

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

FERNANDA COSTA PINTO

**A FIANÇA CRIMINAL E SEUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS PÓS LEI Nº 12.403 DE
2011**

Porto Alegre
2014

FERNANDA COSTA PINTO

**A FIANÇA CRIMINAL E SEUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS PÓS LEI Nº
12.403 DE 2011**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca
Andrade.

Porto Alegre

2014

FERNANDA COSTA PINTO

**A FIANÇA CRIMINAL E SEUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS PÓS LEI Nº
12.403 DE 2011**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Aprovado em 18 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Mauro Fonseca Andrade
Orientador

Prof. Odone Sanguiné

Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Ao Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade, meu orientador, por todo apoio, dedicação e compreensão dispensados ao longo deste trabalho.

Aos meus familiares, em especial aos meus pais, por todo amor e carinho de sempre e pela preocupação que sempre dedicaram a minha educação.

Aos amigos, pela amizade, companhia, incentivo e força.

RESUMO

O presente trabalho de Conclusão de Curso analisa a fiança criminal como instituto processual penal, abordando desde sua origem histórica no direito estrangeiro, sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, até seu status atual neste sistema jurídico, o qual foi alcançado pela contribuição das diversas reformas processuais penais, em especial pela última delas, ocorrida no ano de 2011, com a edição da Lei nº 12.403. Num primeiro momento, analisa o instituto da fiança em si, com seus conceitos, natureza jurídica e objeto. Posteriormente, aborda-se o aspecto histórico da fiança, buscando evidenciar sua origem e suas características no direito estrangeiro e, posteriormente, no direito brasileiro, verificando suas transformações ao longo da História. Em virtude destas diversas reformas ocorridas na fiança criminal, foram analisadas e destacadas as características gerais atuais do instituto em todos os seus aspectos e, em item próprio, deu-se ênfase apenas às inovações realizadas pela Lei nº 12.403/11. Em última análise, foram pesquisados alguns temas relacionados à fiança criminal que se tornaram controversos, após esta reforma processual penal de 2011, tais como a fiança e seu caráter cautelar frente aos princípios da legalidade e da presunção de inocência; a (i)legitimidade do arbitramento da fiança pela autoridade policial; a atuação do Ministério Público no momento do arbitramento da fiança; e os casos de proibição da fiança.

Palavras-chave: Fiança. Processo Penal. Reforma. Ministério Público.

ABSTRACT

This Final Paper examines the bail as a criminal procedural institute, from its historical origin in Foreign Law, through the Brazilian Legal System, to its current status in this Legal System, which was achieved by the contribution of the various procedural criminal reforms, especially the last one, held in 2011, with the adjudication of Law 12.403. At first, analyzes the bail institute itself, with its concepts, legal nature and purpose. Later, examines the historical aspect of the bail in order to enhance its origin and its characteristics in Foreign Law and, later, in Brazilian Law, checking their transformations throughout history. Because of these various reforms carried out in criminal bail, the current general characteristics of the Institute in all its aspects were analyzed and highlighted, and, on a spot, emphasis was placed only to the innovations made by Law 12.403/2011. Ultimately, some topics related to criminal bail, that became controversial after this criminal procedure reform in 2011, were researched, such as bail and his protective character front to the principles of legality and the presumption of innocence, (i)legitimacy of arbitration of bail by the police, the performance of the Prosecution Service at the time of arbitration of bail, and cases of prohibition of bail.

Palavras-chave: Bail. Criminal Procedure. Reform. Prosecution Service.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 BASES TEÓRICAS DA FIANÇA.....	10
2.1 A FIANÇA E SUA CONCEITUAÇÃO.....	10
2.2 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO.....	11
2.3 OBJETO DA FIANÇA.....	14
3 ASPECTOS HISTÓRICOS DA FIANÇA.....	16
3.1 A FIANÇA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	16
3.2 A FIANÇA NO DIREITO BRASILEIRO.....	17
3.2.1 Origem – Brasil Colônia.....	17
3.2.2 Desenvolvimento.....	20
3.2.2.1 <i>BRASIL IMPÉRIO (1822 - 1889) – Constituição de 1824 e Código de Processo Criminal do Império de 1832 (Código do Processo Criminal de Primeira Instância).....</i>	<i>20</i>
3.2.2.2 <i>BRASIL REPÚBLICA (1889 – DIAS ATUAIS).....</i>	<i>23</i>
3.2.2.2.1 <i>CONSTITUIÇÃO DE 1891.....</i>	<i>23</i>
3.2.2.2.2 <i>CONSTITUIÇÃO DE 1934.....</i>	<i>25</i>
3.2.2.2.3 <i>DITADURA VARGAS (ESTADO NOVO DE 1937 A 1945) - CONSTITUIÇÃO DE 1937 e o CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941.....</i>	<i>26</i>
3.2.2.2.4 <i>CONSTITUIÇÃO DE 1946.....</i>	<i>29</i>
3.2.2.2.5 <i>CONSTITUIÇÃO DE 1967 – REGIME MILITAR (DE 1964 A 1985).....</i>	<i>30</i>
3.2.2.2.6 <i>CONSTITUIÇÃO DE 1988 – “CONSTITUIÇÃO CIDADÃ”.....</i>	<i>30</i>
4 A FIANÇA NA REFORMA PROCESSUAL DE 2011.....	31
4.1 NOÇÕES GERAIS.....	31
4.1.1 Competência para concessão da fiança.....	38
4.1.2 Momento para concessão e prestação da fiança.....	41
4.1.3 Tipos e modalidades de fiança.....	44
4.1.4 Critério para concessão/arbitramento da fiança.....	46
4.1.4.1 <i>Valor da fiança.....</i>	<i>46</i>
4.1.4.2 <i>Quanto à possibilidade de concessão da liberdade provisória para o réu pobre.....</i>	<i>49</i>
4.1.5 Reforço da fiança.....	51

4.1.6 Obrigações processuais decorrentes da fiança.....	51
4.1.7 Prática de mais de um crime passível de fiança.....	52
4.1.8 Recurso cabível.....	52
4.1.9 Quanto à destinação da fiança.....	54
4.2 INCIDENTES DA FIANÇA.....	55
4.2.1 Quebra da fiança.....	55
4.2.2 Perda da fiança.....	57
4.2.3 Cassação da fiança.....	58
4.2.4 Fiança sem efeito e Restituição da fiança.....	59
5 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA FIANÇA.....	60
5.1 A CAUTELARIDADE FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	60
5.1.1 Princípio da Legalidade.....	60
5.1.2 Princípio da presunção de inocência.....	61
5.2 O ARBITRAMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL.....	64
5.3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MOMENTO DO ARBITRAMENTO...67	
5.3.1 (Des)necessidade da oitiva prévia do Ministério Público no auto de prisão em flagrante, para concessão de medidas cautelares pessoais.....	68
5.3.2 O artigo 333 do Código de Processo Penal e a não oitiva prévia do Ministério Público no caso da fiança.....	72
5.4 A PROIBIÇÃO DA FIANÇA.....	73
5.4.1 Noções Gerais.....	73
5.4.2 Inafiançabilidade na Constituição brasileira de 1988.....	73
5.4.3 Artigo 323 do CPP.....	75
5.4.4 Artigo 324 do CPP.....	77
5.4.5 Outras hipóteses.....	78
6 CONCLUSÕES.....	79
REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é a análise geral do instituto da fiança criminal, classificada pelo Código de Processo Penal como uma das medidas cautelares diversas da prisão à disposição do juiz, na repressão de determinadas práticas criminosas.

A razão da realização desta pesquisa foi, primeiramente, a curiosidade pelo instituto analisado e, posteriormente, a verificação da necessidade de reunir os dados gerais e específicos, além das informações atualizadas referentes à fiança, em um único trabalho, a fim de conhecer o instituto em seus pormenores, os âmbitos de sua aplicação e seus aspectos conflitantes.

