

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**  
**Faculdade de Direito**

**Adrise Barreto Silva**

**A AMPLIAÇÃO DO INSTITUTO DA FIANÇA NO ORDENAMENTO  
PATRIO COM A INTRODUÇÃO DA LEI 12.403/2011.**

**Juiz de Fora**  
**2011**

**Adrise Barreto Silva**

**A AMPLIAÇÃO DO INSTITUTO DA FIANÇA NO ORDENAMENTO  
PATRIO COM A INTRODUÇÃO DA LEI 12.403/2011.**

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:** Prof.<sup>a</sup> Letícia F. Paiva Delgado

**Juiz de Fora  
2011**

**Adrise Barreto Silva**

**A AMPLIAÇÃO DO INSTITUTO DA FIANÇA NO ORDENAMENTO  
PATRIO COM A INTRODUÇÃO DA LEI 12.403/2011.**

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

---

Prof.<sup>a</sup> Letícia F Paiva Delgado (Orientadora)  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. <sup>o</sup> Cristiano Álves Valladares do Lago  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof.<sup>o</sup> Luiz Antônio Barroso  
Universidade Federal de Juiz de Fora

**Juiz de Fora**  
**2011**

Dedico o presente trabalho aos meus pais, irmão e familiares e a todos que de alguma forma contribuíram para essa conquista.

## AGRADECIMENTOS:

Primeiramente agradeço a Deus, por mais uma conquista aos meus pais que não mediram esforços para a realização desse sonho e ao meu irmão pelo companheirismo e a professora Letícia pela ajuda e dedicação.

RESUMO: As reformas processuais penais, vêm sendo feitas gradativamente, algumas dessas aprimorando o processo penal dando maior amplitude e efetividade a realização de justiça e outras infelizmente, trouxeram mais desgaste do que propriamente solução.

A proposta do presente trabalho é fazer uma análise do instituto da fiança no decorrer evolutivo do Código de Processo Penal, desde sua instituição, no ordenamento pátrio, a sua perda de aplicabilidade com a lei 6.416/7, até seu revigoramento com a lei 12.403/11.

PALAVRAS CHAVES: liberdade; fiança; inaplicabilidade; alteração; ampliação.

**ABSTRACT:** The criminal procedure reforms, have been made gradually improving some of the criminal proceeding giving greater range and effectiveness of achieving justice and other unfortunately brought more wear than proper solution.

The purpose of this study is to analyze the institution of bail in the course of evolution of the Code of Criminal Procedure, since its adoption, parental rights in land, the loss of their applicability to the law 6416 / 7, until its revival with the law 12,403 / 11

**KEYS WORKS:** Freedom;bail;inapplicable;change;magnification.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2. CONTEXTO HISTÓRICO</b> .....	11
2.1. Origem e evolução do instituto no ordenamento penal pátrio .....	11
2.2. Conceito .....	14
2.3. Natureza Jurídica .....	15
2.4. Finalidade.....	17
<b>3. LIBERDADE PROVISÓRIA: APLICABILIDADE DE MODALIDADES</b> .....	18
3.1. Aplicação do instituto.....	18
3.1.2. Liberdade Provisória com fiança .....	19
3.1.3. Liberdade Provisória sem fiança.....	21
3.1.4. Crimes inafiançáveis.....	22
<b>4. A PERDA DA APLICABILIDADE</b> .....	24
<b>5. A REFORMA E A CONSEQUENTE AMPLIAÇÃO DO INSTITUTO</b> .....	27
<b>6. CONCLUSÃO</b> .....	32
<b>7. REFERÊNCIAS</b> .....	33

## 1. INTRODUÇÃO:

Nos quase 70 anos do Código de Processo Penal ora vigente, muitas são as questões em torno do mesmo. As constantes reformas processuais feitas gradativamente provocaram inúmeras modificações, algumas dessas acabaram por aprimorá-lo e contribuíram para sua efetivação, no entanto, outras deixam a desejar, provocando desgaste ao invés de solução. Interessamos neste momento, as alterações no código processo penal referentes ao instituto da fiança.

Faz-se mister, realizar uma breve análise histórica do instituto da fiança no ordenamento jurídico pátrio desde a legislação imperial, onde o ordenamento se preocupava com a privação da liberdade antes do trânsito em julgado a fim de se preservar a apresentação do acusado no julgamento até os dias atuais onde o legislador prioriza a liberdade, sendo a prisão do acusado uma exceção.

