérsia legislativa, o estudo, por meio do método jurídico-teórico aplicado a levantamentos bibliográficos e doutrinários, buscou analisar o conceito, a aplicação e o contexto social aos quais estão inseridos diversos institutos processuais penais. Restou comprovada a necessidade da adequação do texto constitucional ao instituto da fiança, haja vista a sua modernização realizada pela Lei nº 12.403/11 e a inadequação do termo “inafiançabilidade”, utilizado pela Constituição Federal, no atual contexto social brasileiro.

**Palavras-chave:** fiança; liberdade provisória; prisão preventiva; medidas cautelares.

## 1 Considerações iniciais

A Lei nº 12.403/11 modificou o Código de Processo Penal, no que tange à prisão, à liberdade provisória e às medidas cautelares. Incluiu no art. 319 do CPP diversas medidas cautelares, diversas da prisão. Dentre elas estabeleceu a fiança como medida cautelar diversa da prisão, reavivando o referido instituto, que passou a ser amplamente utilizado.

Entretanto, criou uma incompatibilidade, no que diz respeito à possibilidade da obtenção da liberdade provisória com fiança aos crimes afiançáveis e por meio de qualquer outra medida cautelar diversa da prisão,

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Instituto Presidente Tancredo de Almeida Neves.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos e mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor adjunto do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves. Membro do Núcleo Docente estruturante do Curso de Direito do Iptan. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, sendo advogado militante em diversas comarcas do Estado de Minas Gerais. Articulista com publicações em revistas e sites jurídicos. Palestrante em áreas do Direito e da Sociologia. Proprietário do Escritório "Gian Miller Brandão Advogados".

que não a fiança, aos crimes inafiançáveis – mais graves –, dispostos na Constituição Federal.

Por tudo isso, mostra-se essencial a realização de um estudo voltado à distinção e identificação dos conceitos básicos de institutos como o da prisão preventiva, liberdade provisória, medidas cautelares diversas da prisão e da fiança. Por fim, imperioso o debate referente à vedação constitucional à fixação da fiança como forma de obtenção da liberdade provisória nas hipóteses de crimes inafiançáveis após a vigência da Lei nº 12.403/11, haja vista a importância dos referidos institutos na atual ordem jurídica brasileira.

O tema é ensejador de polêmica, sendo, desta forma, mister a análise pormenorizada dos institutos, a fim de se promover uma solução às já mencionadas incongruências.

A pesquisa que se propõe será realizada por meio do método jurídico-teórico aplicado a levantamentos bibliográficos e doutrinários. O levantamento bibliográfico irá possibilitar as bases teóricas e doutrinárias das quais será retirada a fundamentação dos autores sobre o assunto tema do trabalho. A fonte primária da pesquisa é a bibliográfica, por meio da qual visa-se a análise da legislação processual penal, constitucional e esparsa, assim como a doutrinária poderá propiciar os conceitos de ordem dogmática.

Consoante o disposto, a vedação a fixação da fiança, no ordenamento pátrio, é algo totalmente desproporcional e desarrazoado. Portanto, deve-se realizar a compatibilização do texto constitucional com a nova legislação acerca da fiança, uma vez que o instituto foi atualizado pela Lei nº 12.403/11, sendo certo, ainda, que a possibilidade da fixação da fiança para todos os crimes é, notadamente, uma evolução do direito fundamental à liberdade, o que se mostra plenamente possível no ordenamento brasileiro.

## **2 Desenvolvimento**

### **2.1 Prisão preventiva**

A prisão preventiva possui natureza processual e tem por finalidade garantir a efetividade da instrução processual, somente podendo ser decretada

quando não for possível a sua substituição pelas medidas cautelares diversas da prisão, estabelecidas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal.

A preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial e durante o processo criminal até o trânsito em julgado da sentença condenatória. A medida pode ser adotada a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, do querelante ou do assistente. Na fase de instrução processual, poderá ser decretada de ofício pela autoridade judiciária (art. 311, CPP), sempre que presentes as causas dispostas no art. 312 do Código de Processo Penal e estiverem preenchidos os pressupostos estatuídos pelo art. 313 do CPP.

À luz do art. 312, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando houver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade (*fumus commissi delicti*).