A fiança como instituto processual penal sempre esteve prevista pelas Constituições brasileiras, desde a primeira Constituição imperial de 1824 até a atual Constituição democrática de 1988. Além de ser uma garantia constitucional, a fiança está regulada também no Código de Processo Penal brasileiro de 1941, o qual prevê suas hipóteses de cabimento e formas de aplicação. Contudo, assim como diversos outros institutos processuais, a fiança sofreu algumas evoluções ao longo da História, por meio das reformas processuais penais, tendo ocorrido a última reforma brasileira de maior relevância e influência para este instituto em 2011, com a edição da Lei nº 12.403.

Em vista dessas transformações, para compreensão do processo de desenvolvimento deste instituto, analisar-se-ão as reformas processuais, paralelamente com a análise histórica, ocorridas ao longo do tempo, dando ênfase à reforma de 2011. Por meio de comparativos realizados entre a legislação anterior e posterior à Lei nº 12.403/11, no que tange à fiança, constatou-se o *status* atual do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo verificado a natureza cautelar da fiança e analisado as características referentes a esta cautelaridade, identificaram-se algumas controvérsias envolvendo a fiança, as quais foram abordadas, a fim de compreender o entendimento consagrado. Dentre as controvérsias, analisou-se a questão da dúvida muitas vezes existente quanto à observância da fiança aos princípios da legalidade e da presunção de inocência, uma vez que a exigência da fiança poderia ser considerada o pagamento pela liberdade do sujeito, o qual, ao invés de ser presumidamente

inocente, conforme prevê a Constituição e a legislação processual penal, estaria sendo, na realidade, presumidamente culpado.

Além disso, em virtude da atual classificação da fiança como medida cautelar, a pesquisa deteve-se em observar a permanência ou não da competência do arbitramento da fiança pela autoridade policial, uma vez que esta não possui jurisdição, sendo esta um requisito necessário para a aplicação de medidas cautelares.

Como ponto controvertido, analisou-se também a continuidade ou não da necessidade de oitiva prévia do Ministério Público no momento da concessão da fiança, uma vez que, com a Lei nº 12.403/11, suprimiu-se esta exigência que vinha expressa no artigo 310 do Código de Processo Penal, causando, assim, divergências interpretativas e insegurança quanto a esta necessidade.

A última das controvérsias analisadas neste trabalho foram os casos constitucionais e legais de proibição da fiança, os quais, em verdade, impedem que a autoridade competente conceda liberdade provisória com fiança, mas, limitando-se a isto, não influenciando na possibilidade do arbitramento de outras medidas cautelares diversas da prisão, inclusive no da liberdade provisória sem fiança.

2 BASES TEÓRICAS DA FIANÇA

Para o estudo do instituto da fiança é necessário compreender, antes de tudo, o que é a fiança, qual sua natureza jurídica dentro do ordenamento jurídico brasileiro e o seu objeto. Provido destas noções, torna-se mais fácil e lógico o entendimento da fiança.

2.1 A FIANÇA E SUA CONCEITUAÇÃO

A fiança criminal é um instituto processual, pois serve a garantir a efetividade do processo penal, além de assegurar as garantias do réu. Para Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 132), a “fiança é uma garantia real, consistente na entrega ao Estado de valores (dinheiro, jóias, imóveis, etc.), com a finalidade de assegurar a liberdade provisória da pessoa presa em flagrante, enquanto durar o transcurso do processo”. O caráter garantidor da fiança, de acordo com este conceito, está no fato de que o valor pago visa evitar que o réu torne-se um foragido, pois, como consequência, perderia todo o valor ofertado.

De forma semelhante conceituam a fiança Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p.113 e 114) afirmando que esta “é um meio usado para se obter liberdade provisória”. Para estes autores, a fiança é uma garantia real, uma vez que seu objeto são coisas, como indicado no item 2.3. Desta forma, basta que o sujeito preste a fiança e cumpra as obrigações dela decorrentes para que garanta a sua liberdade até uma possível e futura condenação por sentença judicial transitada em julgado.

Fernando Capez (2012, p. 351) define fiança como a “prestação de uma caução de natureza real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado”. O referido doutrinador afirma que se admite a fiança de natureza fidejussória¹, ou seja, mediante a apresentação de um fiador, devendo ser prestada por meio de dinheiro, joias ou qualquer objeto que tenha valor. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado

¹Garantias fidejussórias são aquelas prestadas mediante apresentação ou indicação de uma terceira pessoa (fiador) que se responsabilizará pelo cumprimento da obrigação, caso o devedor deixe de cumpri-la.

(CPP, art. 336, *caput*)².”

Para Vicente Greco Filho (2013, p. 319), a fiança é o “depósito em dinheiro ou valores feito pelo acusado ou em seu nome para liberá-lo da prisão, nos casos previstos em lei, com a finalidade de compeli-lo ao cumprimento do dever de comparecer e permanecer vinculado ao distrito da culpa³.”

A fiança é considerada um direito do réu. Direito este que permite ao réu ficar em liberdade no decorrer do processo, desde que preencha determinados requisitos, preste caução e cumpra certas obrigações (CEBRIAN; GONÇALVES, 2014, p. 423).

2.2 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

A fiança criminal possui natureza jurídica cautelar, conforme classificação prevista no art. 319, inciso VIII, do CPP⁴. Na doutrina de Odone Sanguiné (2014, p. 775), com a Lei nº 12.403/11, a fiança passou a ter uma “natureza dúplice”, pois, de certa forma, manteve-se como uma contracautela com o objetivo de substituir a prisão em flagrante quando esta for desnecessária ou inadequada; e de outra forma, o instituto passou a ser considerado ele em si uma medida cautelar autônoma e alternativa,

aplicável pelo magistrado de maneira independente ou desvinculada de qualquer prisão cautelar anterior e que poderá ser imposta [...] isolada ou cumulativamente com outras medidas alternativas à prisão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (SANGUINÉ, 2014, p. 775).

²Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

³Distrito da culpa é o local onde o delito foi cometido, ou onde se deu a última ação para sua consumação.

⁴Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...)

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.

Por ser a fiança uma medida cautelar diversa da prisão, ela é regida pelas normas processuais penais atinentes às medidas cautelares constantes do Título IX do CPP, em especial, às regras do art. 282⁵. Este artigo prevê que as medidas cautelares deverão ser aplicadas sempre se observando (a) a sua necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, e para evitar a prática de outras infrações penais, naqueles casos em que a lei prevê expressamente; e (b) a sua adequação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado.

Como visto no parágrafo anterior, o requisito da necessidade pode abranger três situações relevantes:

- (a) **necessidade da medida cautelar para aplicação da lei penal:** neste caso, procura-se garantir que a lei penal poderá ser efetivamente aplicada quando necessário, ou seja, a medida cautelar será aplicada com este objetivo quando se verificar que existe risco de o indiciado ou acusado fugir do distrito da culpa (CAPEZ, 2012, p. 346). Fernando Capez (2012, p.346) exemplifica com as seguintes situações: “ausência de residência fixa ou ocupação lícita, ou seja, quando não houver nada que o radique no distrito da culpa, havendo sério risco para a eficácia da futura sentença condenatória;”

⁵Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

- (b) **necessidade da medida cautelar para a investigação ou instrução criminal:** neste caso, a medida cautelar será aplicada com a finalidade de impedir que o investigado ou indiciado comprometa a produção das provas, por exemplo, fazendo ameaças às testemunhas, ou destruindo provas e vestígios, perturbando, assim, o andamento das investigações ou do processo. As medidas cautelares servirão aqui como um instrumento garantidor da busca da verdade real ao caso concreto (CAPEZ, 2012, p. 346 e 347).
- (c) **necessidade da medida cautelar para evitar a prática de outras infrações penais, nos casos previstos expressamente em lei:** a finalidade fundamental da aplicação da medida, nesta situação, é procurar, ao máximo, impedir que o investigado ou acusado continue praticando outros delitos se permanecer solto. Fernando Capez (2012, p. 347) refere que as medidas cautelares podem ser aplicadas com esta finalidade nos casos em que o crime cometido foi de violência doméstica ou familiar, impedindo, assim, o sujeito de manter contato com os familiares ou de freqüentar determinados locais, por exemplo.