Em seguida apresentar-se-á uma análise a cerca aplicabilidade da fiança, no que diz respeito às hipóteses de incidência e aplicação (liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança). Apresenta-se subseqüentemente o posicionamento dos tribunais a cerca da aplicabilidade de cada modalidade da matéria.

No capítulo seguinte, enfrentar-se-á a instituição da lei 6.416/77 que inseriu o parágrafo único ao art.310, e acarretou na perda de aplicabilidade da medida cautelar ora estudada, já que possibilitou a liberdade provisória sem fiança a qualquer crime, independente de sua gravidade, o que não condiz com o contexto- histórico-jurídico que se encontra.

Por fim, o último capítulo trata da reforma trazida pela lei 12.403/11 que atendeu a um reclamo majoritário da doutrina e da jurisprudência pátria. A nova lei evidenciou o entendimento de que, a prisão do acusado é uma contingência excepcional, mas que se torna necessária, que será devidamente regradada e motivada.

O Presente trabalho tem por fim fomentar a discussão acerca da implantação do parágrafo único do art.310 e outras medidas que modificaram

ora analisado, bem como a reforma, que ocorreu em Maio de 2011 com a lei 12.403.

Com a instituição da referida lei a fiança passou a ser exigida coerentemente, adequando-se os ônus suportados pelo indivíduo à gravidade do delito praticado, com a fixação de valores razoáveis e cabíveis as condições do acusado, sendo portando um instituto com inegável contribuição para a jurisdição penal.

## 2. CONTEXTO HISTÓRICO.

### 2.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO.

Antes da legislação imperial, ao tempo, portanto da vigência das ordenações do Reino, o ordenamento processual brasileiro ocupou-se da privação da liberdade antes do trânsito julgado, para evitar a não-apresentação do acusado ao julgamento.

As cartas de seguro, a homenagem, os fiéis e os carcereiros e a fiança constituíam modalidades de liberdade provisória de natureza *fidejussória*, por meio das quais era garantida a apresentação do preso no julgamento.

Nesse tempo a liberdade provisória não era concedida como um direito ao preso, mas como uma faculdade do Poder Público.

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* (PACELLI, 2011 p.513).

Nesse mesmo cenário se implantou o regime de prisão e liberdade do Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, no qual a regra foi mantida, tendo como única modalidade de liberdade provisória aquela em que foi realizado o pagamento de fiança, salvo quando se pudesse provar, desde logo, que o crime tinha sido praticado por meio de conduta penal justificável, isto é quando presente alguma excludente de ilicitude, conforme previsão do artigo 310, caput do Código de Processo Penal .

Este sistema inicialmente adotado partia da presunção de culpa de quem fosse preso em flagrante delito, fazendo assim um juízo antecipado de

culpabilidade sobre o autor do fato. A regra com relação à situação de flagrância era a manutenção da prisão cautelar.

O Código de Processo Penal originariamente tratava desse tema de forma bastante simplificada, mas as inúmeras alterações legislativas tornaram o assunto extremamente complexo e com uma indisfarçável inconsistência.

Com a instituição da lei 6.416 /77 que inseriu o § único no artigo 310 passou-se a admitir a liberdade provisória sem a prestação de fiança mesmo quando previsto a inafiançabilidade do crime. Assim a prisão passou a ser a exceção em caso de prisão em flagrante delito, tornando-se a liberdade a regra.

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 (PACELLI, 2011, p. 521).

Como o artigo 310,§ único do CPP estendeu a regra nele constante para a quase totalidade dos crimes, excetuado obviamente, àqueles casos previstos em regras especiais, presentes tanto no Código de Processo Penal quanto em legislação extravagante que determinam a não aplicação do § único do artigo 310 do CPP, logo instituto da fiança teve, após a citada lei, sua aplicabilidade reduzida substancialmente no ordenamento jurídico pátrio.

Verifica-se aqui uma incongruência dada pelo legislador, pois, ao determinar a não incidência do artigo 310§ único, levou-se em conta a gravidade do delito e o dano à sociedade que advém de tais práticas criminosas, critério, que foi desprezado pela Lei 6416/77, visto que a gravidade do delito por si só não é motivo que impede da concessão da liberdade provisória sem fiança. Este passou a ser o regime efetivamente utilizado, tornando praticamente inútil o regime da liberdade provisória mediante fiança no âmbito da prisão em flagrante. Nesse sentido opina Baz Rocha.

