

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
Faculdade de Direito

Lara Carolina Leão Reis

**A NOVA ROUPAGEM DO INSTITUTO DA FIANÇA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO TRAZIDA PELA LEI 12.403 DE 04 DE MAIO DE
2011.**

Juiz de Fora
2012

Lara Carolina Leão Reis

**A NOVA ROUPAGEM DO INSTITUTO DA FIANÇA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO TRAZIDA PELA LEI 12.403 DE 04 DE MAIO DE
2011.**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Clarissa Diniz Guedes Ferreira

**Juiz de Fora
2012**

Lara Carolina Leão Reis

**A NOVA ROUPAGEM DO INSTITUTO DA FIANÇA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO TRAZIDA PELA LEI 12.403 DE 04 DE MAIO DE
2011.**

Monografia de conclusão de curso,
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Professora Clarissa Diniz Guedes Ferreira (Orientadora)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor João Daniel Gonelli
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora
2012

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo o estudo do instituto da fiança empregado no ordenamento jurídico penal brasileiro, com ênfase nas modificações estabelecidas pela Lei 12.403/2011.

As seguidas reformas processuais anteriores à Lei afetaram a aplicação da fiança, fazendo com que seu uso se tornasse incoerente ou ocioso. Sendo assim, pretende-se traçar o caminho percorrido à partir de sua evolução até o Código de Processo Penal Brasileiro, sua perda de aplicabilidade com a Lei 6.416/1977, até o seu revigoreamento e ampliação com a Lei 12.403/2011, demonstrando sua nova feição.

Palavras Chave: fiança; prisão; liberdade provisória; enfraquecimento; Lei 12.403/2011; modificações.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	05
2. CARACTERIZAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO.....	07
2.1. Conceito e finalidade.....	07
2.2. Natureza Jurídica.....	08
3. ORIGENS E EVOLUÇÃO.....	12
3.1. Fiança à luz do Código de Processo Penal de 1941.....	13
3.2. A Liberdade Provisória sem Fiança da Lei 6.416/1977.....	14
4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	17
4.1 Aplicação e Modalidades da liberdade provisória no ponto de vista da lei 6.416/1977, à luz da Constituição de 1988.....	20
4.1.1. Liberdade com e sem fiança.....	21
4.1.2. Crimes inafiançáveis.....	25
5.. PERDA DE CREDIBILIDADE DA FIANÇA PENAL.....	30
6. ESTUDO DA FIANÇA NO CONTEXTO ATUAL COM A INTRODUÇÃO DA LEI 12.403/2011.....	32
6.1 A Nova Roupagem do Instituto da Fiança.....	36
7. CONCLUSÃO.....	39
8. REFERÊNCIAS.....	40

1. INTRODUÇÃO

Recentemente Nestor Távora, em palestra¹ voltada à discussão gerada em torno da Lei 12.403/2011, citando um famoso filósofo alemão, disse: “Não devemos olhar nem muito para o horizonte, nem muito para baixo, mas nos olhos do homem que vamos mandar para a prisão” (sic Friedrich Nietzsche). Com esses dizeres ele quis evidenciar que uma reforma no sistema cautelar penal brasileiro se fazia, há muito tempo, necessária, a fim de propiciar maior compatibilidade das medidas impostas com a situação concreta.

No presente trabalho, o foco principal está nas alterações feitas pela citada lei, a fim de fazer “renascer” a aplicação coerente da fiança, uma vez que as constantes reformas processuais gradativamente aplicadas ao duo prisão/liberdade provisória acabaram por gerar um desgaste e uma ociosidade ao instituto.

Inicialmente, para possibilitar um estudo mais aprofundado do tema, será feita uma análise do conceito atual, que restou definido após vários anos de evolução normativa, e da finalidade da fiança no meio processual. Não obstante, faz-se mister o estudo de sua natureza jurídica, explicitando como ocorreu a transformação da natureza contracautelar para cautelar.

Em seguida, para que seja feita uma real análise dessa cautelar, é necessário delimitar sua evolução histórica desde os primórdios de sua origem, passando pelos “pontos normativos” mais importantes: sua aplicação na Constituição Imperial de 1824, que se preocupava com a privação da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença; seu entendimento à luz da redação originária do Código de Processo Penal de 1941, em que vemos a possibilidade de liberdade provisória com fiança; e a vigência da Lei 6.416/1977, onde surgiu a possibilidade de liberdade provisória sem fiança. Nesse ponto, já é possível verificar um descrédito no instituto, que se agravará à luz da nova ordem constitucional.

¹ Ministrada em 20 de agosto de 2012, na Semana Jurídica da Faculdade Metodista Granbery, cujo tema se baseou nas reformas trazidas pela Lei 12.403.

Feito o exame inicial, podemos analisar o princípio da presunção de inocência, cuja elucidação é necessária para que entendamos a evolução do contexto histórico, social e jurídico deste elemento normativo.

Restará, então, o estudo da liberdade provisória e seu “uso” (hipóteses de incidência e não incidência) na nova ordem constitucional, antes do advento da Lei 12.403/2011, a fim de que fique definido todo o saber necessário para discutirmos como ocorreu o descrédito do instrumento acautelatório.

Enfim, a última análise será acerca da reforma trazida pela Lei 12.403/2011, que veio atender a uma necessidade de suprir lacunas e reestruturar o uso da fiança, estabelecendo a liberdade provisória como regra a ser seguida toda vez que o caso concreto permitir.

Por fim, como poderá ser observado, o trabalho tem como referencial teórico o princípio da presunção de inocência que norteia a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no que concerne à aplicação do instituto da fiança.

Será analisado como a inserção do parágrafo único ao artigo 310 do CPP através da Lei 6.416/1977 submeteu a fiança ao sistema que muitos chamam de bipolaridade entre prisão e liberdade. Pretende-se defender que esta situação vem a ser sanada pela vigência da Lei 12.403/2011, de forma que, nos dias atuais, nos resta um sistema com maior contribuição jurisdicional e que adéqua a utilização da fiança às necessidades reais do caso concreto.

2. CARACTERIZAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

2.1. Conceito e finalidade

Após diversas mudanças, que serão descritas nos capítulos subsequentes, assim como prevê a letra atual do artigo 330 do CPP dada pela Lei 12.403/2011, a fiança é uma garantia real que se faz valer mediante pagamento de determinada quantia que pode ser suprida através de dinheiro ou objetos que expressem valor econômico.

Art. 330 - A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

§ 1º - A avaliação de imóvel, ou de pedras, objetos ou metais preciosos será feita imediatamente por perito nomeado pela autoridade.

§ 2º - Quando a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus.

Baseando-se no artigo, vários doutrinadores definem a cautelar em questão como “garantia prestada pelo preso ou terceira pessoa para que se responda ao processo em liberdade, quando a lei admitir” POLASTRI (2008, p.436).

No mesmo sentido, NUCCI ainda complementa:

Considera-se a fiança uma espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança. Diz-se ser a caução fidejussória, quando a garantia dada é pessoal, isto é, assegurada pelo empenho da

palavra de pessoa idônea de que o réu vai acompanhar a instrução e apresentar-se, em caso de condenação. Esta seria a autêntica fiança. Com o passar dos anos, foi substituída pela denominada caução real, que implica o depósito ou a entrega de valores, desfigurando a fiança. Ainda assim, é a caução real a feição da atual fiança, conforme se vê no Código de Processo Penal. (2010, p. 616)

Com o advento da Lei 12.403/2011, as definições mudaram e se ampliaram como será visto no decorrer deste trabalho. O conceito atual traz drásticas alterações na aplicação do instituto. Por exemplo, transformando-a em medida cautelar autônoma à liberdade provisória, ao lado de diversas outras, ou seja, não cabível apenas após prisão em flagrante.

