

LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA À LUZ DA LEI 12.403/11

Diana Baroni FIRMINO¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo abordar questões atinentes à reforma do nosso Código de Processo Penal, feita pela Lei 12.403/11, que alterou 32 artigos. Mais especificamente será tratado o instituto da liberdade provisória com fiança, que foi amplamente renovado. Assim, atualmente a fiança é caracterizada como medida cautelar autônoma, e não apenas como uma contracautelar, visão que se tinha anteriormente à reforma.

Palavras-chave: Liberdade Provisória. Fiança. Prisão. Lei 12.403/11. Cautelares.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 12.403/11 buscou-se adequar todos os institutos relativos às prisões e liberdade à Constituição Federal de 1988, pois o nosso Código de Processo Penal trazia as mesmas normas da época de sua edição, em 1941.

Após a reforma, o Título IX do CPP, anteriormente denominado “Da Prisão e da Liberdade Provisória”, passou a se chamar “Da prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”.

O instituto da liberdade provisória foi modificado em muitos aspectos, e assim nosso objetivo é tratar das implicações a respeito da concessão da liberdade provisória com fiança, como será o procedimento para sua realização, e em quais hipóteses será cabível, sempre contextualizando com qual era a realidade do ordenamento antes da edição da nova lei.

Para atingir tal objetivo, nos utilizamos de análise minuciosa do texto legal e comparações doutrinárias.

2 BREVE RELATO HISTÓRICO

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Email: dianabaroni@unitoledo.br

2. 1 A Liberdade Provisória No Mundo

A existência da liberdade provisória remonta ao Direito Grego, onde Livro IX de Platão já previa a concessão do benefício nos casos não envolvidos com conspiração política ou peculato. O procedimento previa que o acusado apresentasse três fiadores, que eram três pessoas que se responsabilizariam por seu comparecimento quando este fosse solicitado.

Em sede de Direito Romano, o instituto poderia ser concedido com fulcro na *intercessio* ou mediante o *vadimonium*. A primeira situação ocorria quando houvesse veto oposto de um magistrado à decisão de outro; e a segunda significava o compromisso de comparecimento em Juízo, sendo inicialmente previsto para as ações privadas, e só posteriormente para as públicas. Este poderia ser mediante caução ou meramente fidejussório. A *praedes vades* é a fiança nas ações públicas, sendo que há posicionamentos no sentido de que esta pode remontar até mesmo anteriormente à época da Lei das Doze Tábuas. Conforme entendimento de Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 20):

[...] a partir da Lei das Doze Tábuas, a liberdade provisória passou a ser considerada direito do imputado. O instituto somente conheceu seu ocaso com a troca do processo acusatório pelo inquisitivo, com o advento do Império, que trouxe consigo um arrefecimento do respeito aos direitos individuais do cidadão.

Pelas *quaestiones perpetuae*, o réu poderia se defender em liberdade. Segundo Jorge Vicente Silva (1998, p. 09), a partir da Lei Júlia *de vi*, a regra para o cidadão romano era a da liberdade provisória, independendo mesmo de fiança.

Já na época do Principado, voltaram a ocorrer situações de prisão provisória. O juiz, quando citasse o acusado, poderia optar por três situações: conceder liberdade provisória sem fiança; conceder liberdade provisória com fiança (agora chamada de *satisdatio*, não mais *vadimonium*), ou poderia decretar a prisão. Para decidir, o juiz levava em conta vários fatores, como a gravidade do crime (fator objetivo), a personalidade do réu (fator subjetivo), e ainda condição social, status, sexo, entre outros. E isto era permitido, segundo Jorge Vicente Silva (1998, p. 09 e

10), em razão da interpretação extensiva de uma lei que permitia aos magistrados determinarem a prisão de desobedientes e desordeiros.

No período da Idade Média, havia previsão de liberdade provisória tanto com caução quanto com garantia fidejussória apenas.

Na Inglaterra era comumente praticada a detenção do acusado, a fim de que se fizessem investigações até que o juiz chegasse ao local do ocorrido. Mas geralmente demorava até que o juiz comparecesse, então os *sheriffs*, por terem poder discricionário, começaram a conceder liberdade provisória com caução. Tal situação se tornou prática tão comum que cominou na edição do *Statute of Westminster the first*, que visava regular a concessão do benefício, evitando que ocorressem exorbitâncias. Esta lei previa que algumas pessoas eram afiançáveis e outras não. Também levava em conta a gravidade do fato. Após, diversas leis concederam o poder da concessão aos juízes de paz, entre 1275 e 1444. Em 1486, editou-se uma lei para sanar abusos ocorridos. De 1554 a 1826, esteve em vigor o *Statute of Philip and Mary*, que trazia normas para os inquiridos e estabelecia que quando um preso fosse afiançado, dever-se-ia tomar depoimento de testemunhas e enviar a um tribunal superior.

Segundo Jorge Vicente Silva (1998, p. 10), no último ano de vigência do *Statute of Philip and Mary*, por força do Ato 7 do Rei Jorge IV, novas normas sobre fiança passaram a vigor, como o deferimento de poderes discricionários ao juiz, que poderia conceder fiança em infrações leves (*misdemeanours*), e graves (*felonies*), mas nunca para as gravíssimas (*treasons*), quando apenas os tribunais superiores poderiam conceder liberdade provisória com fiança.

Em Portugal, durante os séculos XIII e XIV, a liberdade provisória foi legislada por D. Diniz e D. Pedro I, e suas leis foram posteriormente absorvidas pelas primeiras Ordenações do Reino, as Afonsinas, que tratavam da liberdade provisória em seus Títulos 120, 129, 131 e 132.

Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 21), afirmam que o seguro consistia em “uma promessa feita em juízo pelo acusado para solto se livrar, podendo assim, aguardar o desfecho da causa em liberdade, para tanto aceitando determinadas condições que lhe eram impostas”. Desta forma, através das *Cartas de Seguro* os senhores feudais colocavam algumas pessoas sob sua proteção. Em dado momento, os interessados passaram a pedir tal documento

às autoridades, geralmente quando era caso de negativa de autoria ou confissão qualificada (alegou que agiu sob legítima defesa, por exemplo).

A *Homenagem* atualmente é a Menagem, prevista no nosso Código de Processo Penal Militar, em seus artigos 263 a 269. Na época era uma liberdade provisória concedida como privilégio e sob palavra (atualmente, não é privilégio da pessoa, mas sim prerrogativa de função). Nesta época a fiança se dava na força de caução de bens, e os *fiéis carcereiros* eram os garantes do acusado. Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 21) afirmam:

Tais presos privilegiados poderiam permanecer em determinada casa, castelo ou cidade enquanto respondiam a processo. A caução por fiéis carcereiros consistia na palavra de fiadores idôneos de réus, merecedores da graça real. Pela palavra desses fiadores o réu lograva obter do rei a graça de ficar em liberdade enquanto era processado.

Durante a Idade Moderna, na França, em 1539, a liberdade provisória só era concedida aos casos de pequena importância. Tal orientação decorria do tipo de processo adotado, que era o inquisitorial, onde a investigação era facilitada pela presença do acusado, que participava de acareações, interrogatórios e reconhecimentos. Conforme Jorge Vicente Silva (1998, p. 12), os juízes e doutrinadores buscaram o abrandamento desse sistema, com a aplicação da Lei 17 do Código Justinianeu, Livro XII, título I, onde as pessoas ilustres poderiam se defender em liberdade, desde que prestassem juramento.

Na parte final do século XVI, houve uma combinação entre o rigor das ordenações modernas com a flexibilidade das leis romanas. Quando o crime fosse punido apenas com pena pecuniária, o acusado poderia ser posto em liberdade provisória mediante caução. Em outros casos, a concessão do benefício dependia da gravidade do crime. Os punidos com penas que acarretassem efusão de sangue eram infiançáveis. Como nesta época ainda não se falava no princípio da anterioridade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*), haviam muitas penas arbitrárias, e a liberdade provisória era concedida a critério do juiz.

Jorge Vicente Silva (1998, p. 12) afirma que a possibilidade de permanecer em liberdade sem prestar caução por falta de condições financeiras,

que anteriormente era prevista apenas aos fidalgos, foi agora também estendida aos pobres. Dependendo do caso, o juiz poderia permitir a prisão domiciliar.

Na Ordenação de 1670, houve previsão do benefício independente de caução, quando o acusado não tivesse contra si decreto de *prise de corps*. Porém, mesmo se tivesse, o juiz poderia conceder a liberdade mediante promessa de comparecimento, após parecer do Ministério Público.

A legislação revolucionária trouxe novamente a liberdade com caução nas infrações graves, e sem caução nas infrações correcionais.

Em toda a Europa, a liberdade provisória se desenvolveu de forma similar às situações ocorridas na França.

2. 2 A Liberdade Provisória No Brasil

Segundo artigo 179, §9º, da Constituição Imperial, “ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admite; e, em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão e desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto”.

O artigo 100 do Código de Processo Criminal de 1832, era a cópia da parte final do artigo constitucional acima, porém conforme entendimento de Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 22), o art. 113 do referido código expressamente admitiu apenas a fiança como forma de liberdade provisória, abolindo as demais.

A Lei 261 de 1841, em seu artigo 37, permitiu a liberdade quando o delito não fosse punido com pena superior a cem mil réis de multa ou prisão, degredo ou desterro, ou também a seis ou três meses de Casa de Correção oficinas públicas, desde que o acusado não fosse vagabundo e tivesse residência fixa. Porém sobreveio o regulamento 120 de 1842, que em seu artigo 299 desobrigava de fiança nos casos anteriormente citados.

Nesta época, a liberdade era muito demorada, pois havia inúmeras exigências. Com tal situação, o artigo 14 da Lei 2.033, de 1871, passou a prever a fiança provisória.

Na “Declaração dos Direitos” da primeira Constituição Republicana, o artigo 72 previa: “ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir”.

Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 22) afirmam:

Com a proclamação da República, o instituto da liberdade provisória com fiança passou a ser disciplinado no Código Penal de 1890, no Título IV – Das Disposições Gerais – arts. 405 e 406. Isso ocorreu porque, no atinente aos casos de cabimento e de aplicação de fiança, uma garantia individual constitucional, apenas a União podia legislar, razão pela qual não foi possível deixar a matéria à legislação processual, acerca do que cada Estado-membro da Federação tinha competência legislativa.

Os Decretos 3.084 de 1898 e 3.745 de 1899 traziam tabelas com valores de fiança, sendo estes proporcionais à gravidade do crime, de acordo com a quantidade de pena prevista.

Os códigos estaduais continham disposições similares, com diferenças em apenas alguns detalhes, como por exemplo, alguns admitiam a fiança provisória, e outros não.

Posteriormente, houve a edição do nosso atual Código de Processo Penal, criado pelo Decreto-lei 3.689 de 03/10/1941, o qual é objeto do presente estudo. Sua edição extinguiu a pluralidade do Direito Processual em âmbito nacional.