Entretanto, deve-se ressaltar que, apesar de a regra geral passar a ser o regime de liberdade provisória sem fiança, há casos em que o legislador infraconstitucional excepcionou tal regra ocorre então “um pequeno revigoramento do instituto só veio com o advento das leis 7780/89 e 8035/90”. (2000, p.72/73).

Esta última acabou por ressuscitar o instituto da fiança, pois vedava a liberdade provisória sem fiança para os crimes cometidos contra a ordem tributária (lei 8137/90), bem como os crimes contra a economia popular (1521/51 e 8137/90) e contra as relações de consumo, segundo a antiga redação do art. 325,§2 do CPP.

No entanto, apesar do artigo 325 §2 excepcionar a regra do artigo 310 parágrafo único do CPP, ressalta-se que verificada a impossibilidade de prestar a fiança por motivo de pobreza, conforme preceitua o artigo 350, caput do CPP, deverá ser concedida pelo juiz a liberdade provisória sem fiança, desde que o acusado se sujeite às obrigações constantes nos artigos 327 e 328 do CPP. Sendo assim, mesmo nos casos de crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal, poderá o réu obter liberdade provisória sem prestação de fiança, o que enfraqueceu o instituto novamente.

Com a lei 12.403/11 introduziu-se no ordenamento um novo sistema de medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal, reunindo na mesma estrutura a fiança e outras medidas diversas da prisão, de maneira que, a prisão cautelar seja a última providência a ser tomada.

A instituição da referida lei a cautelar ora analisada ganhou maior aplicabilidade, podendo ser concedida pela autoridade judicial, desde logo, aos delitos em que a pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 04 (quatro anos), sendo requerida nos demais casos ao juiz que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas (art.322, do CPP). No mais, cabe ao juiz, sendo inafiançáveis os casos previstos na Constituição Federal: a) racismo; b) tortura, tráfico de drogas, terrorismo e hediondos; c) delitos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. Proíbe - se ainda a fiança a quem tenha anteriormente quebrado; b) em caso de prisão civil militar; c) quando presentes os requisitos da preventiva.

Nota-se então que o legislador da Lei 12.403/1, implementou reformas favoráveis ao entendimento de que a prisão do acusado é uma contingência excepcional, mas necessária, devidamente regrada e motivada, podendo a fiança renascer como um instituto louvável de vínculo do réu adstrito a sua culpa.

## 2.2) CONCEITO

A fiança é uma garantia real, sendo presta através de valor econômico ou objetos que tenham valor econômico, e tendo por finalidade a garantia de resguardar ao acusado a liberdade provisória

Prevê o art. 330, CPP que:

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.

### Segundo Tourinho Filho

Fiança, para o legislador processual penal, é uma garantia real. É certo que, na técnica jurídica, fiança é espécie do gênero caução. Esta pode ser real ou fidejussória [...] Entre nós, a fiança consiste em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou até mesmo em hipoteca inscrita em primeiro lugar. (2011,p.575)

De acordo com Eugenio Pacelli de Oliveira

Trata-se de cunho patrimonial, na qual se exige a prestação de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos de dívida pública ou hipoteca em primeira inscrição (art.330, CPP), com o objetivo de assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, a evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de injustificada resistência à ordem judicial (art. 319, VIII, CPP). (2011,p.524).

### 2.3) NATUREZA JURÍDICA:

Apesar das varias discussões acerca da existência ou não de um específico processo cautelar no processo penal, ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução penal, atualmente a maioria dos autores admite sua existência autônoma, neste sentido opina José Frederico Marques, citado por Marcellus Polastri:

Todavia, figura-se-nos indiscutível a existência do processo cautelar, ao lado de conhecimento e do executivo. O fim da atividade jurisdicional nas providências preventivas ou cautelares é diverso daquele que se verifica nas duas outras espécies de processo. E admitido, assim, o processo cautelar, inquestionável será a existências das ações de igual nome.( 2001, p.03)

Há aqueles que ainda negam o processo cautelar no Processo Penal, porém mesmo não se admitindo a existência de um processo cautelar, ou ação cautelar propriamente dita no Código de Processo Penal, o certo é que, não obstante as controvérsias a sobre a sua existência ou não de um processo cautelar, não se poderá negar a existência de uma série de medidas cautelares.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, em sua obra compartilhada com outros autores (2011, p.58)

No processo penal, freqüentemente ocorrem situações em que tais providências urgentes se tornam imperiosas, sejam elas voltadas a assegurar a correta apuração do fato criminoso, a futura execução da sanção que se esperava venha a ser aplicada, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.