As medidas cautelares do Código de Processo Penal são consideradas instrumentos de restrição da liberdade do sujeito, porém, tendo elas caráter provisório e urgente. Neste sentido, as cautelares diferem-se da prisão “como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso concreto.” (NUCCI, 2013, p. 32).

Desta forma, sem a existência de necessidade e urgência, nem a fiança, nem nenhuma outra medida cautelar restritiva serão impostas ao investigado ou indiciado, devendo o juiz conceder a liberdade provisória sem a imposição de qualquer ônus. Assim, esta poderá vir ou não acompanhada da fiança, mas isso dependerá da análise discricionária do juiz, o qual verificará a necessidade de arbitramento ou não da fiança conforme o caso concreto e, caso arbitre-a, deverá demonstrar fundamentadamente essa necessidade cautelar, conforme os requisitos descritos anteriormente, visando à garantia dos atos processuais e de sua efetividade (CAPEZ, 2012, p.351).

Os requisitos da necessidade e adequação da medida cautelar são de extrema importância e devem ser sempre observados, pois estas medidas

restringem a liberdade individual da pessoa e, exatamente por isso, devem ser decretadas sempre de forma motivada, com base legal e fática, uma vez que, acima das regras processuais, encontra-se o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF)⁶. Em virtude disso, este princípio pressupõe que estas possíveis restrições à liberdade individual sejam, efetivamente, indispensáveis (requisito da necessidade) (NUCCI, 2013, p. 33).

O requisito da adequabilidade das medidas cautelares que deve também ser observado, juntamente com o da necessidade, pela autoridade competente para concessão da medida está intrinsecamente vinculado ao princípio constitucional da proporcionalidade. Nesse sentido, temos que, ao conceder/aplicar determinada medida cautelar, a autoridade deverá analisar o fato concreto e o agente causador deste fato, a fim de que possa aplicar a medida cautelar mais adequada aos fatores em questão. Guilherme Nucci (2013, p.35) denomina esta situação de *individualização da medida cautelar*, comparando-a com a tradicional “individualização da pena⁷”. Ou seja, uma vez que existem diversas medidas cautelares à disposição do magistrado, este deverá aplicar a que mais se adéque com o caso concreto e com o autor do fato.

2.3 OBJETO DA FIANÇA

O objeto da fiança refere-se àquilo que se admite oferecer para a prestação da fiança. De acordo com o art. 330 do CPP⁸, é possível pagar a fiança por meio de depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou hipoteca de imóvel.

⁶Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)

⁷Princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso XLVI, que visa garantir que cada autor de um crime receba a pena que lhe é devida, considerando-se, para tanto, os fatores individuais de cada um.

⁸ 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.

Se a fiança for prestada com hipoteca de imóveis, pedras, objetos ou metais preciosos, a autoridade competente para concedê-la nomeará imediatamente um perito para avaliar estes bens (art. 330, §1º, do CPP). No caso de ser a fiança prestada com títulos da dívida pública, o valor destes será determinado pela sua cotação em Bolsa. Mas, deve-se atentar ao seguinte: se os títulos forem nominativos, exigir-se-á prova de que eles estão livres de ônus (art. 330, §2º, do CPP).

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DA FIANÇA

3.1 A FIANÇA NO DIREITO ESTRANGEIRO

O instituto da fiança criminal está intimamente vinculado ao instituto da liberdade provisória, a qual pode ser concedida mediante fiança ou sem a necessidade desta. Por isso, ao longo dos anos, estes dois institutos desenvolveram-se conjuntamente e suas origens são comuns.

Não se têm notícias exatas de quando e como se originou o instituto da fiança; contudo, sabe-se que, tanto a fiança, quanto a liberdade provisória já existiam e eram aplicadas pelos antigos povos gregos e romanos. Conforme Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p.20):

entre os gregos, naqueles casos que não envolviam conspiração política ou peculato, era lícito ao réu ficar em liberdade mercê de caução prestada por outros três cidadãos, os quais se obrigavam a garantir a presença do increpado nos atos processuais.

Romeu Pires de Campos Barros (1982, p. 289) dispõe que era proibido prender um cidadão ateniense antes de sua condenação, caso três cidadãos se responsabilizassem pelo comparecimento do sujeito acusado em juízo. Com relação aos romanos, os autores afirmam que nas situações em que o crime cometido não atentasse contra a segurança do Estado, o sujeito imputado teria a possibilidade de defender-se em liberdade, mas, desde que pagasse uma fiança ou, caso fosse pobre e assim o comprovasse, apenas prestasse o compromisso pessoal de comparecer a todos os atos processuais. Contudo, quando o crime infligido caracterizasse como atentatório à segurança estatal, os romanos não admitiam a liberdade provisória mediante fiança ou promessa de comparecimento aos atos do processo, mas apenas admitiam a pena de exílio⁹.

Os Direitos grego e romano influenciaram o ordenamento jurídico de diversos países e, desta forma, diversos institutos jurídicos foram sendo recepcionados e

⁹A pena de exílio consistia na exigência de o criminoso abandonar o seu país, similar à pena de banimento. Para os romanos, significava o abandono do solo sagrado da pátria, o que, na época, equivalia à morte.

aprimorados pelos Estados. A fiança criminal foi um destes institutos e passou a ser aplicada inclusive pelo Brasil, conforme veremos a seguir.

3.2 A FIANÇA NO DIREITO BRASILEIRO

3.2.1 Origem – Brasil Colônia

O Brasil foi colonizado por Portugal a partir do ano de 1500. Durante o período conhecido como Brasil Colônia, as leis que vigoravam no Brasil eram as mesmas leis vigentes em Portugal, cujo Direito Processual Penal nas Idades Antiga e Moderna baseou-se principalmente no Direito Romano e no Direito dos bárbaros¹⁰ (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.23).

A influência romana deu-se pelo fato de os romanos terem se estabelecido na Península Ibérica a partir do século V a.C., influenciando, assim, a organização social dos povos que habitavam esta península, por cerca de oitocentos anos consecutivos.

Já a influência dos bárbaros no Direito Processual Penal português e, conseqüentemente, também no brasileiro, deu-se em função da invasão deste povo na região da Península Ibérica, notadamente os visigodos, os quais editaram diversos códigos e leis. A influência visigótica teve longa duração, e o *Fuero Juzgo*¹¹ manteve-se em vigor mesmo durante a ocupação da Península Ibérica pelos mouros, ocupação esta que se iniciou no século VIII (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.24).

Entretanto, o Direito Processual Penal ainda não possuía uma organicidade ou autonomia. A codificação das normas processuais penais só começou a surgir a partir da segunda metade do século XIII e, assim, o Processo Penal assumiu características de autonomia e organicidade até o final do século XIV, com a edição de normas processuais (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.26).

¹⁰Os povos bárbaros eram povos que viviam nas regiões norte e nordeste da Europa e noroeste da Ásia, na época do Império Romano. Os romanos consideravam bárbaros todos aqueles povos que viviam fora das fronteiras do seu Império e que não falavam o latim. Dentre estes povos, destacam-se os germanos, francos, saxões, anglos e saxões, lombardos, visigodos, eslavos e hunos.

¹¹Conhecido também como livro dos juizes ou Código Visigótico, publicado provavelmente em 654 d.C. Compilava as leis visigodas e, sua forma, em doze livros, demonstrava a influência sofrida pelo Direito Romano. Por muitos séculos, este Código foi uma das principais fontes do direito, porém, trazia penas muito arbitrarias.

Por consequência desta influência do Direito Romano e Visigodo, Portugal também sentiu necessidade de organizar suas normas processuais a fim de garantir uma mínima segurança jurídica e procedimental aos acusados das práticas delitivas. Como resultado desse pensamento e para sanar esta necessidade, Portugal passou a editar suas Ordenações¹², as quais já previam a fiança como uma das modalidades de liberdade provisória (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.21).