Disso tudo, nos resta concluir que a principal finalidade da fiança está em evitar o encarceramento criando um vínculo econômico entre o acusado e o processo, de forma a garantir o acompanhamento aos atos processuais e a apresentação no caso de condenação. Percebe-se, é uma liberdade vinculada.

Assim como nos atenta NUCCI (2011, p. 60), há também a finalidade de garantir as custas, a multa e o pagamento da indenização do dano *ex delicto*, causado pelo crime se o acusado for condenado.

2.2. Natureza Jurídica

Temos como ponto de partida o entendimento anterior à vigência da redação do artigo 310, parágrafo único dada pela Lei 6.416/1977. Neste período, em que vigorava a redação originária do Código de Processo Penal, é possível ver a maioria da doutrina classificando a liberdade obtida por meio de prestação de fiança como instrumento de contracautela, uma vez que na prisão em flagrante o réu deveria ser mantido recluso até que prestasse a fiança, ou seja, a liberdade provisória substituiria a prisão em flagrante, verdadeira cautelar.

A fiança é, em regra, referida como contracautela. O acusado, ou suspeito, preso em flagrante, é colocado em liberdade mediante o pagamento da fiança, que faria cessar a cautela consistente na prisão provisória. Seria, portanto, contracautela porque afastaria a cautela decorrente da prisão em flagrante. Só seria cautela originária quando atingisse o réu solto. (FERNANDES, 2010, p. 298)

Tal caracterização vem de um momento histórico em que a regra era a manutenção do cárcere e a liberdade, uma exceção. No entanto, com a Lei 6.416/1977, a liberdade passou, acidentalmente, a ser regra. Essa mudança, apesar de ter gerado uma incongruência prática, observava o Princípio da Presunção de Inocência ou não-Culpabilidade, direito fundamental que veio a ser assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII, como veremos adiante.

Com a reforma trazida pela lei 6.416/1977 e o posterior advento da Constituição de 1988, o entendimento correto deveria ser o de que, depois de cumprida a função pré-cautelar da prisão em flagrante, não pode o indivíduo ser mantido preso se não estiverem verificados o *fumus commissi delicti* - comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria - , e o *periculum libertatis* - perigo da liberdade do acusado - , requisitos para a prisão preventiva especificados no artigo 312 do CPP. Torna-se inquestionável que a manutenção da prisão de uma pessoa deve estar atrelada à necessidade, devendo durar somente o tempo necessário, o que caberá ao juiz apreciar.²

Frise-se a necessidade de provar, para a decretação da prisão preventiva, que a liberdade do acusado acarreta riscos à instrução do processo e à ordem pública, sob pena de desrespeito à presunção de inocência, cabendo ao magistrado o dever de verificar se a informação trazida aos autos é verídica ou se é baseada apenas em suposições ou presunções.

Nesse sentido:

² Este o entendimento determinado pela presunção da inocência, assim como pelo disposto no art. 5º, inciso, LXI, da CF, *verbis*: “LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”.

(STF, HC 90862/SP, Rel. Min Eros Grau, DJ 09.06.2008. P. 517-523)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTOS VINCULADOS A PRESUNÇÕES E CONSIDERAÇÕES SUBJETIVAS. INIDONEIDADE.

A prisão preventiva, como exceção à regra da liberdade, somente pode ser decretada mediante demonstração cabal de sua real necessidade. Presunções e considerações abstratas a respeito do paciente e da gravidade do crime que lhe é imputado não constituem bases empíricas justificadoras da segregação cautelar para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, nem por conveniência da instrução criminal. Ordem concedida.

Apesar dos preceitos constitucionais assim o determinarem, fato é que, muitas vezes, a jurisprudência permitia a manutenção do flagrante até o trânsito em julgado da sentença, ainda que não verificados os requisitos à prisão preventiva. Atualmente, porém, as alterações implementadas pela lei 12.403/2011 determinam que o juiz, ao receber a comunicação do flagrante, e confirmada sua legalidade, verifique se é o caso de aplicar a prisão preventiva ou alguma medida cautelar menos gravosa.

De acordo com a ótica atual, inserida pela lei 12.403/2011, a estranha dicotomia que existia deu lugar ao firmado entendimento de que a liberdade é regra e, portando, a fiança não pode mais ser encarada como contracautela, pois será empregada no mesmo patamar, combinada ou separadamente às demais cautelares que passaram a compor o rol que garante a liberdade.

É possível perceber, portanto, a mudança na natureza jurídica da cautelar alvo de discussão, assim como conclui Renato Brasileiro (2011, p. 07):

Em síntese, por força das mudanças produzidas no CPP pela Lei 12.403/11, a liberdade provisória deixa de ser tratada somente como medida de contracautela, substitutiva apenas da prisão em flagrante, e passa a ser dotada também de feição cautelar, desempenhando o mesmo papel que é atribuído à prisão cautelar, porém com menor grau de sacrifício de liberdade de locomoção do agente.

Conclui-se, portanto, nos ditames atuais, que o instituto da fiança possui natureza cautelar, assim como os demais previstos pelo artigo 312 do CPP, o que permite ao juiz uma maior facilidade de escolha sobre qual medida será mais ajustada ao caso concreto. Com a vigência da Lei nova, deu-se fim à incongruência anteriormente citada, sobre o conflito entre o parágrafo único inserido ao artigo 310 do CPP e as normas pré-existentes.

3. ORIGENS E EVOLUÇÃO

Em aspectos gerais o instituto jurídico da fiança surgiu como uma caução fidejussória, o que consistia, basicamente, na credibilidade da palavra proferida por pessoa idônea que garantia a presença do réu durante a análise e julgamento do caso concreto, assim como a efetiva apresentação do acusado na hipótese de condenação.

Conforme ensinamentos de ROCHA e BAZ (2000), na história antiga é possível analisar a presença de tal instituto ou de algumas de suas conseqüências. A Grécia Antiga permitia que os acusados respondessem em liberdade ao processo, desde que não tivessem cometido crime de conspiração política. Também durante o Império Romano, era admitida caução fidejussória caso o crime cometido não tivesse sido contra a segurança do Estado (TOURINHO FILHO, 2009).

Já em meados do séc. XV, assim como atenta Eugênio Pacelli (OLIVEIRA, 2007), temos as primeiras coletâneas de leis da Era Moderna, promulgadas durante o reinado de Dom Afonso V, as Ordenações Afonsinas, nas quais eram encontradas, além da fiança, outras formas de se obter a liberdade provisória: as cartas de seguro, a homenagem, a palavra dos fiéis carcereiros e, por fim, a fiança (caução prestada por fiador).

Com a constituição imperial de 1824, já se pode ver o desenho da fiança como o pagamento de quantia certa, a ser quitado pelo acusado ou terceiro interessado, que vincula à obrigação de comparecer a todos os atos do processo. Entendimento, este, que se repete no Código de Processo Criminal de 1832. Neste ponto, a natureza da fiança deixa de ser simplesmente fidejussória e passa a ser uma garantia real como observa Eugênio Pacelli (OLIVEIRA, 2011, p.513):

Na legislação imperial, a Constituição de 1824 e posteriormente no Código de Processo Penal de 1832, resumiram todas as diversas modalidades de liberdade provisória em uma única: a liberdade mediante o pagamento de fiança, já transformada, então em garantia real e não em *fidejussória*.