Não se poderia dizer o contrário, tendo em vista que, para se instrumentalizar a ação penal de conhecimento, e para garantir a execução penal são necessárias as medidas cautelares, que nada mais são que um modo de se garantir o resultado útil da tutela jurisdicional a ser obtida no processo principal, segundo Pollastri

Quando se diz que existe no processo penal um “Processo Penal Cautelar” quer se referir que existe uma jurisdição cautelar, mas com a particularidade de que não há propriamente ação ou processo cautelar autônomo, pois a jurisdição cautelar se exerce através de medidas cautelares no bojo do processo via de regra. (2011, p.02)

Com efeito, as medidas cautelares no Código de Processo Penal foram elencadas de forma a técnica, sem preocupação semântica. Assim pode se ver as medidas cautelares dispostas tanto na parte de provas, como no capítulo referente a prisão e liberdade.

Divergem-se ainda, os autores, quanto ao caráter da liberdade com fiança, se esta seria de natureza cautelar ou contracautelar.

Marcellus Polastri compreende que a natureza seja identificada como medida cautelar, em vista do princípio da presunção da inocência, pois este se refere à prisão pena, sendo que a própria Constituição excepciona a prisão provisória. Os que entendem assim verificam que, o instituto da fiança tem uma real natureza cautelar, porém está é atinente à liberdade do imputado.

No entanto, a maior parte dos autores ainda defendem que se trata de uma contracautela, mas independentemente de se tratar de cautela ou contracautela é indubitável sua natureza cautelar.

#### 2.4. FINALIDADE:

A principal finalidade da fiança é fazer com que o indivíduo fique vinculado ao processo por laços econômicos rígidos, evitando seu encarceramento, de forma que acompanhe os atos processuais dos quais for intimado e que se apresente em caso de condenação.

Há também a finalidade de se garantir às custas, a multa e o pagamento da indenização do dano *ex delicto*, causado pelo crime se for condenado, conforme artigo 336 do CPP (NUCCI, 2011 p.60).

Por fim, resta outra finalidade a fiança, qual seja, a de sujeitar o acusado a uma liberdade vinculada em substituição a prisão.

### 3. LIBERDADE PROVISÓRIA : APLICABILIDADE E MODALIDADES

A liberdade provisória vem a servir como remédio à prisão provisória, a chamada contra cautela que tem por finalidade evitar ou substituir a privação de liberdade cautelar que por vez ira importar em assunção de obrigações do agente para com o processo (liberdade vinculada).

Não resta dúvidas que a liberdade provisória mediante fiança é uma forma de liberdade vinculada, consoante com José Frederico Marques, citado por Marcellus Polastri:

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 providencia de contracautela, como ainda no papel de substitutiva de medidas de preservação que atingem a liberdade de ir e vir do acusado. (2011, p.178).

A constituição de 1988 passou a reconhecer a liberdade provisória como gênero, que abarca a fiança e outras modalidades, em seu art.5, LXVI, in verbis:

“ninguém será levado à prisão ou nela será mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Logo, pela própria redação do dispositivo constitucional, nota-se que a liberdade provisória no Brasil pode ser mediante fiança ou não. Percebe-se que a diferença fundamental entre a fiança e as demais modalidades de liberdade provisória é que esta exige uma caução, uma garantia real enquanto na demais não há tal exigência. Entenda-se como “demais modalidades de liberdade provisória” como, as cabíveis aos fatos praticados nas condições do art.23, CPP ou se não ocorrer qualquer hipótese que autorize a prisão preventiva (art.310, §ú, CPP).

Configura então, a liberdade provisória, verdadeira contracautela, sendo assegurado ao agente o direito à liberdade provisória quando preencha os requisitos para tanto, por derradeiro, conclui-se que preenchidos os

requisitos para a concessão a mesma deverá ser ofertada de pronto, não sendo uma faculdade judicial, mas um direito ao acusado.