A primeira Ordenação a ser editada por Portugal foram as Ordenações Afonsinas, lei outorgada por D. Afonso III, rei de Portugal, em 1264 (século XIII). Nestas Ordenações, a fiança estava contemplada no Livro V, Título 51, e era considerada “uma faculdade que se concedia ao réu de permanecer em liberdade mediante a prestação de caução.” (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.21). Assim, “proibiu-se a prisão se o detido desse fiadores para a garantia do seu futuro comparecimento perante os juízes”. Porém, excepcionavam-se dessa possibilidade os homicidas, autores de feridas ou chagas graves, incendiários, autores de furto manifesto, ‘britadores de igrejas’¹³ etc. Estes seriam entregues diretamente ao juiz, para que fossem defendidos por advogados, sem a possibilidade de fiança. (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.26).

Após 59 anos da promulgação das Ordenações Afonsinas, surgiram as Ordenações Manuelinas resultantes de uma revisão determinada por D. Manuel I. As Ordenações Manuelinas inovaram pelo desmembramento das matérias nos cinco livros que a constituíam. No Livro V, por exemplo, trava-se de penas e do processo criminal, agora sendo um conjunto de normas autônomas em relação aos livros que tratavam do Direito Civil e Processo Civil (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.26).

Assim, tem-se que as Ordenações Afonsinas foram a pedra fundamental do Direito português. Contudo, ainda que tenha sido a base deste Direito, as Ordenações Afonsinas não foram as que vigoraram por maior tempo no Brasil, mas sim, as Ordenações Filipinas, que entraram em vigor pela lei de 11 de janeiro de 1603, no reinado de D. Felipe II. Uma das inovações destas Ordenações Filipinas foi que, no seu livro criminal, trouxe discriminadamente as formas pelas quais se dava a juízo conhecimento da ocorrência de crime (“devassas”, “inquirições”, “querelas”, “denúncias”). As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até 1832, ano em que foi

¹²Ordenações são compilações de leis, mas sem caráter sistemático, nas quais estão oficialmente registradas as normas jurídicas existentes nos diversos reinados, centralizando, assim, num único documento estas leis.

¹³Sujeitos cujo crime era quebrar compartimentos das igrejas, principalmente imagens sacras, o que, de forma geral, significava profanação de templos sagrados.

promulgado o Código brasileiro de Processo Criminal de Primeira Instância; porém, nestas Ordenações também estava presente, no Livro V, Título CXVII, item seis, o instituto da fiança, de forma muito semelhante como o conhecemos atualmente (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.27).

Além da fiança, as Ordenações portuguesas previam outras modalidades de liberdade provisória, tais como o seguro ou carta de segurança, a homenagem ou menagem e a caução por fiéis carcereiros; contudo, dentre todas estas, somente a fiança foi recepcionada pelo Código de Processo Criminal do Império brasileiro de 1832, em seu art. 113¹⁴, sendo as demais modalidades abolidas pelo Direito brasileiro. Dessa forma, somente no período do Brasil Colônia é que existiram outras formas de liberdade provisória além da fiança, tais como as já mencionadas menagem, seguro e outras (CAMPOS BARROS, 1982, p. 295).

Por influência das Ordenações Portuguesas, a primeira Constituição brasileira, a Constituição do Império, de 1824, também assegurava, em seu art. 179, inciso IX¹⁵, a liberdade provisória mediante fiança (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.22). Esta constituição ergueu a fiança a garantia constitucional (CAMPOS BARROS, 1982, p. 291). Desta forma, temos que a origem da fiança no Brasil foi por influência direta do Direito português, por meio de suas Ordenações, e, posteriormente, em diploma próprio brasileiro, já foi incorporado na primeira Constituição brasileira de 1824, sendo este instituto regulamentado e recepcionado expressamente pelo Código de Processo Criminal do Império, posteriormente em 1832.

¹⁴Art. 113. Ficam abolidas as cartas de seguro, e qualquer outro meio, que não seja o da fiança, para que algum réo se livre solto.

¹⁵Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

3.2.2 Desenvolvimento

O instituto da fiança, desde que recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sempre esteve presente em todas as Constituições brasileiras, com exceção da Carta de 1937 (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.23 e 35). Veremos a seguir como foi a transformação deste instituto ao longo da História brasileira, analisando brevemente suas Constituições e demais diplomas legais.

3.2.2.1 BRASIL IMPÉRIO (1822 - 1889) – Constituição de 1824 e Código de Processo Criminal do Império de 1832 (Código do Processo Criminal de Primeira Instância)

A fiança passou a ser prevista em diploma próprio brasileiro a partir da Constituição de 1824, pois, até então, já se aplicava a fiança no Brasil; porém, ainda por meio de leis portuguesas, em razão da colonização pela qual o Brasil passou, conforme visto anteriormente.

Nesta Constituição Imperial brasileira, a fiança tinha previsão expressa no art. 179, inciso IX (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.22), cuja redação era a seguinte:

Art. 179, inciso IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a lei a admite; e em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca, poderá o réo livrar-se solto. (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.28).

É interessante ressaltar que, embora já sendo aplicada pelo Brasil anteriormente à Constituição de 1824, foi somente a partir desta Constituição que a fiança passou a ter *status* de garantia individual do cidadão, limitadora do poder de coerção penal do Estado (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.27).

No Brasil, existiu, também, neste período, o Código de Processo Criminal do Império datado de 29 de novembro de 1832, o qual, em seu artigo 113, admitiu a fiança como forma de liberdade provisória. Este Código regulava a fiança de “modo bem explícito e minucioso, em 14 artigos” e já estabelecia a idéia de que a fiança tinha como objetivo criar um vínculo entre a pessoa acusada do crime e o local onde ela devesse ser processada (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.22, 28 e 29).

A Lei 261 de 1841 surgiu como uma reforma ao Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Código processual do Império) e o art. 40¹⁶ daquela lei dava àquele particular que prestasse fiança em favor de um terceiro o direito de que atuasse em defesa do seu patrimônio, ou seja, adquiriam o direito de perseguir o detido favorecido pela fiança que prestaram no caso deste abandonar o processo ou descumprir alguma das obrigações impostas a ele (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.29).

Este art. 40 assegurava aos fiadores todos os auxílios de que necessitassem para prender o réu ao qual haviam prestado fiança, no caso deste quebrá-la, ou fugir após ser condenado, ou, ainda, quando o réu, após ser notificado pelo terceiro que lhe serviu como fiador para que o substituísse como garantidor, não o fizesse no prazo de 15 dias, estando esta última hipótese prevista pelo art. 308¹⁷ do Regulamento nº 120 (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.30 e 31).

O Código de Processo Criminal do Império foi promulgado em 29 de novembro de 1832 e, em 13 de dezembro deste mesmo ano, foi editado um decreto¹⁸, o qual fixou “Instruções para a Execução do Código de Processo Criminal”. Este decreto previa em seu art.17¹⁹ uma espécie de fiança que teria como função manter o réu em liberdade provisória enquanto não fosse possível cumprir a pena pecuniária já liquidada (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p. 28, 31 e 32).

No ano de 1841, foi editada a Lei 261 denominada “Reformando o Código de Processo Criminal”. Esta lei inseriu a restrição quanto à concessão de fiança aos réus vadios, restrição esta que atualmente não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que foi revogada pela lei 12.403/2011 (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.29). Chegou a ser editado inclusive, em 1842, o Regulamento 120, o qual

¹⁶Art. 40. Aos fiadores serão dados todos os auxílios necesarios para a prisão do réo, qualquer que seja o estado do seu livramento:

1º Se elle quebrar a fiança.

2º Se fugir depois de ter sido condemnado.

¹⁷ Art. 308. Aos fiadores serão dados todos os auxílios necesarios para a prisão do réo, qualquer que seja o estado do seu livramento:

1º Se elle quebrar a fiança.

2º Se fugir depois de ter sido condemnado, e antes de principiari a cumprir a sentença.

3º Se notificado pelo fiador para apresentar outro que o substitua, dentro do prazo de quinze dias, assim o não fizer.

¹⁸Decreto de 13 de dezembro de 1832.