À partir disso, nota-se, os diversos outros tipos de garantias previstas nas Ordenações Afonsinas não são trazidas para os ordenamentos mais novos, restando só, mais uma vez, a fiança como garantia real de que o acusado iria comparecer aos atos processuais e à condenação, caso houvesse.

3.1 Fiança à luz do Código de Processo Penal de 1941

“Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.” É com esses dizeres, retirados da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, que o ordenamento penal pátrio deixava transparecer seu entendimento acerca do regime de prisão e liberdade adotado.

O Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), tomado por um viés fascista, influenciado pelo ideal do Estado Novo e tendo como modelo o Código de Processo Penal Italiano, na contramão da corrente estabelecida desde 1789 pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, onde se via previsto que todo homem deveria ser considerado inocente até o momento em que, julgado, fosse indispensável sua prisão, entendia que devia haver uma antecipação da culpabilidade em desfavor do acusado.

Assim, como também ressalta Eugênio Pacelli, o CPP, a partir desse juízo de antecipação da culpa, em casos excepcionais, mediante as peculiaridades do caso concreto, sustentava a prisão anterior ao julgamento como algo advindo de lei e não como uma necessidade para garantir o prosseguimento dos feitos

Os direitos individuais assegurados em outras normas não tinham o mesmo valor para o acusado dentro do processo penal que, em seu desfavor, tinha a presunção de culpa (possibilidade elevada de haver condenação) e presunção de fuga (possibilidade de que o suspeito fugisse antes de ser proferida a decisão final).

Neste ponto é interessante lembrar que na redação original dos artigos 312 e 596, ambos do CPP, estava previsto que, quando a infração imputada ao acusado tivesse pena máxima cominada igual ou superior a dez anos, seria necessário impor

a decretação de prisão preventiva obrigatória, **sem necessidade de vinculação**, bem como a manutenção do réu em cárcere, **mesmo após sua absolvição em primeira instância**, se o crime imputado tivesse pena máxima cominada igual ou superior a oito anos.

Assim, tendo como contexto todo o aparato jurídico em desfavor do acusado, este, preso em flagrante, somente gozaria de liberdade provisória caso houvesse pagamento de fiança - até então entendida como contracautela -, uma vez que fosse comprovado, desde logo, que o crime era de menor potencial ofensivo, havia sido praticado quando presente alguma excludente de ilicitude ou que o réu possuía condição financeira desfavorável (previsão encontrada no artigo 310, *caput*, do CPP).

3.2 A liberdade provisória sem fiança da Lei 6.416/1977

O entendimento estudado até agora baseou-se na presunção de culpa daquele que é pego em flagrante delito, cuja regra seria a manutenção da prisão cautelar. No entanto, o CPP sofreu alterações trazidas pela Lei 6.416/1977, que inseriu o parágrafo único do artigo 310, tornando possível a liberdade provisória sem pagamento de fiança à quase totalidade dos crimes, desconsiderando o grau de ofensividade.

Como visto, na redação original do Código, a liberdade do preso em flagrante somente era prevista em casos de mínima gravidade (art.321 do CPP), quando admissível a fiança (arts. 323, 324 do CPP) ou, ainda, quando o juiz verificasse, desde logo, ter sido o fato praticado sob uma causa de exclusão de antijuridicidade (art.310 do CPP). A partir da inclusão do citado parágrafo ao art. 310, a manutenção da custódia, em caso de flagrante, passou a ser cabível somente quando positivada a existência do *periculum* que autoriza a decretação da prisão preventiva. Como ressaltou à época, Ada Pellegrini Grinover (1979, p.136), “a pedra de toque da liberdade

provisória é, assim, a desnecessidade da medida” (GOMES FILHO, 2012, p. 35).

Assim, a restrição à liberdade passou a ser exceção, ou seja, nesse ponto histórico, a liberdade provisória toma as rédeas das medidas cautelares penais brasileiras, como se traduz dos dizeres de OLIVEIRA:

Desta forma, não se verificando as razões para a prisão preventiva, constantes no artigo 312 do CPP, mediante prévia oitiva do Ministério Público e termo de comparecimento aos atos do processo, o réu tem o direito subjetivo público de obter a liberdade provisória sem necessidade de pagamento de fiança (2011, p. 521).

Dessa forma, o que vemos aqui delineado é o entendimento de que, com exceção de casos especiais determinados em legislação extravagante ou mesmo no CPP, o parágrafo único do artigo 310 teve sua eficácia estendida à quase totalidade dos crimes previstos não sendo observada a pena cominada, ou seja, a fiança teve sua aplicabilidade largamente reduzida no ordenamento jurídico pátrio. Porém essa mudança, frente ao que já diziam os dispositivos legais pré-existentes, fez com que todo o instituto deixasse de fazer sentido, gerando incongruências. É o que observam TÁVORA e ALENCAR (2010, p.599):

Para exemplificar, imaginemos o flagrante por roubo, cuja pena em abstrato é de 4 a 10 anos de reclusão (art. 157, CPP). Não se admite, neste caso, a prestação de fiança. Contudo, não estando presentes os requisitos da preventiva, caberá liberdade provisória sem fiança, com amparo no parágrafo único do art. 310 do CPP. É uma incoerência!

Importante verificar, ainda, que o critério anteriormente adotado para o estabelecimento da fiança, que levava em consideração a gravidade do crime cometido e o dano à sociedade, foi desprezado pela Lei 6.416/77, uma vez que, na nova redação, a quantificação da gravidade do delito, por si só, não é motivo que impede a concessão da liberdade provisória sem fiança.

Com efeito, mesmo após a reforma e toda a incoerência gerada, assim como nos lembram ROCHA e BAZ (2000, p. 72/73), através das Leis 7.780/89 e 8.035/90 houve um revigoramento da fiança criminal, principalmente porque esta última vedava a liberdade provisória sem fiança para os crimes cometidos contra a ordem tributária, contra a economia popular e contra as leis de consumo, este último com instrução versada na antiga redação do artigo 325, § 2º do CPP.

4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

É de conhecimento majoritário que a presunção da inocência não surgiu com a Constituição Federal de 1988. Ele tem origem na Revolução Francesa no intuito de combater o Estado Absoluto e “veio” para o Brasil como valor a ser observado tanto na investigação policial como na fase processual. No artigo 153, § 36 da Constituição de 1967/69 já era possível delinear os traços do referido princípio.

Trata-se de um postulado fundamental de civilidade, fruto da jurisdicionalidade e de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável (LOPES JR., 2012, p. 236).

A Lei 6.416/1977, porém, não foi criada ungida pela ânsia legislativa de obediência aos valores da presunção de não-culpabilidade. Já nessa época havia a preocupação com a superlotação dos presídios que, sabendo da ideologia trazida no CPP de 1941 de preferência pela prisão provisória, se justifica e, inclusive, se extrai da exposição de motivos da própria lei.

O que ocorreu, na verdade, foi que a Constituição da República de 1988 em seu artigo 5º, veio corroborar com o entendimento introduzido pela lei: a liberdade é direito fundamental e deve ser levada como regra. O inciso LVII do referido artigo estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando, assim, o Princípio da Presunção de Inocência. Dessa forma, qualquer antecipação de cumprimento da pena seria incompatível com o postulado constitucional.