### 3.1. DA LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA.

A liberdade provisória com fiança consiste em: pagamento do valor em dinheiro ou objetos de valor econômico, bem como o comparecimento do acusado em todos os atos do inquérito e da instrução criminal.

Art.330. A fiança consistirá em depósito em 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.

A liberdade com fiança figura uma das hipóteses de medida cautelar a que substituem a prisão por uma liberdade vinculada, sendo exigida para sua concessão a prestação de garantia real, bem como o comparecimento do acusado em todos os atos processuais.

É importante chamar a atenção para fixação dos valores, que deveriam ser estabelecidos de forma a vincular o réu ao processo de maneira rígida e eficaz.

O valor deve ser compatível com as condições econômicas do acusado, fazendo com que o indivíduo acompanhe os atos processuais como forma de evitar a quebra da fiança, e que se apresente em caso de condenação evitando-se assim a perda da quantia prestada, de modo que, a eventual

quebra da fiança resulte em compensações econômicas em favor da vítima ou do Estado.

Uma vez concedida à fiança, é possível que, durante o processo seja reconhecido que seria incabível, para o caso em exame, a concessão da fiança. Esta será então cassada, isto é, será revogada a liberdade provisória determinando se a imediata prisão do acusado e a restituição da fiança.

Por fim, quando descumpridas as condições fixadas para a concessão da fiança será ela julgada quebrada, tendo por consequência a perda de metade de seu valor e a obrigação por parte do réu, de recolher-se a prisão (327, 328, 341 e 343, todos do CPP). Do valor da quebra serão descontados as custas e as despesas do processo.

**FIANÇA - Jur. ementada 1817/2001: Processo penal. Fiança. Fixação do valor (CPP, art. 325). Situação econômica do acusado deve ser levada em consideração.**

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 - 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.

**V.** 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.

**VI.** 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.

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

### 3.2. A LIBERDADE SEM FIANÇA.

Com a entrada da lei 6.416/77 que instituiu o regime de liberdade provisória do parágrafo único do art. 310, CPP sendo esta a modalidade de mais freqüente utilização: a liberdade provisória sem fiança, cuja exigência única é o comparecimento a todos os atos do processo.

O Direito Processual Penal ora vigente, contempla as hipóteses de liberdade provisória sem fiança, as descritas no art. 310 § único e art. 350:

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

§ú 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 ao 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.

Fora as hipóteses em que o agente não seja passível de prisão, ou, ainda, dos casos previstos de não arbitramento de fiança, em lei especial, o juiz poderá conceder a liberdade provisória, sem fiança ao examinar o auto de prisão em flagrante, ou mesmo no processo caso fique patente que o agente tenha praticado o ato amparado por excludente de antijuridicidade, ou mesmo caso não estejam presentes as hipóteses que autorizem a prisão preventiva.

Cumpra aqui colacionar a ementa relativa 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.POSSIBILIDADE.

1 - Em se tratando de crime hediondo, isoladamente, não há impedimento da liberdade provisória, diante dos 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 do 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 daquela medida não justifica a manutenção da restrição de liberdade decorrente do flagrante.

3 – Habeas corpus concedido. \*

## CRIMES INAFIANÇAVEIS

O conceito de inafiançabilidade surgiu com a vigência do código penal , quando a única forma de liberdade provisória era a mediante fiança, logo, dizer que um crime era inafiançável era o mesmo que, dizer que para tais crimes não existia a possibilidade da liberdade provisória.

Contudo, com a introdução do parágrafo único ao artigo 310, a liberdade provisória com base na fiança perdeu grande parte da sua aplicação, já que não estando presentes razões para a prisão preventiva, caberia a liberdade provisória, sem o pagamento da fiança, obtendo a liberdade apenas com a obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de

revogação da liberdade provisória, ademais conseguia-se a liberdade provisória sem fiança a todas as infrações, independentemente de sua gravidade.

Daí surgiu há necessidade da Constituição se referir à inafiançabilidade de alguns crimes, no entanto essa prevê a possibilidade de concessão da liberdade provisória com fiança nesses crimes, mas nada fala do parágrafo único do art.310, seja porque não houver referencia expressa na Constituição.