¹⁹Art. 17. A todo o tempo que o réo satisfizer em dinheiro a importância da multa, ou da parte que lhe faltar, para se haver por cumprida a sentença, será posto em liberdade, não estando por al preso. Também poderá o juiz admitir fiança idônea ao pagamento em tempo razoável que não exceda de hum mez, nas multas inferiores a quatrocentos mil réis; de três mezes, nas inferiores a hum conto de réis; e de seis mezes, nas outras.

regulava a execução da parte policial e criminal da Lei 261/1841. Neste Regulamento, o art. 300²⁰ trazia o conceito legal de vagabundos para a época (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.30).

Em 20 de setembro de 1871, foi editada a Lei 2.033, a qual em seus 30 artigos apresentou nova organização ao sistema de fiança criminal, introduzindo a possibilidade de recolhimento de uma fiança provisória que permitiria ao réu ser solto até que o juiz estabelecesse um valor definitivo para esta fiança (art. 14, §2º, parte final)²¹. Esta fiança provisória foi instituída para evitar a demora da concessão da fiança, enquanto o sujeito fica preso aguardando a fixação do valor a ser pago.

Dessa forma, para evitar abusos por parte da autoridade concedente relacionados à demora da fiança definitiva, criou-se o instituto da fiança provisória que nada mais era do que um valor que o sujeito acusado pagava como garantia após receber a ordem de prisão, para permanecer solto até que fosse fixado um valor definitivo para a fiança (CAMPOS BARROS, 1982, p. 293).

Além dessa inovação, esta lei também estabeleceu alguns princípios relacionados à fiança, os quais vigoram até hoje, tais como a possibilidade de a fiança ser prestada em qualquer momento do processo, quando o crime for considerado afiançável (art. 14, §6º)²² e de que o réu deve ser comunicado do valor da fiança imediatamente para que verifique a possibilidade e providencie os meios de prestá-la (art. 14, §5º)²³ (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.32).

No mesmo ano de 1871, foi editado o Decreto nº 4.824 que regulava a execução da Lei 2.033/1871. O art. 35 deste Decreto, especificamente no seu parágrafo único, trazia a normativa da conveniência da oitiva do Ministério Público nos processos que envolviam fiança, cuja redação era a seguinte:

²⁰Art. 300. Da disposição do artigo antecedente são exceptuados os réos que forem vagabundos ou sem domicilio.

São considerados vagabundos os individuos que não tendo domicilio certo, não tem habitualmente profissão, ou officio, nem renda, nem meio conhecido de subsistencia.

Serão considerados sem domicilio certo os que não mostrarem ter fixado em alguma parte do Imperio a sua habitação ordinaria e permanente; ou não estiverem assalariados ou aggregados a alguma pessoa ou familia.

²¹Art. 14. A fiança provisoria terá lugar nos mesmos casos em que se dá fiança definitiva. Os seus efeitos durarão por 30 dias, e por mais tantos outros dias, quantos forem necessarios para que o réo possa apresentar-se ante o Juiz competente para prestar a fiança definitiva na razão de quatro leguas por dia.

§ 2º Dentro dos dous termos, o Juiz, independente de arbitramento, fixará o valor da fiança, attendendo á gravidade do delicto e á condição de fortuna do réo.

²²Art. 14, §6º, Lei nº 2.033/71: A fiança póde ser prestada em qualquer termo do processo, uma vez que seja reconhecido o crime por afiançavel.

²³Art. 14, §5º, Lei nº 2.033/71: Nas sentenças de pronuncia e nos mandados de prisão se declarará o valor da fiança a que fica o réo sujeito.

[...] O promotor Público ou quem suas vezes fizer, sempre que estiver presente, será ouvido nos processos da fiança provisória, e em todo o caso, depois de concedida, terá vista do respectivo processo, a fim de reclamar o que convier à justiça pública (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.32).

Contudo, atualmente, Nucci (2013, p. 142 e 143) informa que o Ministério Público não é ouvido antes da fixação da fiança, nem antes da concessão da liberdade provisória ou do relaxamento da prisão em flagrante, conforme o disposto nos artigos 310 e 333 do CPP²⁴. O autor afirma que estas são medidas urgentes, as quais devem ser aplicadas de imediato pelo magistrado. Após a decisão do magistrado, o órgão ministerial será informado a respeito para que possa, se assim o desejar, recorrer ou apresentar as alegações que entenda pertinentes.

3.2.2.2 BRASIL REPÚBLICA (1889 – DIAS ATUAIS)

3.2.2.2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1891

A República brasileira surgiu inspirada pelos ideais humanistas oriundos das sociedades européias e norte-americanas, mais especificamente, pelos Estados Unidos. Tanto foi assim que a Constituição Republicana Brasileira denominava o Estado Brasileiro de “República dos Estados Unidos do Brasil”. Estes ideais humanistas trouxeram características inovadoras ao processo, algumas com as quais convivemos ainda hoje (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.32 e 33).

A Constituição republicana de 1891 foi inspirada no modelo norte-americano e, na opinião de Luiz Otávio de Oliveira Rocha e de Marco Antonio Garcia Baz (2000, p.33), inclinou-se demasiadamente sobre este modelo, resultando em uma

²⁴Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Art. 333. Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.

descentralização tão grande de poderes, de forma desproporcional às necessidades e características da cultura política brasileira, gerando, assim, sérios conflitos de poder entre os estados e União.

Com este enfraquecimento do poder central, a consequência danosa para o direito processual foi a instituição de uma pluralidade processual, pluralidade esta que foi realizada de forma implícita, uma vez que a Constituição Federal não trazia previsão expressa que autorizasse os estados a elaborarem seus próprios códigos de leis. O resultado desta pluralidade processual foi que os estados elaboraram seus próprios códigos de leis, gerando textos complexos, fragmentados e carentes de sistematização.

Porém, ainda que neste contexto histórico, a Constituição da República de 1891 também previu a fiança criminal quando:

dispôs que ninguém seria conservado em prisão sem culpa formada, tirante apenas os casos excepcionais previstos em lei, nem poderia ser levado à prisão, ou nela detido, se prestasse fiança idônea, nas hipóteses admitidas pela legislação (art. 72, §14)²⁵ (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.22).

Pelo fato de cada Estado-membro, neste período, ter competência legislativa para matéria processual²⁶, e pelo fato de a fiança ser uma garantia individual constitucional, devendo ser, dessa forma, seus casos de cabimento e de aplicação regulados em âmbito nacional (regulação única aplicada a todo País sobre o cabimento e aplicação da fiança), tendo somente a União competência legislativa para tanto, a matéria da liberdade provisória com fiança, com a proclamação da República, deixou de ser disciplinada pela legislação processual e passou a ser disciplinada no Código Penal de 1890, no Título IV – Das Disposições Gerais – arts.

²⁵Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as excepções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admittir.

²⁶Até o início do período republicano brasileiro, cada um dos Estados-membros criava suas próprias leis processuais penais e por elas eram regidos. Dessa forma, as leis de processuais penais de cada estado eram distintas, não havendo, portanto, uma legislação processual penal nacional que abrangesse todos os estados.

405 e 406²⁷. Caso permanecesse sendo regulada pela legislação processual, da qual todos Estados-membros tinham competência legislativa, o instituto da liberdade provisória com fiança teria diversas e, possivelmente, distintas regulações no Brasil (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.22).

Percebe-se que neste primeiro período republicano a fiança era prevista pela Constituição Federal e regulada pelo Código Penal nacional, ou seja, tanto a Carta Magna quanto a legislação previam-na como o único instrumento capaz de conferir liberdade provisória ao preso, e ambas eram de competência legislativa da União. Assim, os estados somente possuíam uma atribuição supletiva quanto à fiança, cabendo a eles apenas organizar e atualizar tabelas e o modo de como se daria o arbitramento da fiança (CAMPOS BARROS, 1982, p. 294 e 295).