Assim como é doutrinariamente reconhecido, a CF/88, em primeiro lugar, instituiu um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que for acusado de um crime e, em segundo lugar, garantiu que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente (PACELLI, 2006, p. 414). Vemos, portando, a atenuação das marcas autoritárias que ainda existiam no processo penal brasileiro, pois a eficácia do princípio constitucional atingiu todos os indivíduos: é presumidamente inocente tanto o acusado de crimes leves, quanto o de crimes graves.

Assim como versa TOURINHO FILHO (2008, p; 417):

Merece ser frisado, porém, que à prisão processual se aplicam também alguns outros dispositivos constitucionais, a saber, os incisos LIV, LVII, LXV e LXVI, os quais, quando interpretados em cotejo, levam à inafastável conclusão de que no regime da Constituição de 1988 a regra vigente é que os indivíduos estejam e permaneçam em liberdade até que eventualmente lhes sobrevenha uma prisão-pena. Esta afirmação, contudo, não obsta a que lhes seja retirada sua liberdade antes da prisão-pena. O que se obtém da análise dos dispositivos citados é que a liberdade somente pode ser afastada via prisão processual em casos excepcionais devidamente previstos em leis, leis estas que, por óbvio, precisam obedecer às normas constitucionais. Como a regra é a liberdade salvo a aplicação de prisão-pena, a incidência da prisão processual apenas deve ter lugar quando se fizer imprescindível, já que é excepcional (exceção à regra).

Vemos, então, que a prisão provisória de qualquer pessoa passa ser a *extrema ratio* do acautelamento processual. Além disso, é indiscutível que as normas do ordenamento processual devem ser criadas e interpretadas de acordo com os direitos fundamentais contidos na Constituição. Não se faz eficaz um processo penal que, em busca de uma resposta, passe por cima dos valores e conquistas garantistas.

A aplicação da prisão provisória deve, portanto, seguir uma ponderação entre legalidade e proporcionalidade para que haja um equilíbrio entre a persecução penal e o respeito às garantias fundamentais e, dessa forma, ser atingido o devido processo legal constitucionalmente legitimado.

Dessa forma também entendem CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2006, p. 84): 21

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como o direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Resta, nesse ponto, frente à letra da Carta Magna Federal, que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, ressalvados os casos de transgressão militar ou de crime militar definido em lei.

O novo preceito constitucional introduzido em 1988, no entanto, não afastou a incoerência da Lei 6.416/1977 no que diz respeito à fiança, pois a CF/88 não tratou, em nenhum ponto, de revitalizar o instituto, mas firmou as hipóteses constitucionais de inafiançabilidade.

Toda a confusão, evidenciada com o passar dos anos, é fruto de uma época em que apenas atingia-se a liberdade provisória mediante fiança, ao passo que a inafiançabilidade de um crime era a impossibilidade de o acusado obter tal liberdade. Ou seja, retirando-se a possibilidade da prestação de fiança, o legislador era obrigado a vedar a liberdade do acusado. Prática que viu seu principal obstáculo na Lei 6.416 e, depois, na Constituição de 1988.

No entanto, não há como querer que a CF/88 corrigisse os erros cometidos na aplicação da fiança, uma vez que os defeitos surgiram a partir de diversas reformas legislativas incompletas, que não levavam em consideração o ordenamento como um todo.

Uma análise da matéria introduzida pela lei citada evidencia, basicamente, dois pontos de incongruência: 1. nos crimes em que era vedada a fiança, por serem considerados mais graves, era possível a concessão da liberdade provisória sem fiança, modalidade esta, por sinal, menos rigorosa do que a liberdade provisória com fiança; e 2. inafiançabilidade constitucional e legal de uma série de delitos, cujos autores poderiam, contudo, pleitear a liberdade provisória sem fiança.

Essa situação fez com que a voz doutrinária se levantasse sobre a necessidade de restauração da fiança, um dos principais instrumentos acautelatórios previstos no ordenamento processual penal.

4.1. Aplicação e Modalidades da liberdade provisória no ponto de vista da lei 6.416/1977, à luz da Constituição de 1988

A fim de compreendermos completamente redação inserida pela Lei 12.403/2011 e explicar, de forma mais eficaz, as reformas feitas, é necessário entender como **funcionava** a aplicação da liberdade provisória anteriormente à nova lei.

A Constituição Federal da República, em seu artigo 5º, inciso LVII, como visto, assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio da presunção de inocência, um dos norteadores da aplicabilidade das cautelares.

Existe discussão acerca do uso do termo “liberdade provisória”. Ela fundamenta-se, justamente no princípio acima citado. Se o acusado faz jus à concessão de liberdade e, tendo em vista a presunção de inocência, por que falar-se em provisoriedade? Presume-se a inocência, mas espera-se a condenação? Não se trata de um raciocínio simples, de forma que hoje, mesmo com as alterações feitas, a discussão persiste. De todo modo, esta é a expressão correntemente utilizada pela lei, doutrina e jurisprudência, para designar a liberdade concedida com algum vínculo de natureza cautelar.

Com efeito, se formos analisar a liberdade provisória remediando a prisão provisória, veremos que se trata de uma liberdade vinculada, um meio que gera obrigações por parte do acusado para com o processo. Neste sentido:

A liberdade provisória, em regra, subordina o agente a imperativos, sob forma de ônus processuais que vinculam ao desenrolar do procedimento, e aduz que “é liberdade provisória vinculada, a qual apresenta justamente esses limites, porquanto funciona, a um só tempo, não só como providência de contracautela, como ainda no papel de substitutiva de medidas de preservação que atingem a liberdade de ir e vir do acusado (POLASTRI, 2011, p. 178)

Novamente fazendo remissão à CF/88, artigo 5º, inciso LXVI, a liberdade provisória pode ser adquirida mediante o pagamento de fiança ou não. Trata-se, enfim, de um direito do réu, e não de uma faculdade do magistrado. Preenchidos os requisitos para tanto, deve-se conceder tal liberdade àquele investigado ou acusado.

4.1.1. Liberdade com e sem fiança

O artigo 330, citado anteriormente, prevê a condição de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança que pode ser depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida ativa, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

Observa-se, então, que a liberdade provisória com fiança consiste em pagamento de valor determinado em dinheiro ou objetos de valor econômico, e, além disso, o comparecimento do acusado em todos os atos processuais em que for solicitada sua presença, ou seja, trata-se de garantia real que gera uma liberdade vinculada.

Importante salientar que, para a fixação da fiança, alguns cuidados devem ser tomados. É de suma importância que o valor fixado vincule o réu de maneira rígida e eficaz, levando em consideração a condição financeira de arcar com o valor, tentando evitar, assim, a quebra da fiança, e, em consequência, a perda da quantia prestada, uma vez que a “quebra” resulta em compensações econômicas em favor da vítima ou do Estado.

Nota-se, ainda, que o pagamento da quantia não sugere um ato definitivo garantidor da liberdade, pois a qualquer momento, desrespeitados os requisitos que deram sustentáculo à concessão da fiança (o que, à época de concessão, dada a lei vigente, pressupôs a ausência de motivos que ensejariam a prisão preventiva), ela será julgada quebrada, havendo perda da metade de seu valor e a obrigação, por parte do réu, de se recolher à prisão, é o que defendem os artigos 327, 328, 341 e 343, todos do CPP/1941.