Então embora, inafiançáveis, é possível a concessão de liberdade provisória do art.310 §ú, CPP, para estes crimes. Vejamos o posicionamento do STJ:

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

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

**1** - Em se tratando de crime hediondo, isoladamente, não há impedimento da liberdade provisória, diante dos 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 do 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 daquela medida não justifica a manutenção da restrição de liberdade decorrente do flagrante.

**3** – Habeas corpus concedido.

#### 4. A PERDA DA APLICABILIDADE.

A liberdade provisória foi recepcionada pela Constituição Federal em seu art.5º sendo elevada a um direito fundamental de que: “ninguém será levado à prisão ou nela será mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

De acordo com Romeu Pires de Campos Barros citado por Marcellus Polastri

...ela decorre para evitar a prisão provisória ou a substituindo, afastando-se os efeitos prejudiciais dessa medida, melhor preservando o *status libertatis* do indiciado ou acusado, mas assegurando, por outra forma, o processo de conhecimento condenatório a que esta preordenada. (2011, p.176)

Pela redação do dispositivo Constitucional supracitado conclui-se que, a liberdade provisória pode ser concedida mediante pagamento ou não de fiança, caracteriza-se aqui então a existência de duas modalidades de liberdade provisória. Que tem por diferença a exigência ou não de uma caução em garantia real.

O direito a liberdade provisória, independente de sua modalidade, é assegurado a quem preencha os requisitos para tanto, neste sentido opina Ada Pellegrini Grinover.

... 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. Está 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):

Ao tempo do Código de Processo Penal de 1941 a fiança tida como a única modalidade de liberdade provisória, com exceção daquelas do art. 321(que não configuram a modalidade de medida cautelar) e do caput do art.

310 (constatação imediata de excludente de ilicitude), resulta a seguinte consequência: se afiançável o crime fosse esta prestada, o réu era posto em regime de liberdade provisória, devendo cumprir algumas exigências; se inafiançável o crime, o réu permaneceria preso até o julgamento final, como regra. A consequência pra o crime inafiançável era a prisão até o julgamento.

Entretanto, com a superveniência da lei 6.416/77 e a inclusão do §único ao art. 310 a regra, dita acima, passou a ser exceção sendo a liberdade provisória do parágrafo único do art.310 a regra. Assim a liberdade provisória do art. 310 §único, era cabível para qualquer crime, independentemente da sua gravidade.

A regra do então §ú estendeu-se a quase totalidade dos crimes, passou-se então a deferir a liberdade provisória do art.310 §único até aos crimes ditos inafiançáveis (art.323 e 324, CPP), que passaram a ter um tratamento atenuado. Nota-se então um tratamento incongruente do Código de Processo Penal quanto às infrações tidas como inafiançáveis, em tese mais graves, no qual se dispensa a prestação da fiança, possibilitando que o réu adquira a liberdade sem o pagamento da fiança, e por outro lado, nas infrações tidas como afiançáveis, em tese menos graves, impõe-se o ônus de o acusado prestar a fiança e se sujeitar às demais obrigações previstas no CPP para adquirir a liberdade.

Neste sentido, 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):

Nota-se então, que o legislador não se preocupou em observar os princípios da proporcionalidade e da adequação, já que na prática se observa que os crimes apenados com maior gravidade poderia o agente ser beneficiado com a liberdade provisória sem fiança, se obrigando apenas a comparecer aos atos do processo, sendo desnecessário o pagamento da fiança, logo tem assim o mais e não tem o menos.

Por regra então, aquele que tem o direito a liberdade provisória com fiança terá também o direito a liberdade sem a fiança, que por obvio, sendo a medida mais benéfica, deverá ser acolhida pelo juiz.

Observa-se ainda que o advento dos Juizados Especiais Criminais, esvaziou ainda mais o instituto, tendo em vista, que, os crimes de pequeno potencial ofensivo eram todos afiançáveis. Faz-se necessário ainda ao análise de uma nova forma assecuratória decorrente do art.69 da lei 9.099/95, que prevê:

Art. 69, Parágrafo único: Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Por fim, conclui-se que diante das constantes alterações do código no seu decorrer evolutivo do Processo Penal, ocasionaram a desmoralização do instituto da fiança, pois não é plausível que num juízo de razoabilidade, ocorra um tratamento mais severo a delitos menos graves, enquanto, noutros mais graves, o legislador dedique uma atuação mais branda. Nota-se, então, a existência de uma dissociação entre a liberdade provisória mediante fiança, com o contexto histórico-jurídico em que atualmente se encontra inserido nosso código, demonstrando, a necessidade da sua reestruturação para que possa ser exigível em hipóteses coerentes e razoáveis.