3 LIBERDADE PROVISÓRIA

O artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal prevê que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória,

com ou sem fiança. Esta disposição, por sua localização, caracteriza um direito fundamental, estando estritamente relacionada a outro direito fundamental, o da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do mesmo artigo.

Respeitando-se a hierarquia das normas, em um patamar abaixo, a liberdade provisória tem previsão no artigo 310, III e parágrafo único, artigos 321 a 350 e artigo 413, § 3º, todos do Código de Processo Penal.

Com o advento da Lei 12.403/11, a prisão, seja qual for sua modalidade, se tornou a *ultima ratio*, ou seja, a última razão, só podendo ser decretada em casos extremos, quando não for mais cabível nenhuma medida de natureza cautelar, e mediante o preenchimento de alguns requisitos. Porém mesmo com a existência dos requisitos, nem sempre é conveniente que o réu ou indiciado seja mantido encarcerado. Para isto, existe a liberdade provisória, que garante o direito ao réu de livrar-se solto, mediante a restrição de alguns direitos e a imposição de alguns deveres.

A terminologia “provisória” nada tem a ver com o tempo em que o indivíduo permanece solto, ou por sua duração simultânea à duração do processo, mas sim decorre das condições para que ele seja posto em liberdade. De acordo com Weber Martins Batista (1985, p. 38), “A provisoriedade se liga à situação durante o processo, e não ao fim do mesmo”.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1450), “trata-se de verdadeiro direito subjetivo do cidadão preso frente ao Estado, e não de um poder discricionário atribuído ao juiz”. Adiante, ficará claro que de acordo com a situação do caso concreto, a lei faculta ou impõe sua concessão.

3.1 Conceito

Liberdade Provisória é um instituto processual que garante ao sujeito, seja ainda indiciado ou já acusado, o direito de permanecer em liberdade durante o curso do procedimento, seja inquérito policial ou ação penal, até que a sentença penal condenatória transite em julgado, momento em que a liberdade se efetivará,

em razão de sentença absolutória, ou se iniciará a execução da pena definitiva, por conta de sentença condenatória.

Conforme entendimento de Edilson Mougenot Bonfim (2011, p. 93), “visa-se garantir o comparecimento do acusado ou indiciado beneficiado ao processo, sem que se lhe imponha o pesado ônus do encarceramento”. “Deve ser entendida como uma verdadeira medida ‘contracautelar’ alternativa à decretação da prisão preventiva, justamente visando impedir que o acusado, preso em flagrante, tenha sua detenção convertida em prisão preventiva”.

Este benefício substitui a prisão decorrente de flagrante legal, pois a ilegal, que é aquela que contém algum tipo de vício em sua execução, será imediatamente relaxada, por imposição do artigo 310, I, do CPP.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p. 434-435), “a liberdade provisória aplica-se para atenuar tanto a prisão já decretada (atual) quanto aquela que poderia ser decretada (iminente)”.

Reveste-se das características de ser limitada, em razão da liberdade ser vinculada (ou não) à imposição de determinadas condições, e também de ser precária, pois poderá ser revogada a qualquer tempo, em caso de descumprimento das condições impostas pelo juiz e aceita pelo indivíduo.

3.2 Espécies De Liberdade Provisória

3.2.1 Obrigatória

A pessoa deve ficar solta por força de lei, é um direito incondicional, que não lhe pode ser negado. Não poderá ser preso em nenhuma hipótese, em razão de circunstâncias objetivas, independentemente de condição pessoal do agente.

Não há necessidade de nenhuma condição. Ocorre nos delitos para os quais não se comina pena privativa de liberdade, e também nas infrações de menor potencial ofensivo, mediante compromisso de comparecimento espontâneo ao Juizado, conforme artigo 69, parágrafo único, da Lei do 9.099/95.

Alguns exemplos: crime de porte para uso pessoal de drogas (artigo 28, c.c. artigo 48, §§ 2º e 3º, da Lei 11.343/06) e crimes de trânsito com vítimas, quando o motorista prestar socorro (artigo 301 do Código de Trânsito Brasileiro).

3.2.2 Permitida

Quando não couber prisão preventiva, em face da ausência dos requisitos que a autorizam. O juiz concederá a liberdade provisória com ou sem fiança, podendo ainda impor uma ou mais das medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319 do CPP, respeitando as disposições do artigo 282 e 321 da mesma lei.

3.2.3 Proibida

Ocorre quando a lei textualmente veda o benefício. As hipóteses são:

- a) Artigo 7º da Lei 9.034/95 – intensa e efetiva participação em ilícitos vinculados ao crime organizado, sendo que caberá ao juiz definir o que se entende por “intensa e efetiva”, de acordo com o caso concreto;
- b) Crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, previstos na Lei 9.613/98;
- c) Crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, por força do artigo 44 da Lei 11.343/06.

Apesar destas hipóteses, o entendimento doutrinário majoritário é de que a proibição da liberdade provisória por qualquer lei é inconstitucional, quando ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, sendo indiferente ser o crime grave ou não, ou a sua natureza.

O Supremo Tribunal Federal, através da ADIn nº 3112-1, declarou inconstitucional a vedação da concessão de liberdade provisória *ex lege*, em face

dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade competente. Desta forma, decretou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), parágrafo único do artigo 15 (disparo de arma de fogo), e artigo 21 (que veda a concessão da liberdade provisória aos delitos previstos nos artigos 16, 17 e 18), todos da Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento.