Além dessa hipótese, concedida a fiança, a qualquer momento, julgando não ter sido ela cabível ao caso, o juiz pode retirar a concessão, havendo, neste caso, a reclusão imediata do acusado e a devolução da quantia desembolsada.

Vejamos alguns julgados referentes à concessão de liberdade provisória com fiança:

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, HC 0046534-12.2002.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO, julgado em 18/03/2003, DJU DATA: 30/03/2004)

'HABEAS CORPUS'. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. RESPOSTA PRÉVIA. DENÚNCIA ESTRIBADA EM INQUÉRITO POLICIAL. ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICAÇÃO. CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA, MEDIANTE FIANÇA. PENA INFERIOR A 2 ANOS. CRIME NÃO CAUSADOR DE CLAMOR PÚBLICO E NÃO COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA À PESSOA OU GRAVE AMEAÇA. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA MEDIDA CAUTELAR INOCORRENTES. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 5º, INCISO LXVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 323, INCISOS I E V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

I.O rito processual estabelecido nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal é aplicável aos crimes funcionais típicos apenados com reclusão ou detenção, devendo, para tanto, a denúncia ser instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

II. No caso, em se tratando de denúncia ou queixa estribada em inquérito policial, a resposta prévia de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal se torna dispensável.

III. O fato do acusado ter sido condenado a pena inferior a dois anos, além do crime não ter causado clamor público, e nem tampouco ter sido cometido com violência contra a pessoa ou grave ameaça, enseja a aplicação do artigo 323, incisos I e V, do Código de Processo Penal.

IV. Hipóteses autorizadoras da medida cautelar incoerentes, sendo de rigor a concessão da liberdade provisória, nos termos do artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal, e artigo 323, incisos I e V, do Código de Processo Penal.

V. Ordem concedida, no sentido de outorgar ao paciente a liberdade provisória mediante fiança.

(TRF 3ª REGIÃO - PROC. 2000.03.00.020481-8 HC 9912 (DJU 26.06.01, SEÇÃO 2, p. 200, j. 12.09.00) ORIG. : 200061810023480/SP IMPTE : L.C.D.S. IMPTE : A.C.V.M. PACTE : M.A.B. RÉU PRESO E OUTROS ADV : LUIZ CARLOS DOMINGOS DA SILVA IMPDO : JUÍZO FEDERAL DA 8 VARA CRIMINAL SÃO PAULO SP RELATOR: DES.FED. SUZANA CAMARGO / QUINTA TURMA)

EMENTA "HABEAS CORPUS". LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA. VALOR. ARTIGOS 325 E 326 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDIÇÕES ECONÔMICAS DOS PACIENTES. VIDAS PREGRESSAS. FIXAÇÃO DA FIANÇA EM R\$ 5.000,00. ABUSO E ILEGALIDADE. REDUÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O artigo 325 do Código de Processo Penal prescreve os limites do valor da fiança a ser arbitrado pela autoridade, de acordo com a maior ou menor gravidade da infração.

II. Considerando a pena máxima in abstracto de quatro anos cominada para o crime de descaminho, que lastreou a prisão cautelar dos pacientes, 'quantum' esse que pode, ademais, resultar na redução de até um terço, nos termos do par. 1º do artigo 29 do Código Penal, aplicável, ao caso em exame, é a alínea 'b' do artigo 325 do Código de Processo Penal.

III. O artigo 326 do Código de Processo Penal, estabeleceu os critérios objetivos e subjetivos para a autoridade fixar o valor da fiança, cabendo assim ao julgador, após atentar para a sanção máxima cominada in abstracto, ater-se às condições pessoais e econômicas do preso, bem como à importância provável das custas do processo.

IV. Fiança fixada em R\$ 5.000,00, que se apresenta ilegal e abusiva, posto não obedecer a nenhum dos critérios elencados nos apontados artigos 325 e 326 do Código de Processo Penal.

V. Valor da fiança arbitrado em R\$ 500,00 (quinhentos) reais, que à vista dos dispositivos legais, apresenta-se justo e adequado, inclusive para eventual custas e despesas processuais.

VI. Ordem parcialmente concedida, para o fim de tornar definitiva a redução do valor da fiança arbitrada em R\$ 500,00 (quinhentos) reais.

Como já foi dito, com a vigência da Lei 6.416/1977, no artigo 350 do CPP e com a introdução do parágrafo único ao artigo 310 do CPP, temos então configurada a liberdade provisória sem fiança, cuja única exigência é o comparecimento a todos os atos do processo.

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código de Processo Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a incoerência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 311 e 312)

Art. 350 Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível o réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício.

Portanto, dadas as hipóteses em que não estejam autorizadas prisão preventiva ou temporária ou os casos, previstos em lei especial, em que não haverá

arbitramento de fiança, o juiz poderá conceder liberdade provisória sem fiança após análise do auto de prisão em flagrante e/ou durante o processo, caso seja verificada excludente de ilicitude.

Relativo ao tema:

STJ - HABEAS CORPUS Nº 18.635 – DF (2001/0118556-2)
(DJU 25.03.02, SEÇÃO 1, P. 311, J. 05.03.02)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA.

1 - O fato de tratar-se de crime hediondo, isoladamente, não é impeditivo da liberdade provisória, haja vista princípios constitucionais regentes da matéria (liberdade provisória, presunção de inocência, etc). Faz-se mister, então, que, ao lado da configuração idealizada pela Lei nº 8.072/90, seja demonstrada também a necessidade da prisão.

2 - A manutenção da prisão em flagrante só se justifica quando presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, nos moldes do art. 310, parágrafo único do CPP. O fundamento único da configuração de crime hediondo ou afim, sem qualquer outra demonstração de real necessidade, nem tampouco da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, não justifica a manutenção da prisão em flagrante.

3 - Habeas corpus concedido.

4.1.2 Crimes inafiançáveis

Nasce, junto com o CPP de 1941 o conceito em que se via, como única forma de aquisição da liberdade provisória, o pagamento de fiança que, ainda assim, não era instrumento possível em todos os crimes. Dessa forma, existiam ali crimes inafiançáveis, para cujos não existia a possibilidade de liberdade provisória.

No entanto, com a introdução do parágrafo único do artigo 310, a fiança perdeu, notadamente, sua aplicação sistemática, o que levou a Constituição Federal tratar da inafiançabilidade de alguns crimes

Nos dizeres do artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV a Constituição elenca tais crimes inafiançáveis:

Artigo 5º (...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Porém, como pode ser visto, inclusive, no exemplo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acima colocado, o rol elencado constitucionalmente, taxado como inafiançável, pode se sujeitar a uma análise sobre concessão de liberdade provisória com base no artigo 310, parágrafo único, do CPP.

Vejamos ainda:

Informativo n. 0388

Período: 23 a 27 de março de 2009.

As notas aqui divulgadas foram colhidas nas sessões de julgamento e elaboradas pela Assessoria das Comissões Permanentes de Ministros, não consistindo em repositórios oficiais da jurisprudência deste Tribunal.

PRISÃO. FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA.

Os impetrantes insurgem-se contra decisão do Tribunal a quo que afirma ser impossível a concessão de liberdade provisória para os acusados de crimes hediondos, independentemente da existência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Isso posto,

verificando-se empate na votação, a Turma concedeu a ordem, ao argumento de que a prisão em flagrante não impede, por si só, a concessão de liberdade provisória, se seus requisitos estiverem preenchidos. A simples referência à lei ou à gravidade do delito não basta para seu indeferimento, exigindo-se fundamentação idônea e adequada. Precedentes citados: HC 82.489-ES, DJ 25/2/2008; HC 98.090-PE, DJ 28/10/2008, e HC 109.188-CE, DJ 1º/12/2008. HC 121.920-MG, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 24/3/2009.