## 5. A REFORMA DO CPP E A CONSEQUENTE AMPLIAÇÃO DO INSTITUTO

Diante da clara necessidade de uma reestruturação do Processo Penal, no que se refere a Liberdade Provisória, que não condizia com o contexto histórico jurídico atual, o legislador dedicou-se a reforma do código introduzindo no ordenamento a lei 12.403/11, que trouxe o revigoramento da referida matéria que conseqüentemente revitalizou o instituto da fiança, que passou a ser útil ao processo.

Nos termos do novo parágrafo único do art.310, do CPP, via de regra, o juiz poderá e deverá aplicar a liberdade provisória, quanto ausentes os motivos que autorizem a preventiva, mas cumulando com outra medida substitutiva da prisão preventiva art.319, CPP.

A nova redação é tecnicamente superior a que a antecedia, abrangendo todas as hipóteses que o juiz possui para apreciar o auto de prisão em flagrante.

O parágrafo único quase repete o teor do antigo *caput*, com algumas modificações, quais sejam, a) A oitiva prévia do Ministério Público para a concessão da provisória ; b) substitui-se o antigo art.19 do CP pelo art 23, I a III, que são as hipóteses de excludente de ilicitude; c) A exigência de decisão fundamentada do magistrado.

O ora disposto no art.310 §ú, é justo e fundamental ao Estado Democrático de Direito, pois visualizado o reconhecimento de situação lítica (estado de necessidade, por exemplo), torna-se ideal a soltura do acusado, sem a necessidade do pagamento da fiança, restando necessário apenas o comparecimento aos atos do processo.

Observa-se também a alteração do art. 321, hoje não mais se interessa a situação jurídica do acusado, pois a infração de menor potencial ofensivo que demandam apenas termo circunstanciado em geral com a ocorrência do flagrante devem, sempre que possível ser concedida a liberdade provisória com ou sem fiança. A nova redação do art. 321 limitou-se apenas a repetir o que é dito em outros artigos.

Quanto à alteração do art.322 verifica-se a possibilidade da autoridade policial estabelecer o valor da fiança, desde logo, para as infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse quatro anos. Nas demais

situações, ou seja, nos crimes apenados por maior tempo, caberá ao juiz verificar a possibilidade e estabelecer se possível a fiança, fica assim corrigido grande erro cometido anteriormente, onde qualquer crime era afiançável, salvo exceções, pouco importando a pena máxima.

Quanto ao artigo 323, CPP que tinha uma redação confusa, adotou um padrão constitucional para a vedação a fiança a determinados crimes. A proibição das fianças aos crimes tidos como mais graves, retirava-os do campo da mesma, podendo ser concedido a estes a liberdade provisória sem fiança, o que contradizia o sistema.

Agora a proibição advém da própria Constituição são elas: Os crimes de racismo (art.5º, XLIV, CF); delitos de tortura, tráfico de ilícitos, terrorismos e hediondos (art.5º, XLIII, CF); infrações cometidas por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art.5º, XLIV, CF).

As modificações referentes ao art.324, CPP foram todas de teor positivo. Percebe-se que o referido artigo manteve a vedação de concessão da fiança para aqueles que, no mesmo processo, não tiverem pago fiança anteriormente concedida, ou infringindo, sem motivo justo as obrigações constantes nos art.327 e 328 do CPP. Veda-se a possibilidade de fiança em casos de prisão civil (alimentos) e militar, elimina-se o inciso III que proibia a concessão da fiança aos beneficiados pela suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposos ou contravenção que admita fiança, Por último manteve-se a antiga previsão do inciso IV, onde será afastada a possibilidade da fiança quanto presentes os requisitos da prisão preventiva.

No que tange o art. 325, este foi reformulado quase que em sua integralidade, pois os valores que constavam em sua redação anterior eram quase ínfimos, sendo que eram fixados com base em padrão monetário já extinto (salário-referência).

A alteração constante no art.334, CPP foi ínfima, dizendo apenas sobre a possibilidade de se estabelecer a fiança a qualquer tempo.

O art. 335, CPP eliminou a previa oitiva da autoridade policial, para que o magistrado fixe o valor quando aquele deixar de fazer.