Deve-se, ainda, estar presente o *periculum libertatis*, que é caracterizado pela garantia da ordem pública, bem como da ordem econômica,. Em outras palavras, visa coibir a reiterada prática de crimes contra a ordem tributária, o sistema financeiro e a ordem econômica, hipótese incluída no art. 312 do Código de Processo Penal pela Lei nº 8.884/94.

A possibilidade de decretação da prisão preventiva, visando garantir a conveniência da instrução processual, tem por objetivo evitar que o réu interfira nas investigações, seja modificando, alterando, destruindo e forjando provas ou ameaçando testemunhas e vítima. A finalidade de tal hipótese é exclusivamente impedir que o réu interfira na produção de provas e por qualquer meio inviabilize a busca pela verdade real.

A prisão preventiva também poderá ser decretada para assegurar a aplicação da lei penal, nos casos em que houver fundado receio de fuga do réu, a fim de eximir-se de eventual cumprimento de pena a ele imposta.

Por fim, conforme previsão do parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando houver o descumprimento de qualquer obrigação imposta por medida cautelar diversa da prisão disposta, no art. 319 do CPP, e não existir outra medida diversa da prisão adequada e suficiente para assegurar a persecução penal.

Desta forma, respeitados os requisitos e pressupostos dispostos pelo legislador no art. 312, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva será admitida, conforme previsão do art. 313, I, do CPP, quando se tratar de crime doloso, cuja pena privativa de liberdade cominada ao delito seja superior a 4 anos. Por sua vez, o inciso II, do art. 313 do CPP, admite a decretação da prisão preventiva nos casos de reincidência em crime doloso.

Em última análise, o art. 313, III, do Código de Processo Penal, trata da possibilidade de decretação da prisão preventiva em caso de violência doméstica envolvendo mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência.

Cumprido ressaltar que a existência de violência doméstica, por si só, não autoriza a decretação da prisão preventiva. Sendo, pois, necessário que a medida vise garantir o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência.

No que concerne à previsão da decretação da prisão preventiva por dúvida, acerca da identificação civil do agente ou por haver lacunas nas informações prestadas pelo investigado a respeito de seus dados, o crime praticado e a pena a ele cominada não possuem relevância. A prisão poderá ser decretada, sendo certo que, após a apuração dos dados identificadores, o agente deverá ser colocado em liberdade imediatamente.

## **2.2 Liberdade provisória**

A liberdade provisória encontra o seu fundamento no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Trata-se, por conseguinte, de um direito subjetivo do réu, em decorrência do princípio da presunção da inocência e visa manter seu *status libertatis*.

O instituto da liberdade provisória, após o advento da Lei nº 12.403/11, corresponde a uma medida de contracautela em substituição da prisão em flagrante. Nas palavras de Rangel (2012, p. 829), a liberdade provisória “trata-se de uma contracautela, pois a cautela é a prisão; a liberdade provisória é a sua contraposição”. Para Lopes Junior (2014, p. 897), com o advento do

referido dispositivo legal “a liberdade provisória é uma medida alternativa, de caráter substitutivo em relação à prisão preventiva”.

Desta forma, o beneficiário da liberdade provisória deve ser submetido ao cumprimento de determinadas obrigações, tais como as previstas nos arts. 326 e 327, do CPP, a fim de que seja garantido o seu comparecimento aos atos do processo.

Segundo Lima (2015, p. 1027), a liberdade é denominada como provisória, haja vista não ser “definitiva, encontrando-se sujeita a condições resolutorias, que podem acarretar sua revogação”. Entretanto, a revogação da liberdade provisória não gera a restauração da prisão em flagrante e, menos ainda, a decretação automática da prisão preventiva.

Para Lima (2015), em caso de descumprimento das medidas impostas ao acusado, haverá a conversão da liberdade provisória em prisão preventiva, se cabível, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 312, do Código de Processo Penal.

Destarte, com a Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória passou a ser amplamente utilizada de forma cumulada com as medidas cautelares diversas da prisão definidas no art. 319 do Código de Processo Penal.

### **2.3 Medidas cautelares diversas da prisão**

As medidas cautelares diversas da prisão foram ampliadas pela Lei nº 12.403/11 e estão previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal.