O artigo 44 da Lei 11.343/06 prevê expressamente a proibição da concessão de liberdade provisória, para os crimes de tráfico de drogas e semelhantes, porém, mesmo assim têm-se concedido o benefício, sob o argumento de que a vedação quando à liberdade provisória, mesmo também sendo ex lege, encontra fundamento próprio, no artigo 5º, XLIII da CF. Por outro lado, há argumentos diferentes para a concessão do benefício, como o de que a proibição prevista no referido artigo 44 é a mesma prevista no artigo 2º, II, da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos). E como a Lei 11.464/07 afastou a impossibilidade de liberdade provisória nos crimes hediondos, o inciso foi derogado neste aspecto, sendo hoje possível sim haver a liberdade provisória para os crimes hediondos, e por consequência, aos de tráfico de drogas e assemelhados. Importante ressaltar o STF, através da Súmula 697, entendeu que “a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”. Porém conforme dito, a Lei 11.464/07 suprimiu este entendimento, ao afastar a impossibilidade de liberdade provisória nos crimes hediondos.

Finalmente, sobre o artigo 7º, da Lei 9.034/95, que prevê que não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, este ainda não foi revogado explicitamente, e nem foi decidido sobre sua inconstitucionalidade, o que só faz gerar mais dúvidas quanto à sua aplicação, e entendimentos divergentes em nossa doutrina e jurisprudência.

3.3 Modalidades

A liberdade provisória pode ser concedida sob 3 modalidades distintas:

- a) Sem arbitramento de fiança e sem a imposição de condições e/ou medidas cautelares diversas;
- b) Sem arbitramento de fiança, porém com a imposição de condições e/ou medidas cautelares diversas;
- c) Com o arbitramento de fiança.

O objeto do presente estudo é a análise dos aspectos e implicações da última modalidade, a liberdade provisória mediante fiança.

4 LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA

Encontra fundamento legal nos artigos 5º, inciso LXVI da Constituição Federal; artigo 319, inciso VIII e artigos 321 a 350, do Código de Processo Penal.

4.1 Conceito de Fiança

Por uma análise terminológica, fiança vem de *fidare/fidere*, que significa “fiar-se”, “confiar em alguém”. Assim, seria a fidejussória, que é a palavra dada por alguém de confiança, um fiador, que se obrigaria a pagar certa quantia se o condenado fugisse, impossibilitando o cumprimento da pena.

Porém, a mera palavra não é a forma aceita no nosso sistema. A fiança no nosso processo penal consiste em uma caução, uma garantia real, que visa o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado. É garantia real porque é prestada mediante objetos, dinheiro, qualquer coisa de valor, não se admitindo mais a fiança fidejussória, meramente por palavra.

O objetivo da fiança é manter o réu vinculado ao distrito de culpa, que é o local onde cometeu o crime. Isto para assegurar o cumprimento das obrigações do

afiançado, previstas nos artigos 319, VIII, 327 e 328, entre as quais a de comparecer aos atos processuais, não mudar de residência e não ausentar-se da comarca.

Além disso, o valor da fiança poderá ser usado posteriormente para o pagamento de custas processuais, pagamento de indenização à vítima e pagamento da prestação pecuniária, caso seja condenado à uma pena de multa.

4.2 Natureza Jurídica

A fiança é um direito constitucional (pois está prevista no art 5º, LXVI da CF) subjetivo do acusado que preencha todos os requisitos legais.

Antes do advento da Lei 12.403/11, era vista apenas como uma contracautelar, pois o réu dava uma caução visando a não manutenção da prisão em flagrante, ficando em liberdade, e então teria que cumprir as obrigações impostas, caso contrário outras medidas cautelares seriam impostas, ou ainda poderia ser recolhido à prisão. Ilustra esta visão o pensamento de José Frederico Marques (1961) *apud* Rocha e Baz (2000, p. 18): “A prisão em flagrante delito do indiciado seria uma cautela para a regular tramitação do processo penal, e sua cessação exigiria uma contracautela, representada pela fiança”.

A partir da nova lei, a maioria da doutrina acredita que a fiança passa a ser também uma cautelar autônoma, que pode ser determinada pelo juiz, quando a infração penal assim admitir, para alcançar os objetivos trazidos pelo art. 319, VIII do CPP.

É deste entendimento Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1475):

Portanto, seja como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante, seja como medida cautelar autônoma, a fiança tem como finalidade precípua assegurar o cumprimento das obrigações processuais do acusado, na medida em que este, pelo menos em tese, tem interesse em se apresentar, em caso de condenação, para obter a devolução da caução. Na prática, todavia, diante da defasagem do valor da fiança que vigorou durante anos e anos, não havia, pelo menos até o advento da Lei nº 12.403/2011, qualquer estímulo ao acusado para que permanecesse vinculado ao processo.

4.2 Momento Para Concessão

A liberdade provisória poderá ser concedida durante todo o curso da investigação e instrução processual: desde a prisão em flagrante, antes mesmo da abertura do Inquérito Policial, com o auto de prisão em flagrante, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O antigo artigo 334 do CPP trazia a seguinte redação:

Art. 334: A fiança poderá ser prestada em qualquer termo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

Com a reforma do código, passou a ser o seguinte:

Art. 334: A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

Desta forma, nota-se que a diferença está na expressão “em qualquer termo”. Isto porque antes da Lei 12.403/11, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz não estava obrigado a se pronunciar *ex officio* acerca da liberdade provisória. Então se não fosse provocado pelo Ministério Público ou pelo advogado do réu, este poderia ficar preso em flagrante ao longo de todo o processo.