Quanto a nova redação do art.336, sujeita-se ao quantum recolhido, a título de fiança ao custeamento de vários pontos: a) custas do processo; b) indenização do dano; c) prestação pecuniária; d) multa. A novidade é a previsão da prestação pecuniária, seja quando destinada para a vítima, seja quando ofertada a entidades beneficentes, nos termos do art.45 §1º, do CPP.

A alteração referente ao art.337 foi ínfima, no entanto, dá fim a discussão relevante. Questionava-se se o valor da fiança em caso de perda de efeito, ocorrer a absolvição do acusado, ou a extinção da punibilidade, deveria a fiança ser devolvida com o reajuste do valor monetário, ou não.

O correto é sempre o reajuste do valor quanto ao tempo da sua devolução, salvo quando o valor é depositado em conta bancária, a contas próprias para isso, com incidência de correção monetária.

Cessa então a polêmica, ao se saber que o valor deve ser sempre atualizado, quando for devolvido ao acusado. Note-se que a nova redação do artigo reitera a ressalva do art.336,§ú.

A quebra da fiança descrita no art.341 ganhou novos contornos com a integração de cinco incisos que indicaram quando a fiança será quebra. Ainda no que tange a quebra da fiança, o art. 343 passa a evitar a prisão automática do réu, em caso de quebra desta, devendo o juiz determinar se decreta a preventiva, caso estejam presentes os requisitos do art.312, ou se aplica outra medida cautelar, elencadas no art. 319.

No que se refere ao art. 344, duas alterações foram importantes. A perda do valor da fiança pode se dar no caso do acusado não se apresentar para o cumprimento de pena, desde que haja o trânsito em julgado. Retira-se aqui recolhimento do valor da fiança aos cofres do tesouro nacional, passando tal função para a justiça.

A nova redação do art.346 estabelece que, quebrada a fiança metade de seu valor, que será perdida será recolhida para o fundo penitenciário e não mais ao tesouro nacional. Em se tratando de crime da esfera estadual, quando a unidade federal possuir seu fundo próprio o valor será destinado a esse fundo, sendo o delito da esfera federal, será destinado ao fundo penitenciário nacional

## 6. CONCLUSÃO:

O presente trabalho teve o intuito de realizar uma análise crítica sobre o instituto da fiança, a nível constitucional e infraconstitucional com o contexto histórico-jurídico em que se encontra inserida.

As constantes reformas sofridas pelo processo penal no decorrer de sua vigência acabaram por diminuir a utilização do instituto em estudo. No entanto o mesmo só foi levado à inaplicabilidade com a introdução da lei 6.416/77 que introduziu o parágrafo único ao art. 310 que previa a possibilidade de concessão da liberdade provisória a qualquer pena, independente da gravidade do crime, a prisão passou a ser a exceção enquanto a liberdade passou a ser a regra.

Observa-se ainda maior incongruência quando os crimes de menor potencial ofensivo eram submetidos a fiança, ou seja, os crimes de menor lesividade arcavam com o ônus do pagamento de fiança, enquanto os de maior potencial ofensivo não. Parece-nos que a gravidade do delito foi desprezada pelo legislador ao criar a lei 6.414/77, visto que a gravidade do delito por si só não é motivo de impedimento da concessão da liberdade provisória sem fiança.

No entanto, diante das constantes críticas sofridas em relação a incongruência entre a fiança e o momento histórico em que ela se encontra, o legislador acabou por atender a necessidade de uma reforma, instituindo a lei 12.403/11.

Nesta a fiança volta a “renascer” com a importância que tinha ao momento de sua instituição, adequando-se ao momento em que esta inserida, sendo útil ao processo ao estabelecer uma relação entre a condição econômica do indivíduo e a fixação da fiança de forma que ele fique efetivamente vinculado ao processo.

## 7. REFERENCIAS:

\_\_\_\_\_,Constituição da Republica Federativa,05 de outubro de 1988,Brasília,1988.

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

BATISTA, Weber Martins, Direito Penal e Direito Processual Penal. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

GRECO FILHO, Vicente, Manual de Processo Penal.8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal, vol II, Campinas: Millennium. 3ªEd, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de Processo Penal. 14ª Ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

\_\_\_\_\_, A Tutela Cautelar no Processo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

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