O art. 319, I, do Código de Processo Penal, prevê o comparecimento periódico em Juízo, para que o indiciado ou réu justifique ou informe, por meio idôneo de prova, as suas atividades. O comparecimento pode ser determinado isoladamente ou de forma cumulativa com outras medidas.

Por circunstâncias relacionadas ao fato, para evitar o risco de novas infrações, pode o magistrado determinar a proibição de acesso ou frequência a determinados locais, nos termos do art. 319, II, do CPP. Quando decretada tal medida, deve o juiz especificar os locais em que o acusado ou investigado não poderá frequentar ou acessar, sendo possível até mesmo que o magistrado determine que o investigado ou réu não acesse sua residência, quando a

vítima for pessoa que resida com o agente. Referida medida tem por finalidade evitar que novas infrações sejam cometidas, mas pode ser utilizada para evitar que as testemunhas e vítimas sejam amedrontadas ou ameaçadas pelo investigado ou acusado.

Em seu inciso III, o art. 319, do CPP, prevê a proibição do acusado ou indiciado de manter contato com determinadas pessoas quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, ele deva delas permanecer distante. O agente pode ser proibido de manter contato tanto com a vítima quanto com as testemunhas e co-réus, haja vista que se não houver tal proibição ele poderá influenciar no depoimento dessas pessoas e, por conseguinte, prejudicar a produção de provas.

O art. 319, IV, do Código de Processo Penal, trata da proibição do investigado ou acusado de se ausentar da Comarca, nos casos em que a sua permanência seja necessária ou conveniente à investigação ou instrução. A proibição pode ser absoluta – não poder deixar a Comarca sob hipótese alguma –, ou relativa – permite-se a ausência da Comarca em casos específicos, como, por exemplo, para trabalhar.

O inciso V, do art. 319, do Código de Processo Penal, por sua vez, trata da exigência de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixo.

No que se refere à suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, estabelecida no inciso VI do art. 319, é necessário que o agente esteja se valendo de seu trabalho no âmbito da administração pública ou de natureza econômica ou financeira para a prática de crimes. Portanto, deve haver nexo entre o cometimento do crime e o trabalho realizado pelo criminoso. Por óbvio, a medida visa evitar a reiteração na prática de crimes contra a administração pública, por seus funcionários ou empregados, e contra a ordem econômico-financeira.

No que tange à internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça (art. 391, VII, CPP), a medida somente será decretada para os investigados ou acusados inimputáveis ou semi-inimputáveis, seja na data do crime ou depois dela.

Sendo certo, ainda, que deve existir a possibilidade de reiteração da prática criminosa, caso a medida não seja decretada.

Por fim, o inciso IX, do art. 319, do Código de Processo Penal, aponta como medida cautelar diversa da prisão o monitoramento eletrônico, que é realizado através de equipamento eletrônico de monitoramento não ostensivo, por meio do qual o Poder Judiciário pode detectar a localização do investigado ou acusado.

Assim como as demais medidas cautelares previstas pelos artigos 319 e 320, ambos do Código de Processo Penal, o monitoramento eletrônico visa coibir a reiteração de práticas criminosas por parte dos acautelados, sendo certo que o monitoramento eletrônico pode ser decretado de forma isolada ou cumulativamente com qualquer outra medida cautelar diversa da prisão.

Em última análise, no que tange à medida cautelar de vedação de ausentar-se do país, prevista pelo art. 320 do CPP, importa destacar, que compete ao juiz comunicar às autoridades de fronteira acerca da proibição, determinar a entrega do passaporte, no prazo de 24 horas, e comunicar às autoridades competentes a proibição de emissão de novo passaporte.

### **3.4 Fiança**

A fiança é uma garantia processual, utilizada como medida diversa da prisão, com previsão do art. 319 do CPP, ou vinculada à liberdade provisória, conforme disposto no art. 310 do diploma legal. O referido instituto visa à efetividade processual. Em outros termos, além de proteger os direitos do réu, tem por finalidade fazer com que ele se faça presente em todos os atos do inquérito policial, da instrução criminal e do julgamento, sempre que intimado, sob pena de ser decretada a quebra da fiança, com perdimento parcial da mesma e possibilidade de se decretar a prisão preventiva.