Muito embora esta fosse a praxe, a doutrina não entendia desta forma, a exemplo de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1476):

Antes do advento da Lei nº 12.403/2011, a liberdade provisória funcionava apenas como substitutivo da prisão em flagrante. Sempre entendemos que, diante do parágrafo único do art, 310 do CPP, não era possível que alguém permanecesse preso em flagrante até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois, ao ser comunicado da prisão em flagrante, era obrigatório que o juiz analisasse o cabimento da liberdade provisória.

Hoje em dia, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá tomar uma das três providências trazidas pelo novo artigo 310 do CPP, então não

resta alternativa senão manifestar-se de ofício sobre a liberdade provisória, pois esta é justamente a situação prevista pelo inciso III.

4.3 Competência, Prazo e Valor

Conforme art. 322 do CPP, para as infrações punidas com pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, a competência para arbitrar será do delegado de polícia. Nestes casos, o valor poderá variar entre 1 e 100 salários mínimos. A lei não fixou prazo para a autoridade policial, mas o correto a se entender é que o arbitramento deverá ser feito imediatamente após a conclusão o auto de prisão em flagrante delito.

Quando a infração for punida com quantidade superior, apenas o juiz poderá decidir sobre a fiança, em um prazo de 48 horas (segundo parágrafo único do art. 322), e o valor poderá ser entre 10 e 200 salários mínimos.

A diferença com a redação anterior, é que o artigo usou apenas o termo “infração”, sendo que o texto antigo falava em “infração punida com detenção ou prisão simples”. Sobre isto, nos ensina Edilson Mougenot Bonfim (2011, p. 99):

Note-se que o rol de amplitude dos crimes passíveis de imposição de fiança diretamente pela autoridade policial foi substancialmente ampliado, porquanto a antiga previsão limitava-se aos crimes punidos com detenção e prisão simples, ao passo que, com a alteração da lei, a autoridade poderá estipular fiança nos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos de prisão.

Caso o delegado se omita em arbitrar, ou retarde a concessão, o art. 335 traz a possibilidade de requerer ao juiz competente, por simples petição. Neste caso, o prazo também será de 48 horas.

Se a pessoa praticar mais de um crime, na mesma ocorrência, ambos admitindo fiança, e com penas não superiores a 4 (quatro) anos, a autoridade policial irá somar as penas, cujo resultado deverá ser não superior a 4 (quatro) anos, pois é o limite imposto pelo art. 322. Caso tal limite seja excedido, a fiança somente poderá ser concedida pelo juiz.

Sobre o valor, antes da Lei 12.403/11 havia uma grande dificuldade, pois a redação do art. 325 do CPP era a seguinte:

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

- a) De um a cinco salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa de liberdade, até 2 (dois) anos;
- b) De cinco a vinte salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida com pena privativa de liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro) anos;
- c) De vinte a cem salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada for superior a 4 (quatro) anos.

A Lei 7.789/89 extinguiu o chamado salário mínimo de referência (SMR). Também em 1989, a Medida Provisória nº 75 estabeleceu que a fiança passaria a ser calculada pelo Bônus do Tesouro Nacional (BTN). Cada SMR corresponderia a 40 BTN. Porém em 1991, o BTN deixou de existir, então ao arbitrar, deveria ser levado em conta o valor do último BTN, em 30 de janeiro de 1991, devidamente corrigido e atualizado para real.

Tudo isto tornava o cálculo do valor da fiança muito confuso, e algumas vezes até mesmo injusto, não cumprindo com o seu objetivo de garantir o comparecimento do acusado aos atos processuais. Neste sentido é o posicionamento de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1481):

Um dos principais objetivos da Lei nº 12.403/2011 foi o de revigorar o instituto da fiança. De fato, há muitos anos já se fazia necessária atualização de seus valores, a fim de que a cifra arbitrada fosse algo mais razoável, de modo que a possibilidade da perda da sua metade (quebramento) ou da sua totalidade (perdimento) seja capaz de exercer uma coação indireta sobre o beneficiário, obrigando-o a respeitar as condições que lhe forem estabelecidas.

A doutrina de época anterior ao advento da Lei 12.403/11 já se inconformava com os obstáculos que tinham que ser vencidos para que a fiança fosse arbitrada, por conta de inúmeras mudanças no sistema monetário. Vejamos

qual era a posição de Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 131 e 134):

Antes de tudo, é razoável reconhecer que as variações do padrão monetário efetivamente consistiram em complicador quase invencível ao aplicador da lei penal que desejasse fixar valores de fiança, mormente nas três últimas décadas.

[...]

Acreditamos que o instituto da fiança somente se aperfeiçoaria se buscasse estabelecer mecanismos para a fixação de algo que se poderia denominar de “valor do risco social”, ou seja, a garantia patrimonial ou pecuniária condizente com o risco imanente à soltura provisória de indivíduo acusado da prática de crime, risco esse que deflui da perspectiva de fuga e impossibilidade de cumprimento da sanção penal cabível. A fixação desse valor atenderia à necessidade de aparelhamento do Estado para a melhor repressão criminal, sopesados os riscos de frustração dessa atividade, em particular, com as vantagens globais decorrentes da perda da garantia em favor do poder público.

Diante do exposto, é nítido que a situação está melhor atualmente, e que a Lei 12.403/11 veio para melhorar a antiga sistemática de concessão e arbitramento da fiança.