A fiança criminal, desta forma, ficou temporariamente sendo um instituto de direito penal e isso perdurou até a edição do Código de Processo Penal de 1941, quando deixou de existir a pluralidade do Direito Processual no Brasil. A partir de então, até hoje, o processo penal brasileiro é regulado nacionalmente pelo referido Código e algumas leis esparsas. A fiança passou a ser regulada pelo Código de Processo Penal de 1941, passando a ser um instituto processual penal, juntamente com o instituto da liberdade provisória, no Título IX, Capítulo VI, do Livro I. (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.22).

3.2.2.2.2 CONSTITUIÇÃO DE 1934

Foi a segunda Constituição do período republicano brasileiro promulgada em 16 de julho de 1934 e restabeleceu a unidade processual até então fragmentada

²⁷Art. 405. O valor do objecto sobre que versar o crime nas hypotheses dos arts. 330, 331 e 339 será fixado:

1º, para regular a fiança provisoria, pela autoridade a quem competir concedel-a, conforme as circunstancias do caso;

2º, para regular a pronuncia, pelo juiz da causa, mediante arbitramento feito por dous peritos de sua nomeação.

§ 1º O arbitramento assentará na avaliação do objecto, ou em falta deste, na prova documental ou testemunhal, e poderá ser corrigido pelo juiz.

§ 2º Si o valor fixado para a pronuncia for alterado pelo tribunal do Jury, não deixará este de aplicar a pena correspondentemente, seja qual for a alteração.

Art. 406. A fiança não será concedida nos crimes cujo maximo de pena for prisão celllular, ou reclusão, por quatro annos.

Parapho unico. Para os effeitos da fiança provisoria, a pena de prisão celllular será considerada equivalente á de prisão com trabalho, e a de reclusão á de degredo, sendo alterada a tabella vigente.

(Luiz ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.34). Esta Constituição também previa o instituto da fiança criminal, no seu art. 113, nos seguintes termos:

(item 21) – Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

(item 22) – Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos. (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.35)

3.2.2.2.3 DITADURA VARGAS (ESTADO NOVO DE 1937 A 1945) - CONSTITUIÇÃO DE 1937 e o CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

A Constituição do Estado Novo foi outorgada em 10 de novembro de 1937. Em virtude de ter sido uma Constituição outorgada em um período ditatorial, diversas garantias individuais foram subtraídas e retiradas desta Carta para servir aos fins do regime, e a fiança foi um dos institutos suprimidos. É também deste período de exceção o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, em vigor até hoje, após ter passado por diversas e profundas alterações desde sua promulgação (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.35).

No texto original do Código de Processo Penal de 1941, a liberdade provisória, mediante fiança, estava disciplinada pelos artigos 322 a 350, estando sua base legal prevista pelo art. 322 e nos demais artigos os regramentos de sua forma de aplicação. O art. 322 trazia a seguinte redação:

Art. 322. Ninguém será levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir.

Em 24 de maio de 1977, foi editada a Lei nº 6.416, a qual alterou, não só alguns dispositivos do Código de Processo Penal, mas também alguns artigos do Código Penal e da lei de Contravenções Penais. Com relação às alterações desta lei para o CPP, principalmente no que se refere aos artigos relacionados à fiança, tem-se que foram alteradas as redações dos artigos 322 a 325, as quais passaram a vigorar com o seguinte texto:

Texto original do CPP de 1941:

Art. 322. Ninguém será levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir.

Redação após a reforma da Lei nº 6.416:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.

Parágrafo único. Nos demais casos do artigo 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em quarenta e oito horas.

Texto original do CPP de 1941:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com pena de reclusão, salvo ao réu maior de setenta anos ou menor de vinte e um, no caso de não ser superior a dois anos o máximo da pena cominada;

II - nas contravenções tipificadas nos arts. 50, 51 e seu parágrafo 1º, 52 e seu parágrafo, 53 e seu parágrafo, 54 e seu parágrafo, 58, 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por infração penal da mesma natureza em sentença irrecorrível;

IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio.

Redação após a reforma da Lei nº 6.416: com relação a este dispositivo, esta lei, dentre outras alterações, retirou do ordenamento jurídico brasileiro a vedação de concessão de fiança nos processos que envolviam réu vadio.

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos;

II - nas contravenções tipificadas nos artigos 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Texto original do CPP de 1941:

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;

II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;

III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo.

Redação após a reforma da Lei nº 6.416: manteve a redação original, porém, incluiu o inciso IV.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;

II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;

III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo.

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (artigo 312).

Texto original do CPP de 1941:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos limites seguintes: de duzentos mil réis a cinco contos de réis, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com detenção ou prisão simples até um ano; de quinhentos mil réis a dez contos de réis, quando o máximo da pena não for além de dois anos; se setecentos mil réis a quinze contos de réis, quando não for além de três anos; de um conto de réis, quando for maior de três anos.

Parágrafo único. A fiança poderá ser aumentada até o triplo, se o juiz reconhecer que, em virtude da situação econômica do réu, não assegurará a ação na justiça, embora fixada no máximo.

Redação após a reforma da Lei nº 6.416: manteve a redação do *caput*, porém, alterou o parágrafo único.

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos limites seguintes: de duzentos mil réis a cinco contos de réis, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com detenção ou prisão simples até um ano; de quinhentos mil réis a dez contos de réis, quando o máximo da pena não for além de dois anos; se setecentos mil réis a quinze contos de réis, quando não for além de três anos; de um conto de réis, quando for maior de três anos.

Parágrafo único. Se assim o recomendar a situação econômica do réu, a fiança poderá ser:

- I - reduzida até o máximo de dois terços;
- II - aumentada, pelo juiz, até o décuplo.

Posteriormente, em 22 de junho de 1989, foi editada a Lei nº 7.780, a qual alterou o artigo 325 do CPP, definindo a seguinte redação:

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

- a) de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa da liberdade, até 2 (dois) anos;
- b) de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida com pena privativa da liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro) anos;
- c) de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada for superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Se assim o recomendar a situação econômica do indiciado ou acusado, a fiança poderá ser:

- I - reduzida até a metade dos valores acima previstos;
- II - aumentada, pelo juiz, até 20 (vinte) vezes em relação a seu valor máximo.

Pouco tempo depois, em 27 de abril de 1990, foi promulgada uma nova lei, Lei nº 8.035, que fez nova alteração no art. 325 do CPP, mantendo os limites já existentes; porém, incluindo os parágrafos primeiro e segundo, com seus respectivos incisos, os quais apresentavam novos regramentos à aplicação da fiança:

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

a) de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa da liberdade, até 2 (dois) anos;

b) de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida com pena privativa da liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro)anos;

c) de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim o recomendar a situação econômica do réu; a fiança poderá ser:

I - reduzida até o máximo de dois terços;

II - aumentada, pelo juiz, até o décuplo.

§ 2º Nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, não se aplica o disposto no artigo 310 e parágrafo único deste código, devendo ser observados os seguintes procedimentos:

I - a liberdade provisória somente poderá ser concedida mediante fiança, por decisão do juiz competente e após a lavratura do auto de prisão em flagrante;

II - o valor da fiança será fixado pelo juiz que a conceder, nos limites de dez mil a cem mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), da data da prática do crime;

III - se assim o recomendar a situação econômica do réu, o limite mínimo ou máximo do valor da fiança poderá ser reduzido em até nove décimos ou aumentado até o décuplo.

Após esta alteração processual penal feita pela Lei nº 8.035 em 1990, houve outras leis que também alteraram alguns dispositivos do CPP; contudo, sem afetar os artigos relacionados à fiança, até o surgimento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que trouxe alterações relevantes ao referido Código, no que tange à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares e outras providências.

3.2.2.2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1946

Promulgada em 18 de setembro de 1946, esta Constituição pós-período ditatorial retomou o caráter democrático da Carta de 1934, restabelecendo os direitos individuais suprimidos no período predecessor. Dentre os direitos e garantias individuais restabelecidos encontrou-se a fiança, que voltou a ser prevista pela Carta de 1946, no seu art. 141, §21:

Art. 141, §21. Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei. (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.36).