Fonte: www.stj.jus.br

Mesmo o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado inúmeras vezes nesse sentido. No HC 95.464-SP, o Ministro Celso de Mello enfatizou: "a prisão cautelar constitui medida de natureza excepcional" e "a gravidade em abstrato do crime não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade" (STF HC N. 95.464-SP. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO)

Ainda nesse âmbito a Sexta Turma, conforme verificamos no julgamento deste HC (HC 121.920-MG) e em precedentes, entende que não há óbice à concessão de liberdade provisória sem fiança nos crimes hediondos e equiparados, pois a Constituição e a Lei 11.464/07 proíbem apenas a liberdade provisória com fiança.

HC 124123 / TO PROCESSUAL PENAL - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - DEFEITOS DO FLAGRANTE QUE FICARAM SUPERADOS COM A PRONÚNCIA. NEGATIVA DE LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA - PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA QUE NÃO SE ESTENDE ÀS DEMAIS FORMAS DE LIBERDADE PROVISÓRIA - LEI 11.464/07 QUE SÓ PROÍBE A FIANÇA, REVOGANDO IMPLICITAMENTE A PROIBIÇÃO CONTIDA NA LEI 11.343/06, DADA SUA APLICAÇÃO GERAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES HEDIONDOS PREVISTOS EM QUALQUER ESTATUTO. ORDEM CONCEDIDA, SALVO PRISÃO POR MOTIVO DIVERSO, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

Defeitos do flagrante ficam superados com a pronúncia, pois esta passa a constituir o novo título para a segregação provisória.

2- O princípio constitucional de inocência impede a prisão cautelar quando não se encontrarem presentes os seus requisitos, fundados em fatores concretos.

3- A proibição da liberdade provisória com fiança não compreende a da liberdade provisória sem a fiança.

4- A Lei 11.464/07 não impede a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, sendo de alcance geral em relação a todos os crimes dessa natureza.

5- Ordem concedida para conceder a liberdade provisória, mediante assinatura de termo de compromisso de comparecimento a todos atos processuais, salvo prisão por motivo diverso, devidamente fundamentada.

(HC 124123 / TO Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 06/02/2009)

Ressalta-se, no entanto, particularmente quanto aos crimes de que trata a Lei 11.343/2006 - essa lei veda, expressamente, a liberdade provisória (artigo 44) -, o STF entendia de acordo com o julgado abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu ao comando constitucional, ao considerar *inafiançáveis* os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis.

Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual. A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável à espécie vertente.

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Paciente, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar. Precedentes.

5. Ordem denegada.

(HC 103715, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-055 DIVULG 23-03-2011 PUBLIC 24-03-2011 EMENT VOL-02488-01 PP-00065)

Fica clara a existência de um problema quanto à interpretação da norma, devendo prevalecer a interpretação que atenda à máxima efetividade dos direitos fundamentais. Ou seja, devemos considerar a interpretação que privilegia o direito à liberdade do indivíduo, direito este que só pode ser excepcionado pela própria Constituição.

5. PERDA DE CREDIBILIDADE DA FIANÇA PENAL

Esclarecidos os pontos correlatos, que se faziam necessários ao entendimento desse próximo raciocínio, passemos então, para uma análise de como ocorreu o descrédito do instituto da fiança no ordenamento jurídico processual penal brasileiro tendo em vista as evoluções e reformas sofridas.

Anteriormente já foi falado sobre o caráter de direito fundamental que a liberdade provisória sustenta, uma vez que está prevista no artigo 5º da CF/88. Do dispositivo em questão subtrai-se que existem duas modalidades de liberdade: com ou sem fiança, que se diferem pela prestação ou não de uma caução em garantia real.

Vimos também, que o direito à liberdade é assegurado a quem não preencher os requisitos à prisão preventiva ou àqueles que, embora teoricamente passíveis de prisão, possam se enquadrar nas excludentes do artigo 23 do Código Penal, como bem nos lembra Ada Pellegrini

...assegurando a Constituição o direito à liberdade provisória com ou sem fiança, impostergável o exame do juiz competente, da necessidade da manutenção da prisão; e a lei processual, completando o preceito constitucional, define as hipóteses, seja de fiança (arts. 321 e SS. CPP), seja a liberdade provisória. Esta última cabível: a) se o fato tiver sido praticado nas condições do art.23 do Código Penal (art.310, caput, CPP); ou b) se não ocorrer qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 310, parágrafo único, CPP). (2011, p.226):

Contextualizando, na vigência do CPP/1941 anterior às reformas, a fiança era a única modalidade de liberdade provisória, salvo determinadas exceções previstas nos artigos 321 e 310, ou seja, regra geral, a prisão provisória regia os processos cautelares.

Se afiançável o crime e uma vez paga a fiança, o réu poderia, cumprindo algumas exigências, responder ao processo em liberdade. Se fosse inafiançável,

àquela época, o réu estaria sujeito à prisão provisória até restar decidida, com o trânsito em julgado do processo, a condenação ou absolvição.

No entanto, com o surgimento da Lei 6.416/1977 e a inclusão do parágrafo único ao artigo 310, o entendimento explicitado acima passou a ser exceção, sendo a liberdade a regra. Segundo o novo dispositivo, que estendeu sua aplicação, a liberdade provisória era cabível a qualquer crime, independentemente de sua gravidade, mesmo os que eram ditos inafiançáveis, como pode ser visto na jurisprudência acima anotada. Houve um relaxamento na atuação do ordenamento penal cautelar.

Isso posto, é perceptível a incoerência do legislador no que diz respeito às infrações mais graves, quando se possibilita a liberdade provisória sem o pagamento de fiança e, por outro lado, nas infrações menos graves, impõem-se o ônus de que se preste fiança e se sujeite às várias outras obrigações previstas para adquirir a liberdade. É o que também percebe Eugênio Pacelli:

... enquanto a liberdade com fiança somente é cabível, como regra para crimes mais levemente apenados, a liberdade sem fiança é possível para os delitos mais graves.(2011, p.524):

É perceptível o desleixo do legislador, que não se preocupou em respeitar os Princípios da Proporcionalidade e da Adequação, não há sopesamento de medidas entre infrações leves e pesadas. Por esse motivo, é possível entender aquele indivíduo que faz jus à liberdade provisória com fiança, terá também o direito à liberdade provisória sem fiança, ficando a cargo do juiz decidir qual optar, o que, obviamente, sendo a mais benéfica, seria a segunda opção.

Além de toda a incoerência explicitada, o instituto da fiança perdeu ainda mais força com o surgimento dos Juizados Especiais Criminais, uma vez que os crimes de menor potencial ofensivo eram todos afiançáveis e a lei que rege esses juizados trouxe, em seu teor, outras medidas acautelatórias.

Chegou-se, portanto, devido às diversas modificações, reformas e novas redações, a um momento onde a fiança havia sido completamente banalizada e desmoralizada; tornou-se um instituto ocioso dentro do ordenamento jurídico. Houve uma dissociação entre o que a lei previa e a evolução que o contexto histórico-social exigia. Foi a partir desse raciocínio que a Lei 12.403/2011 foi implantada.