Os incisos II e III do §1º do art. 325 dispõem que de acordo com a situação econômica do preso, a fiança poderá ser reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços) ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes. Então a autoridade deverá guiar-se pela proporcionalidade, pois pode até ocorrer do valor arbitrado ser muito baixo, porém perante a situação econômica do indivíduo, estar exercendo seu caráter coercitivo. Assim como o inverso, ou seja, o valor precisar ser muito alto para exercer coerção sobre alguém de muitas posses. Desta forma nos ensina Edilson Mougnot Bonfim (2011, p. 100):

Considerando a finalidade da fiança, que deverá servir como caução para garantir o comparecimento do réu aos autos do processo, é relevante ter em conta sua situação financeira, pois a fiança não poderá ser de valor tão alto que inviabilize sua prestação, equivalendo tal situação à sua não concessão, tampouco pode ser de valor irrisório.

Para fins de comparação, o §1º do art. 325 antes de passar pela reforma da Lei 12.403/11, trazia a mesma possibilidade de redução (até dois terços), porém previa um aumento de no máximo até 10 (dez) vezes.

O art. 326 não foi incluído na reforma do código. Ele traz um rol de requisitos que deverão ser observados pela autoridade quando da aplicação da fiança. Dois dos requisitos são de natureza objetiva (natureza da infração e importância provável das custas do processo, até final julgamento); e os outros são de natureza subjetiva, pois estão ligados a circunstâncias pessoais do agente (condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, e circunstâncias indicativas de sua periculosidade).

4.4 Formas, Dispensa e Reforço da Fiança

A fiança poderá ser prestada na forma de dinheiro ou qualquer outro objeto que alcance o valor necessário, como por exemplo, joias.

Não há necessidade de o próprio sujeito pagar sua fiança, esta poderá ser paga por terceiros também.

O inciso I do §1º do art. 325 contempla a possibilidade da dispensa da fiança, estabelecendo que deverá ser observada a forma do art. 350. Este define que o juiz (e apenas ele) poderá conceder a liberdade provisória dispensando o preso do pagamento de fiança, ao verificar sua situação econômica. Porém o preso deverá respeitar as condições dos artigos 327 e 328, e se for o caso, ficará sujeito a outras medidas cautelares. O art. 350 difere do anterior à nova lei no sentido de que o antigo exigia que o juiz verificasse ser impossível ao réu prestar a fiança, usando os termos “por motivo de pobreza”. Além disso, o artigo reformado prevê a aplicação de outras medidas cautelares, coisa que não ocorria no antigo, logicamente porque as medidas cautelares diversas foram criadas com a Lei 12.403/11.

O art. 340 dispõe que a fiança deverá ser reforçada quando for insuficiente, quando o delito for reclassificado ou quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos

metais e pedras preciosas. Esta última situação é a mais comum entre as três, pois conforme Jorge Vicente Silva (1998, p. 47):

Pode ocorrer tanto quando a nível policial, se afiança o acusado como infrator de uma certa disposição e depois o representante do Ministério Público o acusa formalmente por outra infração com maior apenamento [...], como também quando, anteriormente à denúncia arbitra a fiança a autoridade judicial, com fundamento no fato de que teria o acusado cometido certa infração, e, após o representante ministerial imputa àquele infração com apenamento mais grave.

Salienta-se que o art. 340 não sofreu alteração com a Lei 12.403/11.

4.5 Obrigações do Afiançado

São trazidas pelos artigos 327 e 328, que também não passaram por reforma com a Lei 12.403/11.

A primeira obrigação consiste no dever do acusado em comparecer perante a autoridade a todos os atos processuais para os quais for intimado, sob pena de quebra da fiança. Isto é o que dispõe o art. 373. Para tanto, o sujeito irá assinar um termo de compromisso, colaborando com o regular desenvolvimento da instrução. A intimação se faz necessária, pois segundo Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 683):

Logicamente, caso não tenha ciência da prática do ato processual, não se pode considerar como injustificada a sua ausência. O mesmo se diga quando o ato processual a ser praticado prescinde de sua presença, como seria o caso da audiência para inquirição de testemunhas de antecedentes, arroladas pela própria defesa.

O acusado também estará obrigado a não mudar de residência, sem prévia autorização da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será

encontrado, conforme art. 328. Há certo exagero na expressão “prévia autorização”, pois na verdade o importante é saber onde estará o indivíduo, bastando para isto uma comunicação. Assim entendem Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2012, p. 669):

Embora a Lei se refira à necessidade de *permissão judicial* para a mudança de endereço, semelhante exigência não pode ser aceita, na medida de sua violação ao direito de livre locomoção, sem falar na garantia individual ao domicílio e à moradia (art. 5º, XI), fora do alcance de qualquer regulação estatal, a não ser quando fundada em riscos atinentes à construção.

O que pode ser exigido é a *comunicação* da mudança, do mesmo modo que ocorre em relação à ausência temporária do local de moradia, por prazo superior a oito dias.

4.7 O Uso do Valor da Fiança

O art. 336 estabelece que o valor obtido com a fiança poderá ser utilizado para indenização do dano à vítima, pagamento de custas processuais e eventual multa e prestação pecuniária (em caso de condenação).

O parágrafo único do referido artigo tem a seguinte redação: “este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal)”. Desta forma, tal disposição só se aplicará em caso de prescrição da pretensão executória (da pena); e não quando ocorrer prescrição da pretensão punitiva (da ação). Assim, a fiança não será usada quando for caso de prescrição da pretensão punitiva. Isto porque após a sentença, ainda poderá ocorrer a prescrição retroativa ou intercorrente, que são formas de prescrição da pretensão punitiva estatal; neste caso o valor da fiança será restituído a quem a prestou. Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1497), afirma: “No entanto, se a extinção da punibilidade se der em virtude da prescrição da pretensão executória, não há falar em restituição, como deixa entrever o art. 337, c.c. art. 336, parágrafo único, do CPP”.