A prestação da fiança consiste no depósito de objetos, pedras ou metais preciosos, dinheiro, título da dívida pública e em hipoteca inscrita em primeiro lugar, podendo ser apresentada pelo próprio réu ou por terceiro, conforme previsão do art. 330 do Código de Processo Penal.

Rangel (2012, p. 835) aponta que a fiança consiste em uma caução real ou fidejussória, sendo que:

A caução real consiste na entrega de valores (dinheiro, joias, bens imóveis, títulos da dívida pública, pedras, objetos ou metais preciosos – cf. art. 330 do CPP) feita pelo autor do fato, ou por terceira pessoa em seu favor, para que possa elidir o efeito coercitivo do ato prisional, defendendo-se de eventual (ou atual) acusação em liberdade.

A caução fidejussória, tecnicamente, é a obrigação acessória que terceira pessoa assume em nome do devedor pelo cumprimento, total ou parcial, de uma obrigação este está sujeito, caso não cumpra ou não possa cumpri-la.

Sendo assim, para Rangel, tanto a fiança por meio de prestação de valores, quanto a fiança por meio de garantia de terceiro, possuem as mesmas condições de garantir a efetividade do processo.

De forma diversa é o entendimento de Lopes Júnior (2013, p. 900-901) que afirma ser “a fiança, considerando o elevado valor que pode atingir, um elemento inibidor, desestimulante da fuga do imputado, garantindo, assim, a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação”. Para este autor, a fiança é uma caução real e o seu caráter garantidor está no fato de que o valor prestado visa evitar que o réu deixe de comparecer aos atos processuais, tendo em conta que a consequência será a perda do valor depositado.

Desta forma, é possível afirmar que a fiança é um direito subjetivo do réu, que mediante a prestação de uma caução real e o cumprimento de determinadas obrigações, será permitido permanecer em liberdade durante o inquérito policial, a instrução criminal e o julgamento.

### **3.5 A fiança e os crimes inafiançáveis**

A Lei nº 6.416, no ano de 1977, acrescentou ao art. 310 do Código de Processo Penal o seu parágrafo único (hoje revogada), que possibilitou a concessão da liberdade provisória sem a prestação da fiança em qualquer hipótese, na qual não estivessem preenchidos os requisitos para a decretação da prisão preventiva. Nesse sentido, preenchidos os requisitos da prisão preventiva, a liberdade provisória, com e sem a fixação da fiança, não poderia ser decretada.

A Constituição Federal de 1988 qualifica a prisão como medida excepcional. E, de forma concomitante, em seu art. 5º, XLII e XLIII, define alguns crimes como inafiançáveis. Os crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes

hediondos, nos termos da Constituição de 1988, não podem ter a fixação da fiança, devendo, por conseguinte, o agente que incorre na prática dos referidos tipos penais, permanecer detido durante a instrução processual.

Por sua vez, a Lei nº 12.403/11 modificou o Código de Processo Penal, ao estabelecer diversas medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 Código de Processo Penal), prevendo que a prisão preventiva somente poderia ser decretada quando estiverem preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP e as medidas cautelares diversas da prisão não forem cabíveis.

Desta forma, considerando que a liberdade é a regra e que a prisão preventiva somente deve ser imposta nos casos em que não for adequada a decretação das medidas previstas pelo art. 319 do Código de Processo Penal, obviamente há uma grande incongruência no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange aos crimes inafiançáveis.

Ora, se a Constituição Federal caracteriza alguns crimes como inafiançáveis e a Lei nº 12.403/11 impõe a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão, os agentes que incorrerem na prática de crimes inafiançáveis poderão gozar da liberdade provisória, por meio da fixação de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP diversas da fiança.

Por conseguinte, aos agentes que praticarem crimes tipificados como mais graves, haja vista serem determinados pelo Constituinte de 1988 como inafiançáveis, será imposta medida menos gravosa e aos agentes que incorrerem na prática de crimes menos graves, uma vez que não são inafiançáveis, poderá ser imposta medida cautelar mais grave, qual seja a fixação da fiança.

Como já mencionado, a fiança é uma medida cautelar diversa da prisão de extrema gravidade, uma vez que afeta diretamente o patrimônio do investigado ou réu, sendo possível até mesmo a supressão de parte desse patrimônio.