6. ESTUDO DA FIANÇA NO CONTEXTO ATUAL COM A INTRODUÇÃO DA LEI 12.403/2011

Em um contexto de visível necessidade de reestruturação do sistema penal cautelar brasileiro nasce a Lei 12.403/2011, fruto do projeto de lei 4.208/2001 que tramitou durante 10 anos no Congresso Nacional, cuja proposta, além de reorganizar e resgatar práticas cautelares, visava legitimar novas medidas, o que evidenciou, de uma vez por todas, a opção, do processo penal brasileiro, pela liberdade provisória como regra. Nada mais coerente, tendo em vista as garantias constitucionais.

Além de claro clamor doutrinário pela mudança, o legislador viu-se, mais uma vez, pressionado pelo contexto político e social: a superlotação dos presídios. Uma reforma bem estruturada, que levasse em consideração a totalidade do ordenamento, era mais do que necessária.

É de suma importância frisar que a reforma era necessária, mas não por uma questão meramente utilitarista de esvaziamento prisional. Assim como nota Perpaolo Bottini, as inovações trazidas protegem o processo, o acusado e a sociedade.

O **processo**, porque surge um novo rol de medidas protetivas à ordem dos trabalhos. O **acusado**, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, fica restrita como opção extrema e última. A **sociedade**, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento dos cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão (2008, p 455)

No entanto, é interessante notar que, ainda que fosse motivada somente por uma questão de utilidade pública, a reforma que trouxe a fiança de volta ao ordenamento deve ser bem vista, pois este instrumento cautelar, em respeito às garantias firmadas constitucionalmente, é o que menos oferece restrição à liberdade. Desta forma, antes da Lei 12.403/2011, o magistrado que verificasse o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* via-se diante da possibilidade de concessão de

duas cautelares extremas: a prisão ou a liberdade vinculada à fiança e ao comparecimento aos atos processuais.

Referida lei alterou por completo a redação de diversos artigos do CPP inclusive do artigo 310, e introduziu um sistema polimorfo criando várias outras medidas cautelares alternativas ao cárcere e que, pela definida orientação de que a liberdade provisória é regra, têm preferência sobre a prisão preventiva. Esta, somente será aplicada caso sejam preenchidos seus requisitos e revelem inadequadas e/ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

As inovações trazidas, tecnicamente superiores às antecedentes, elencam um grupo de nove medidas cautelares:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

As medidas devem ser empregadas observando-se o trio de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, ao juiz cabe analisar as circunstâncias especiais de cada caso e de cada indivíduo para que, sendo passíveis de acautelamento, possa escolher, dentre as cabíveis, a menos lesiva.

Acrescenta-se, ainda, por observância ao Princípio da Necessidade, a possibilidade de empregar medidas cautelares isoladamente ou em conjunto, assim como a de revogar ou trocar a medida por outra durante o decorrer do processo.

Por outro lado, caso haja descumprimento das cautelares, o artigo 312, parágrafo único deixa claro que poderá ser decretada a prisão preventiva do acusado, caso preenchidos os requisitos, porém, a priori, deverá ser analisada a hipótese de substituição de uma medida por outra ou a cumulação de medidas, ficando a decretação de prisão para o último caso

O legislador, elencando várias outras medidas cautelares, evidenciou que o pagamento da fiança não é mais a única forma de “conquistar” a liberdade provisória após ocorrida a prisão em flagrante ou mesmo de forma autônoma.

Assim, com a nova lei publicada em 2011, o regime jurídico da liberdade provisória fica da seguinte forma:

- Liberdade provisória com fiança, cujo valor será fixado nos termos do artigo 325 do CPP;
- Liberdade provisória com fiança e outra(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) prevista(s) no artigo 319 do CPP, posto que a situação exige maior restrição e controle da liberdade do réu;
- Liberdade provisória sem fiança, mas com submissão à(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) prevista(s) no artigo 319 do CPP;
- Liberdade provisória sem fiança, mas com obrigação de comparecer a todos os atos do processo, quando o agente praticar o fato ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude (artigo 310, parágrafo único) ou quando não tiver condições de pagá-la (neste caso, se necessário, pode haver o cumprimento de medidas cautelares diversas).

Portanto, **estando formalmente perfeita a prisão em flagrante**, esta será homologada, passando o juiz a verificar a necessidade da prisão preventiva ou a

possibilidade de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com alguma das medidas cautelares diversas.

Nesse ponto, elucidados pelo conhecimento de Aury Lopes Jr., é interessante fazer uma ressalva sobre uma importante diferenciação entre alguns procedimentos: o relaxamento da prisão em flagrante ou preventiva, a revogação da prisão preventiva ou da medida cautelar diversa e a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança.

O primeiro procedimento é sinônimo de ilegalidade da prisão, aplicando-se tanto à prisão em flagrante como também à prisão preventiva. Toda prisão cautelar ou pré-cautelar que não atenda aos requisitos legais é ilegal e deve ser imediatamente relaxada, com a conseqüente liberdade plena do agente.

O segundo procedimento ocorre quando não subsistem mais os motivos que legitimaram a restrição imposta por meio de medida cautelar diversa. É possível notar aqui a provisionalidade das medidas cautelares. Desaparecido o periculum libertatis que autorizou a prisão preventiva ou medida cautelar diversa, cessa o suporte fático que a legitima. A revogação não incide sobre a medida pré-cautelar da prisão em flagrante.

O terceiro procedimento, é disposto como medida cautelar que situa-se após a prisão em flagrante e antes da prisão preventiva, como medida impeditiva de prisão cautelar.

Isso significa que, a partir da Lei 12.403/2011, e em que pese a Constituição, pela consagração do Princípio da Presunção de Inocência, o juiz já determinasse, ao receber o auto de prisão em flagrante, necessariamente, as condutas do artigo 310. Assim, mesmo que verificada a legalidade da prisão em flagrante, o investigado ou acusado só permanecerá preso se presentes os pressupostos da prisão preventiva.

Neste ponto, observa-se o grande impacto da regra, que concretiza o direito de liberdade e o estado de inocência do indivíduo: o juiz não tem opção senão aplicar o disposto no artigo 310.

Parece sintomático que o Supremo Tribunal Federal, justamente a essa altura, modificando seu entendimento sobre a manutenção da prisão em flagrante nos crimes de que trata a Lei 11.343/2006, permite uma interpretação consentânea com a presunção de inocência:

Brasília, 7 a 11 de maio de 2012

TÍTULO

Tráfico de drogas e liberdade provisória

PROCESSO

HC 104.339

ARTIGO

O plenário, por maioria, deferiu parcialmente habeas corpus – afetado pela 2ª turma – impetrado em favor de condenado pela prática do crime descrito no artigo 33, caput c/c o artigo 40, III, ambos da Lei 11.343/2006, e determinou que sejam apreciados os requisitos previstos no artigo 312 do CPP para que se for o caso, seja mantida a segregação cautelar do paciente. Incidentalmente, também por votação majoritária, declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do artigo 44, caput, da Lei 11.343/2006 (“os crimes previstos nos artigos 33, caput e §1º, e 34 a 37 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis de surcis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”). A defesa sustentava, além da inconstitucionalidade da vedação abstrata da concessão de liberdade provisória, o excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal no juízo de origem. HC 104.339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.05.2012. (HC – 104.339).

6.1 A Nova Roupagem do Instituto da Fiança

Feita uma apresentação geral da lei nova, voltemos o estudo para as modificações mais específicas no que diz respeito à medida cautelar alvo de discussão do presente trabalho.