4.8 Infrações Inafiançáveis

O legislador não trouxe um rol de quais crimes admitem fiança, mas sim quais não admitem. Desta forma, deve-se fazer uma interpretação a *contrario sensu* para se determinar quais são as infrações afiançáveis.

Ao editar a Lei 12.403/11, o legislador claramente objetivou melhorar o instituto da liberdade provisória com fiança, pois anteriormente havia uma verdadeira deturpação, visto que agentes de crimes graves acabavam sendo beneficiados com a concessão da liberdade sem fiança, quando houvesse ausência dos motivos autorizadores da prisão preventiva, o que ocorria por exemplo com o roubo.

O antigo art. 323 trazia 5 (cinco) incisos com situações que vedavam a liberdade provisória com fiança. Desta forma, a grande maioria dos crimes acabava por não permitir a concessão do instituto, e os juízes concediam a liberdade sem a fiança, mesmo para crimes graves, o que tornava o sistema contraditório. Atualmente, possui apenas 3 (três) incisos, o que demonstra que a intenção é tornar regra a liberdade provisória com fiança, podendo ser cumulada ou não com as medidas cautelares diversas trazidas pelo art. 319.

Além disso, o art. 324, que anteriormente trazia mais 4 (quatro) impossibilidades de concessão da fiança, com a reforma manteve 3 (três) delas. O inciso II, que impedia a fiança em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar, agora se limitou a impedir a fiança em caso de prisão civil ou militar.

4.8.1 Racismo

Tal hipótese está prevista no inciso I do art. 323, e também constitucionalmente no inciso XLII do art. 5º, que afirma que além de ser inafiançável, também é imprescritível. Desta forma, o objetivo da Lei 12.403/11 foi adequar o Código de Processo Penal à Constituição Federal de 1988. Apesar da

Constituição vedar a concessão de fiança, caberá liberdade provisória se ausentes os motivos da prisão preventiva.

A Lei 7.716/89 estabelece os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

4.8.2 Tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e hediondos

Conforme art. 323, inciso II e art. 5º, inciso XLIII da CF.

A Lei 8.072/90, em seu art. 2º, II, estabelece que os crimes hediondos, a tortura, o tráfico e o terrorismo são insuscetíveis de fiança. A respeito do cabimento da liberdade provisória sem fiança para os crimes hediondos, há divergências doutrinárias. A partir da Lei 11.464/07, não há mais proibição da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados. Desta forma, como há proibição da fiança (cujas aplicação seria mais gravosa), poderá ser concedida a liberdade provisória sem fiança, o que pode ocasionar injustiças e desproporcionalidade. Assim é o pensamento de Eugênio Pacelli (2011, p. 586):

[...] se couber liberdade provisória sem fiança para crimes inafiançáveis, haveria manifesta desigualdade no tratamento dos presos provisórios, já que se destinaria um regime de liberdade menos gravoso (sem fiança) para crimes mais graves (hediondos, drogas, etc.), enquanto, para crimes menos graves, se poderia impor medidas mais onerosas (com fiança).

O art. 44 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) veda a possibilidade de fiança para os crimes definidos nos artigos 33, “caput” e § 1º e 34 a 37. Há posicionamentos no sentido de que o art. 44 foi derogado pela Lei 11.464/07. Mas na verdade não caberá liberdade se presentes os motivos da prisão preventiva, conforme art. 324, IV. Então a fiança não vincularia a liberdade provisória, mas sim os motivos autorizadores da prisão preventiva.

4.8.3 Crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático

Hipótese trazida pelo inciso III do art. 323 e pelo art. 5º, XLIV, da CF. Assim como o crime de racismo, estes são imprescritíveis. Estes crimes são regulados pela Lei de Segurança Nacional – Lei 7.170/83.

Assim como nas hipóteses anteriores, apesar da proibição constitucional da fiança, caberá liberdade provisória se ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva.

Além destes crimes, há outros que não permitem a concessão da fiança, previstos em leis especiais. São os casos do art. 31 da Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro); art. 3º da Lei 9.613/98 – Lavagem de Dinheiro (crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores) e art. 7º da Lei 9.034/95 (agente que tiver intensa e efetiva participação na organização criminosa).

4.8.4 Quebra de fiança anteriormente concedida ou descumprimento das obrigações dos artigos 327 e 328

Tal vedação é prevista pelo art. 324, I do CPP. Ressalta-se que a quebra da fiança anteriormente concedida deve ter ocorrido no mesmo processo, e que o descumprimento das obrigações deve ser injustificado, para impossibilitar a concessão da fiança.

As hipóteses de quebra de fiança são trazidas pelo art. 341 do CPP, e serão abordadas posteriormente.

4.8.5 Prisão civil ou militar

Conforme inciso II do art. 324. A intenção do legislador nesta hipótese foi englobar tanto os crimes de transgressão militar como os crimes propriamente militares. Isto porque segundo Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1490), as prisões

funcionam como instrumentos coercitivos de tutela da hierarquia e da disciplina, sendo desarrazoado admitir-se a concessão de fiança quanto a elas.