Nesta esteira, notadamente, o legislador inflige medida mais gravosa ao agente que incorre na prática de crimes, por ele considerados menos graves, uma vez que os qualifica como afiançáveis. Por outro lado, privilegia os agentes que praticam crimes mais gravosos, os chamados crimes

inafiançáveis, ao permitir que em tais casos a liberdade provisória seja concedida sem o arbitramento de fiança, haja vista ela ser incabível, conforme ditame constitucional.

Por todo o exposto, sendo certo que a liberdade é a regra constitucional, intenta-se entender, por meio do método jurídico-teórico aplicado a levantamentos bibliográficos e doutrinários, por que a lei veda a liberdade provisória mediante o arbitramento de fiança aos crimes inafiançáveis e, no entanto, permite que o investigado, ou acusado, seja colocado em liberdade por meio da aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão?

Nas palavras de Lopes Júnior (2013, p. 901), “é possível homologar o flagrante e conceder liberdade provisória sem fiança, pois não é a ‘afiançabilidade’ condição *sine qua non* para a liberdade provisória”.

Evidentemente, o legislador não atuou de forma razoável e proporcional, ao estabelecer a possibilidade da liberdade provisória sem fiança para os crimes inafiançáveis e permitir a liberdade provisória com fiança para os crimes afiançáveis, haja vista que o primeiro caso trata de crimes mais graves que aqueles abarcados pela segunda hipótese.

Nesse sentido, afirma Rangel (2012, p. 853):

[...] a lei veda a liberdade provisória mediante fiança, mas não veda a liberdade provisória sem fiança? Simplesmente porque falta sistemática na elaboração da lei. Faz-se a lei sem preocupação e seriedade sistemática e muito menos compromisso com a Constituição Federal.

Em clara concordância com o entendimento de Lopes Júnior (2013, p. 902), cumpre destacar que “o que não se pode tolerar é simplesmente manter alguém preso por ser o crime inafiançável”. Entretanto, deve-se tolerar que o agente que cometeu crime, tido pelo legislador como mais grave, uma vez que sequer admite a prestação de fiança, goze de sua liberdade provisória sem fiança, logo, de forma mais branda, e, aquele agente que cometeu crime previsto no ordenamento como menos grave, seja submetido ao pagamento da fiança, medida mais gravosa?

Considerando-se que o sistema processual penal brasileiro não suporta a prisão cautelar obrigatória, o mínimo que deve ser feito é uma revisão no que tange às hipóteses de concessão de liberdade provisória com e sem fiança.

De acordo com Pacelli (2012) apud Lopes Júnior (2013, p.907), a Constituição chegou:

absolutamente desatualizada em tema de liberdade provisória, trazendo uma enorme perplexidade ao renovar ou ressuscitar a antiga expressão inafiançabilidade cujo único significado era (e ainda é, para nós) a impossibilidade de aplicação do regime de liberdade com fiança.

A possibilidade da liberdade provisória sem fiança para os crimes inafiançáveis, nas palavras de Távora e Alencar (2009, p. 538) é uma limitação que “perdeu a sua razão de existir. O sistema tem de ser congruente, razoável, proporcional”.

Na mesma esteira, é o entendimento de Távora e Alencar (2009, p. 538):

É uma incoerência! Somos partidários da revitalização da fiança, estendendo o instituto para os mesmos casos onde já admite liberdade provisória sem fiança. Afinal, quem pode o mais, que é ficar livre sem pagar nada, pode o menos, que é permanecer em liberdade pagando.

Por fim, cabe destacar o entendimento de Nucci (2007) apud Távora e Alencar (2009, p. 538):

Para aperfeiçoar o instituto da fiança no Brasil, todos os delitos deveriam ser afiançáveis. Os mais leves, como já ocorre atualmente, comportariam a fixação da fiança pela própria autoridade policial, enquanto os mais graves, somente pelo juiz [...] ela retornaria a ter um papel relevante, abrangendo sempre o réu com melhor poder aquisitivo, vinculando-o ao acompanhamento da instrução, desde que os valores também fossem, convenientemente, atualizados e realmente exigidos pelo magistrado.

Deste modo, notadamente, o instituto da fiança, com as inovações implementadas pela Lei nº 12.403/11, passou a ser amplamente utilizado.