3.2.2.2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1967 – REGIME MILITAR (DE 1964 A 1985)

Promulgada no dia 24 de janeiro de 1967, ainda que tenha sido editada em contexto ditatorial, manteve a previsão de alguns direitos e garantias individuais, dentre os quais a fiança, prevista no art. 153, §12:

Art. 153, §12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação da fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

A Constituição de 1967 sofreu alterações pela edição de diversos Atos Institucionais (AIs) e emendas constitucionais. Contudo, nenhum destes mecanismos alterou a previsão relativa à fiança (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p. 36).

3.2.2.2.6 CONSTITUIÇÃO DE 1988 – “CONSTITUIÇÃO CIDADÃ”

Após regime ditatorial militar, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição que restabeleceu o regime democrático brasileiro, ampliando os direitos e garantias individuais dos cidadãos. Uma das inovações desta Carta, conforme Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Antônio Garcia Baz (2000, p. 36), é o emprego pela primeira vez da expressão “liberdade provisória, com ou sem fiança”, classificando, por meio desta redação, a fiança como uma das espécies de liberdade provisória.

A fiança está prevista no art. 5º, inciso LXVI, tendo, atualmente, a seguinte redação:

Art. 5º, inciso LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

4 A FIANÇA NA REFORMA PROCESSUAL DE 2011

4.1 NOÇÕES GERAIS

A Lei nº 12.403 foi publicada em 4 de maio de 2011, e entrou em vigor em 4 de julho de 2011. Pode ser considerada a última reforma processual penal que trouxe maior alteração para o Código Processual Penal Brasileiro. Conforme a própria ementa²⁸ desta lei, ela altera alguns dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Por isso, em razão da matéria dos dispositivos que altera, a Lei nº 12.403/11 é também chamada de “Lei das Prisões”.

Esta lei proporcionou algumas alterações no Código de Processo Penal não só relativas à fiança propriamente dita, como também às normas gerais de aplicação das medidas cautelares do processo penal como um todo. Estas normas estão previstas no Título IX, Capítulo I, do Código de Processo Penal brasileiro, especificamente no art. 282.

Antes da alteração feita pela Lei nº 12.403/11, este artigo possuía a seguinte redação:

Art. 282. À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

A redação deste artigo foi completamente alterada após a vigência da referida lei, tendo sido acrescentados dois incisos, os quais explicitam os critérios da necessidade e adequabilidade para aplicação das medidas cautelares, e seis parágrafos, nos quais se encontram as normas que regem a aplicação destas medidas:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

²⁸Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

O Legislador ordinário, neste Título IX do CPP, preocupou-se em introduzir a expressão “medidas cautelares”, a fim de possibilitar a criação de algumas medidas que pudessem servir de alternativas à prisão. Nucci (2013, p.30) coloca em sua obra, referindo-se a estas medidas cautelares introduzidas no CPP como alternativas à prisão, que:

(...) vale ressaltar, muitas delas já constituem penas alternativas (v. g., art. 319, II, CPP, em confronto com o art. 47, IV, CP) ou condições para a suspensão condicional da pena (v. g., art. 319, I, CPP em confronto com o art. 78, §2º, c, CP). Ora, se a legislação brasileira considera tais medidas eficientes para punir o indivíduo, naturalmente não se pode negar o seu caráter intimidativo para efeito de acautelamento no âmbito processual penal.

A existência destas medidas cautelares e principalmente a leitura do parágrafo 6º do art. 282, CPP, evidenciam o caráter excepcional da prisão preventiva, devendo ser aplicada, mais do que nunca, realmente como a última medida (*ultima ratio*), ou seja, somente quando não for possível ou adequada a sua substituição por uma das medidas cautelares previstas no art. 319, CPP (JORGE, 2011, p.6). Neste sentido, Fernando Capez (2012, p. 299) utiliza a expressão “natureza subsidiária” da prisão preventiva como providência cautelar.

O parágrafo 2º do art. 282 do CPP informa que a decretação da medida cautelar diversa da prisão poderá ser aplicada na fase investigatória ou na fase processual, em ambas pelo juiz. Contudo, há um detalhe a ser observado que é o

fato de que, na fase investigatória, o juiz somente poderá decretar estas medidas por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, ou seja, não poderá decretá-la de ofício. Já na fase processual, em que o magistrado preside o processo, este poderá decretá-la de ofício ou a requerimento das partes (NUCCI, 2013, p. 36).

No entanto, para Nucci (2013, p. 36), existem algumas questões a esse respeito que devem ser melhor analisadas, levando-se em consideração a interpretação da norma. O art. 311 do CPP²⁹, referindo-se à prisão preventiva, informa que poderá ser pleiteada, assim como as medidas cautelares diversas da prisão, na fase investigatória ou na fase processual, pelo Ministério Público, pelo querelante, pelo assistente de acusação ou por representação da autoridade policial. Entretanto, o parágrafo 2º do art. 282 do CPP não traz expressamente possibilidade semelhante ao pedido de aplicação das cautelares.

Nucci (2013, p.37) entende que a medida cautelar, quando pleiteada na fase investigatória, somente poderia sê-la pelo Ministério Público e por representação da autoridade policial, ficando excluída aqui a possibilidade de o querelante e do assistente de acusação manifestarem-se neste sentido. O autor entende desta forma, uma vez que, na fase policial, “a vítima (futuro querelante, em caso de ação privada, ou assistente de acusação, em caso de ação pública) ainda não teria legitimidade para agir”, ao menos no que tange ao requerimento de medidas que restrinjam a liberdade do indiciado, uma vez que a ação penal ainda não teria sido ajuizada.

Porém, o autor ressalta que, com relação ao pleito da prisão preventiva na fase investigatória, foi autorizado ao ofendido (querelante ou assistente de acusação) atuar nesta fase. Por isso, ele entende que, nestes termos, criar-se-ia uma situação ilógica, permitindo-se que a vítima pleiteie a prisão preventiva na fase investigatória, medida extrema, mas proibindo-a de pleitear uma medida cautelar diversa da prisão, alternativa a esta, mais branda, na mesma fase de investigação. Desta forma, o autor faz uma interpretação sistemática, entendendo ser cabível que a vítima possa requerer, ainda que na fase de investigação, a aplicação das

²⁹Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

medidas cautelares diversas da prisão, embora o art. 282, §2º do CPP não traga esta previsão expressa (NUCCI, 2013, p. 37).

Na fase processual também é permitido, por autorização do art. 282, §2º do CPP, que as partes pleiteiem a decretação das medidas cautelares e considerar-se-iam partes, neste caso, no entendimento de Nucci (2013, p. 37), o assistente de acusação, tido como *parte secundária* no processo penal, e o querelante, o qual sempre é considerado parte processual, nas ações penais privadas. O autor entende que, se o assistente está autorizado pela lei a pleitear a prisão preventiva, novamente ressaltada como medida extrema, poderia ele, por óbvio, pleitear uma medida mais branda, tal como as cautelares diversas da prisão. O referido autor ainda estende o conceito de parte ao Ministério Público, quando este atue como fiscal da lei, nas ações penais privadas. Neste caso, o órgão ministerial também poderia pleitear a decretação destas medidas, agindo como *parte imparcial*.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que, ainda que sejam considerados sujeitos processuais, partes do processo, os indiciados ou réus, não poderão ser tidos como *parte*, para a finalidade de requisição da medida cautelar, pois estariam requerendo-a em benefício próprio e, se “não cabe a autoacusação, por proteção constitucional, com maior razão é descabida a autorrestrição à liberdade”. (NUCCI, 2013, p. 37).

No parágrafo 3º do art. 282 do CPP, o legislador procurou obedecer, sempre que possível, os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa, quando indica que a primeira ação a ser tomada pelo juiz ao receber um pedido de decretação de medidas cautelares deverá ser a intimação da parte contrária, encaminhando-lhe cópia do requerimento da medida e das demais peças necessárias, a fim de que se manifeste a respeito, se assim o desejar (NUCCI, 2013, p. 37). Porém, esta regra não é absoluta, pois esta oitiva da parte contrária poderá ser afastada quando houver urgência ou perigo de ineficácia da medida (NUCCI, 2013, p. 38).