4.8.6 Presença dos motivos autorizadores da prisão preventiva

Hipótese do inciso IV do art. 324. Os motivos autorizadores da prisão preventiva encontram-se no art. 312. Desta forma, quando se fizerem presentes, não caberá liberdade provisória, nem com fiança, nem sem fiança. O juiz deverá converter a prisão em flagrante em preventiva, conforme art. 310, III.

4.9 Extinção da Fiança

4.9.1 Pela cassação

Na verdade cassa-se a liberdade provisória, e não a fiança. Pode ocorrer em qualquer fase processual. O valor obtido será restituído integralmente a quem tenha prestado a fiança.

A primeira hipótese de cassação está prevista no art. 338 do CPP. Ocorre quando o juiz reconhecer que a fiança não era cabível na espécie. É a chamada fiança inidônea, que não poderia ter sido concedida por haver vedação legal, pelos requisitos não terem sido preenchidos (posteriormente se descobriu que o réu era reincidente em crime doloso, por exemplo) ou qualquer outra hipótese que impossibilite sua concessão. Assim, a cassação poderá ser determinação de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público. A autoridade policial não poderá determinar.

Também será cassada a fiança quando ao ocorrer inovação na classificação do delito, este se tornar infiançável, conforme art. 339. É o exemplo

de quando o promotor denunciar o indivíduo por crime diferente do indicado pela autoridade policial.

A última situação de cassação ocorre quando se fizer necessário o reforço da fiança, e este não for feito ou o réu não cumprir a determinação do reforço, conforme estabelece o art. 340, parágrafo único.

Eugênio Pacelli (2012, p. 676 e 677) afirma que em todos os casos, a cassação da fiança não é motivo para recolhimento automático do indivíduo à prisão (decretação da prisão preventiva), pois o juiz tem a obrigação constitucional de fundamentar suas decisões, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade.

4.9.1 Pela quebra

Antes da reforma pela Lei 12.403/11, a quebra se dava apenas quando o réu não comparecesse aos atos processuais para os quais fosse intimado, ou se praticasse nova infração penal na vigência da fiança.

Atualmente, o art. 341 traz um rol de 5 (cinco) hipóteses que implicarão no quebramento da fiança. Permanece a hipótese do não comparecimento. Sobre a prática de nova infração, agora o texto da lei afirma expressamente a necessidade de ser dolosa. Além disso, são previstos: a prática de atos meramente procrastinatórios ou protelatórios, o descumprimento de medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança (assim como o descumprimento das obrigações previstas pelo art. 328) e a resistência injustificada à ordem judicial.

As consequências da quebra são: I- perda de metade do valor da fiança, que será destinado ao Fundo Penitenciário, conforme art. 346. Tal perda é definitiva, o valor não será restituído mesmo se sobrevier sentença absolutória; II- o juiz poderá aplicar outras medidas cautelares ou, não sendo o caso, decretar a prisão preventiva, conforme estabelece art. 343; III- impossibilidade de nova concessão de fiança no mesmo processo, conforme art. 324, I.

4.9.2 Perda

O art. 344 estabelece que será perdido o valor da fiança em sua totalidade quando condenado, o réu não se apresentar para iniciar o cumprimento da pena. Edilson Mougenot (2011, p. 104) afirma que a apresentação não precisa ser espontânea, bastando que o réu não se oculte e não resista nem dificulte a prisão. E ainda, que a sanção não ocorrerá, por óbvio, se a pena a cumprir não implicar recolhimento à prisão.

Após a perda, o valor será utilizado para o pagamento das custas processuais, indenização do dano à vítima, e eventual pena de multa imposta. O saldo remanescente será recolhido ao Fundo Penitenciário, conforme art. 345.

4.10 Restituição

Segundo art. 337, o valor da fiança será integralmente restituído para quem a prestou em caso de ser declarada sem efeito; quando o indivíduo for absolvido ou quando ocorrer extinção da ação penal. Ainda são casos de restituição integral a cassação, conforme anteriormente explicitado; e o arquivamento do inquérito policial.

3 CONCLUSÃO

No que concerne à liberdade provisória com fiança, a Lei 12.403/11 cumpriu seu objetivo de tornar mais claras as disposições do Código de Processo Penal.

Além disso, conseguiu adequar o nosso código às disposições constitucionais, visto que por ser de 1941, o código foi elaborado em um período ditatorial, em que as garantias processuais constitucionais eram mínimas. Assim, atualmente o CPP está de acordo com princípios constitucionais como o da Presunção de Inocência. Também garante a ampla aplicação do direito fundamental

à liberdade, pois agora a prisão do indivíduo é a *ultima ratio*, sendo a liberdade provisória com fiança uma das possibilidades que garantem que o acusado se livre solto.

Porém algumas disposições ainda geram injustiças e desproporcionalidade, como a interpretação no sentido de cabimento de liberdade provisória sem fiança para crimes hediondos, que por sua gravidade, deveriam ter tratamento mais severo.

Assim, resta ao operador do direito interpretar as leis processuais penais sempre buscando a aplicação mais correta e justa do Direito, principalmente para que o nosso sistema não caia em descrédito perante a sociedade, e gere insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória**: modificações da lei n.6416 de 24 de maio de 1977. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do código de processo penal**: comentários à lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011 : prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código de processo penal (1941). **Código de processo penal e Constituição Federal**. 52 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e medidas liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2011, v.1

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; BAZ, Marco Antonio Garcia. **Fiança criminal e liberdade provisória**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. **Liberdade provisória**: e outras medidas cautelares. Leme, SP: J.H. Mizuno, 2011.

SILVA, Jorge Vicente. **Liberdade provisória com e sem fiança**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1998.