Entretanto, o instituto ainda merece atenção, no que tange aos crimes inafiançáveis.

Logo, considerando-se que quem pode o mais, que, neste caso, refere-se a gozar da liberdade provisória sem o arbitramento de fiança, pode o menos, que é obter a liberdade com o arbitramento da fiança. Compete ao legislador tornar a Constituição compatível com o instituto da fiança, que se traduz na possibilidade de fixação da fiança para todos os crimes. Em outras palavras, cabe ao Constituinte derivado por fim ao termo “inafiançabilidade”, haja vista que ao ser incluído na Constituição Federal e com o advento da Lei nº 12.403/11, foi criada uma grande incongruência.

Na linha do exposto, importa mencionar que, por se tratar de um direito fundamental, previsto no art. 5º, da Constituição Federal, a liberdade não está sujeita à emenda constitucional tendente a aboli-la, conforme previsão do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Entretanto, é plenamente possível que tais direitos fundamentais sejam objeto de emenda constitucional que os amplie.

Nesse sentido é o entendimento de Mendes e Branco (2014, p. 134), “se a proteção fornecida pela cláusula pétrea impede que os direitos fundamentais sejam abolidos ou tenham o seu núcleo essencial amesquinhado, não tolhe, evidentemente, o legislador reformista de ampliar.”

Destarte, é plenamente viável a modificação do texto constitucional, pelo constituinte derivado, a fim de efetuar a remoção do termo “inafiançabilidade”, ampliando, desta forma, a aplicação da fiança e facilitando a concessão da liberdade provisória, uma vez que a modificação que se defende implica na ampliação do direito fundamental à liberdade.

Cumprido ressaltar, em última análise, que a modificação deve ocorrer no texto constitucional, haja vista que a Lei nº 12.403/11 modernizou a fiança, tornando a sua utilização mais ampla e diversificada. Por conseguinte, o legislador alcançou o seu intento com a referida norma, qual seja, a redução do número de presos cautelares em decorrência da ampla utilização das medidas cautelares diversas da prisão, dentre elas a fiança.

### **3 Considerações finais**

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise acerca dos institutos da prisão preventiva, da liberdade provisória, das medidas cautelares diversas da prisão e da fiança após as inovações implementadas pela Lei nº 12.403/11. Além disso, também permitiu uma reflexão a respeito da vedação constitucional à fixação da fiança como medida cautelar diversa da prisão para a obtenção da liberdade provisória no cenário dos crimes inafiançáveis.

De modo geral, a doutrina analisada mostra-se avessa à vedação constitucional quanto à fixação da fiança nas hipóteses dos crimes inafiançáveis, haja vista ser a referida proibição desproporcional, incongruente e ultrapassada. Isto porque, ao permitir a concessão da liberdade provisória sem o arbitramento de fiança, aos agentes que incorreram na prática de delitos inafiançáveis, e, por outro lado, permitir a liberdade provisória mediante fiança, nos casos de crimes afinçáveis, fica demonstrado que o legislador brasileiro inflige medida mais grave ao agente que incorre na prática de crimes menos graves.

Em suma, o levantamento bibliográfico possibilitou sólidas bases doutrinárias a respeito da obsolescência de crimes qualificados, pelo constituinte, como inafiançáveis, frente à evolução processual penal, assim como, das novas necessidades sociais, dentre elas, a diminuição da população carcerária brasileira, cuja restrição da liberdade ocorreu de modo cautelar.

Nesse sentido, cabe ao constituinte derivado realizar a compatibilização do texto constitucional com a Lei nº 12.403/11. Para tanto, deve realizar a supressão do dispositivo que veda a fixação da fiança para alguns delitos, isto é, deve eliminar o termo “inafiançável” da Constituição, uma vez que a referida modificação amplia as possibilidades de obtenção de liberdade provisória.

Logo, trata-se de medida que visa à expansão do direito fundamental à liberdade e, por conseguinte, também irá tornar o ordenamento jurídico proporcional, congruente e razoável, além de fazer com que a aplicação da fiança se torne uma prática recorrente no cenário jurídico brasileiro.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 07 dez. 2016.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2016.

Brasil. **Lei nº 6.416**, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6416.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6416.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL, **Lei nº 8.884**, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL, **Lei nº 12.403**, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.