Fazendo uma análise tópica, temos que o artigo 310, parágrafo único, do CPP, em sua redação atual, é fundamental ao Estado de Direito, uma vez que

identifica liberdade provisória sem fiança, porém com obrigação de comparecimento aos atos processuais, para os crimes cometidos em situações limite como, por exemplo, o estado de necessidade.

Quanto à alteração referente ao artigo 321, vemos uma repetição do que já é dito em outros dispositivos. Traz uma elucidação acerca dos crimes de menor potencial ofensivo que demandam apenas o termo circunstanciado, ao quais, sempre que possível, deve ser concedida liberdade provisória com ou sem fiança.

A nova redação traz, também, que a autoridade policial pode fixar o valor da fiança para os acusados que tenham cometido crime cuja pena máxima cominada não ultrapasse 4 anos - aos demais, fica a cargo do magistrado o estudo do caso e a concessão ou não da liberdade e, caso seja possível, a fixação da fiança -. É o que versa o artigo 322, que sana o equívoco legal que previa fiança para qualquer crime, frisadas as exceções, independentemente do grau de periculosidade transparecido na cominassão da pena. O presente dispositivo é marcante no que diz respeito à ampliação da aplicabilidade da fiança.

Através do dispositivo 323, vemos o CPP adotando o mesmo critério estabelecido constitucionalmente para a definição dos crimes inafiançáveis

Em meio a pequenas alterações trazidas pela lei, o artigo 324 versa sobre a impossibilidade de prestação da fiança em três casos específicos: 1. se o acusado tiver quebrado fiança anteriormente no mesmo processo ou infringido, sem justo motivo, as obrigações com as quais arcou; 2. em caso de prisão civil ou militar; e ainda 3. quando presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva. Convém notar que, na primeira hipótese, caso não seja também hipótese de prisão preventiva ou temporária, o magistrado se valerá da liberdade provisória, norteada por outras cautelares, a garantir a persecução jurisdicional.

O artigo 325 é um dos que teve a redação completamente renovada, uma vez que tratava dos valores baseados no padrão monetário da época, que tornaram-se irrisórios para a realidade vista atualmente.

Reafirmando o que já foi dito anteriormente, vem o artigo 334, dizendo que a fiança pode ser estabelecida a qualquer tempo. E, tão ínfima quanto esta última reforma, é a do artigo consecutivo, 335, que eliminou a prévia oitiva da autoridade policial, para que o magistrado fixe o valor quando o primeiro deixa de fazer.

Vale a pena reconhecer, também, os acréscimos ocorridos: no artigo 336, incluindo a prestação pecuniária como alvo do valor empregado à fiança; no artigo

337, que versa sobre os casos de devolução da fiança; no artigo 341, com a inserção das hipóteses quando a fiança é quebrada, ao que emenda o 343, dizendo que o juiz poderá aplicar outras medidas cautelares caso a fiança seja quebrada e não haja preenchimento de requisitos para prisão preventiva; no artigo 344, em que ficou acertado que ocorre a perda do valor da fiança se o acusado, havendo trânsito em julgado, não comparecer para o cumprimento da pena; e no artigo 346, onde ficou estabelecido que, em caso de quebra da fiança, metade do valor pago será recolhido pelo fundo penitenciário e não mais pelo tesouro nacional – se o crime for de esfera federal, será recolhido pelo fundo penitenciário nacional.

Por todo o exposto, vemos que a fiança renasce no processo penal brasileiro, deixando de ser a única medida cautelar diversa da prisão prevista pelo CPP para se posicionar ao lado das demais medidas cautelares previstas no artigo 319, a ser aplicada pelo magistrado conforme se mostrar adequado e necessário para garantir a persecução do processo e a aplicação da lei penal. Ressurge o importante instrumento acautelatório no ordenamento pátrio, a ser utilizado com a finalidade de assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, evitar a obstrução de seu andamento e amortizar futuras custas advindas da condenação.

7 CONCLUSÃO

O intuito dessa pesquisa foi o de realizar uma análise acerca do instituto da fiança desde o seu surgimento até os dias atuais tendo, como base, a evolução do contexto jurídico-histórico norteado pelo Princípio da Presunção de Inocência.

Esse anseio se originou uma vez percebida a clara degradação que o instrumento cautelar sofreu com o passar dos anos e das reformas processuais. Pequenas alterações motivadas pelo contexto histórico já, de alguma forma, foram desfavorecendo a aplicação da fiança, mas foi a Lei 6.416/1977 que trouxe a mais profunda e incongruente reforma, gerando sua ociosidade dentro do que foi originariamente previsto no Código de Processo Penal de 1941.

Criou-se uma bipolaridade de entendimentos, deixando o magistrado encarregado por sanar uma brecha legislativa baseado na análise do caso concreto, uma vez que a legislação, ao invés de orientá-lo, deixava-o em situação de interpretações confusas.

A maior incoerência pode ser vista quando os crimes de menor potencial ofensivo eram submetidos à fiança, enquanto que os de maior potencial ofensivo contavam com a possibilidade de liberdade provisória sem fiança.

Com efeito, uma vez instaurada a inaplicabilidade da fiança, frente aos avanços do direito brasileiro e aos caminhos tomados pelo processo penal, o legislador entendeu, em 2001, ser a hora de reorganizar o processo cautelar.

Proposto o projeto de lei nº 4.208/2001, após dez anos de tramitação no Congresso Nacional, em 05 de maio de 2011 é publicada a Lei 12.403 cujo ideário faz renascer o instrumento antes suprimido adequando-o ao momento atual e ladeando-o por outras medidas cautelares alternativas à prisão.

Com a recente reforma, reforçou-se a idéia de que a fiança é, verdadeiramente, instrumento que vincula o acusado ao processo em andamento e, além disso, instituiu de forma definitiva o entendimento de que a regra base é a liberdade provisória. Ou seja, a prisão provisória passa a ser exceção graças a uma reforma que criou meios diversos e eficazes de manter o devido prosseguimento do processo e a ordem social.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Código de Processo Penal, 1941. Decreto-Lei nº 3.931 11 de Dezembro de 1941, Brasília, 1941.

_____. **Atualização do Processo Penal:** Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.lumenjuris.com.br/?sub=produto&id=1764>>. Acesso em: 1º out. 2011.

_____. **Prisão e Liberdade:** as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BOTTINI, Perpaolo. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma.** São Paulo. Editora dos Tribunais. 2008

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 22ª ed. São Paulo: RT, 2006.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes; PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique; MOURA, Thereza Rocha de Assis; FERNANDES, Og. **Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisões e suas alternativas.** 1ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

GRINOVER,Ada Pellegrini. **As nulidades do Processo Penal.** 12ªed. São Paulo: RT, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar:** doutrina, jurisprudência e prática. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da Prisão e da Liberdade Provisória (e medidas cautelares substitutivas da prisão) Na reforma de 2011 do Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal.** 9ª Ed. Editora Saraiva. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Prisão e Liberdade. As Reformas Processuais Penais Introduzidas Pela Lei 12.403, de Maio de 2011.** São Paulo: Ed RT, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 6ª Ed. Belo Horizonte: el Rey, 2006.

_____. _____. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. BAZ, Marco Antônio Garcia. **Fiança criminal e liberdade provisória.** 1. ed. São Paulo: RT, 2000.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa: **Processo Penal.** 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.