Nucci informa que, ainda que não haja este contraditório prévio à decretação da medida cautelar nos casos de urgência ou perigo de ineficácia, ele poderá ocorrer posteriormente a esta decretação, de forma diferida, podendo o réu ou indiciado manifestar-se no sentido de revogação da medida, conforme o parágrafo 5º, do art. 282, do CPP (NUCCI, 2013, p. 38 e 39).

A Lei nº 12.403/11 previu, também, no art. 282, §5º, do CPP, a possibilidade de o magistrado revogar ou substituir a medida cautelar aplicada. Caso ao indiciado ou investigado já tenha sido aplicada alguma medida cautelar impondo-lhe algumas obrigações e este venha a descumpri-la, o magistrado está autorizado pela lei a agir de três formas: (a) substituir a medida anteriormente imposta por outra mais eficiente; (b) cumular a medida que foi descumprida com outra medida; ou (c) decretar a prisão preventiva, como última opção.

Nucci esclarece que, ainda que pareça estranho, o magistrado está autorizado a revogar a medida, de ofício, tanto na fase investigatória, quanto na fase processual. O autor ressalta esta estranheza, pois o juiz não pode decretar a medida cautelar, de ofício, na fase investigatória, mas poderá revogá-la, de ofício, nesta mesma fase. Contudo, se o magistrado revogar a medida cautelar, de ofício, no curso da fase investigatória, ele não poderá decretar a prisão preventiva, de ofício, nesta fase, apenas a requerimento, seguindo os termos do art. 311 do CPP (NUCCI, 2013, p. 39).

Nucci (2013, p. 39) considera que, além da possibilidade de o juiz revogar, cumular ou substituir a medida cautelar, de ofício, estas ações poderão ser feitas a requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação ou do querelante, possibilitado, no último caso, ao ofendido pleitear medidas mais rigorosas em relação à liberdade do réu, de forma legítima.

Outro dispositivo do CPP que sofreu alteração pela Lei nº 12.403/11, relativo às medidas cautelares, foi o art. 319, o qual passou a explicitar as denominadas *medidas cautelares diversas da prisão*. Interessa-nos, com este artigo, apenas evidenciar que a fiança, tema deste trabalho, foi classificada como uma destas medidas, no inciso VIII do referido dispositivo. Assim, de forma apenas e elucidar o que foi dito, apresenta-se a redação do art. 319 do CPP, anterior e posteriormente à Lei nº 12.403/11:

Redação antes da Lei nº 12.403/11:

Art. 319. A prisão administrativa terá cabimento:

- I – contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam;
- II – contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional;
- III – nos demais casos previstos em lei.

§1º A prisão administrativa será requisitada à autoridade policial nos casos dos ns. I e III, pela autoridade que a tiver decretado e, no caso do n. II, pelo cônsul do país a que pertença o navio.

§2º A prisão dos desertores não poderá durar mais de 3 (três) meses e será comunicada aos cônsules.

§3º Os que forem presos à requisição de autoridade administrativa ficarão à sua disposição.

Redação atual, após a Lei nº 12.403/11:

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 freqüência 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.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Nucci (2013, p.124) ressalta que, antes da Lei nº 12.403/11, a fiança era um instituto utilizado, via de regra, apenas como uma alternativa para a prisão em flagrante, ou seja, no momento em que o juiz verificasse que a prisão em flagrante era ilegal, mas não estivessem presentes também os requisitos para decretar a prisão preventiva, ele concedia a liberdade provisória, podendo ser ela com ou sem fiança. A fiança já era considerada uma garantia real, imposta na tentativa de manter o réu vinculado ao processo, pois, caso sumisse, perderia o valor que pagou como fiança. Após a Lei nº 12.403/11, o instituto da fiança foi inovado, mantendo-se como garantia real, porém, inserindo-se como medida cautelar, diversa da prisão, e

desvinculando-se da prisão em flagrante ao qual era intimamente ligada (NUCCI, 2013, p.125).

Além das alterações referentes às medidas cautelares, a Lei nº 12.403/11 também alterou regramentos relacionados à fiança. Em linhas gerais, no que diz respeito a este instituto, as inovações desta lei foram no sentido de criar uma simetria entre as hipóteses de proibição da fiança existentes no CPP e na Constituição Federal. Para isso, a Lei nº 12.403/11 afirmou no CPP as mesmas hipóteses de vedação da fiança que já existiam na Constituição Federal, quais sejam, racismo, tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos hediondos, ação de grupos armados. No entanto, esta lei reuniu a estas hipóteses outras, tais como a proibição de concessão de fiança no mesmo processo, quando esta já houver sido concedida anteriormente e tenha sido quebrada; e também no caso de prisão civil ou militar, quando estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva (NUCCI, 2013, p. 12).

Outra inovação desta lei para a fiança foi o estabelecimento de novos limites de fixação da fiança, sendo que a base sobre a qual é calculada é o salário mínimo. Além disso, os casos de possibilidade de quebra da fiança também foram revistos, incluindo-se novas situações, bem como o procedimento para restituição da fiança foi regulado (NUCCI, 2013, p. 12).

Em virtude de a fiança ter natureza cautelar, como já visto, interessa-nos identificar quais as modificações que esta lei propiciou às medidas cautelares, pois influenciarão diretamente no procedimento de concessão da fiança. Com relação a estas alterações, ressalta-se a criação dos dois principais critérios para a aplicação das medidas cautelares, quais sejam a necessidade e a adequabilidade da medida ao caso concreto, já analisados no item 2.2 desta monografia. Além disso, a partir desta lei, incluiu-se ao CPP a possibilidade de o assistente de acusação requerer qualquer medida cautelar, inclusive a prisão, algo que não lhe era autorizado anteriormente (NUCCI, 2013, p. 12).

As hipóteses de proibição da fiança previstas pelo CPP, após esta recente reforma, passaram a coincidir com as hipóteses constitucionais (racismo, tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos hediondos, ação de grupos armados), sendo incluídas algumas hipóteses infraconstitucionais de proibição da fiança, tais como quando já houve anteriormente, no mesmo processo, concessão da fiança e

esta foi quebrada; nos casos de prisão civil ou militar; e quando estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva (NUCCI, 2013, p. 12).

Como já mencionado, esta lei trouxe diversas inovações ao Código de Processo Penal, muitas das quais não serão objeto de análise neste trabalho, tendo em vista que será dada ênfase apenas às modificações relativas à fiança e, por vinculação, às normas gerais de aplicação das medidas cautelares. A intenção neste item do trabalho é analisar o *status* geral da fiança no Código de Processo Penal brasileiro, verificando todos os seus regramentos (incluindo dispositivos alterados e não alterados pela Lei nº 12.403/11) e suas especificidades.

4.1.1 Competência para concessão da fiança

A legislação e a doutrina utilizam o termo *concessão* da fiança para designar o ato da autoridade competente de dar ao sujeito acusado a possibilidade de pagar um valor a título de fiança, a fim de obter sua liberdade provisória. O Código de Processo Penal, em seu artigo 322³⁰, confere à autoridade policial e ao juiz a competência para conceder a fiança.

Este artigo teve sua redação alterada, de forma a estabelecer como base para a concessão da fiança pela autoridade policial o *quantum* de pena privativa de liberdade (não superior a quatro anos), eliminando o uso das espécies de prisão (reclusão, detenção e prisão simples) utilizadas até então para esta finalidade.

O texto do referido artigo antes da reforma era o seguinte:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.
Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Após a reforma, o artigo passou a ter a redação abaixo:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.
Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

³⁰Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.
Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Com esta nova redação, o CPP limitou a competência da autoridade policial para arbitrar a fiança, autorizando-a a estabelecer o valor da fiança, desde logo à ocorrência da prisão em flagrante, às infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse quatro anos. Nos demais casos, em que a pena máxima prevista ao tipo delitivo seja superior a quatro anos, a autoridade policial não terá competência para arbitrar a fiança, ficando somente a cargo de a autoridade judiciária estabelecer o seu valor.

Nucci (2013, p. 133) afirma que, com esta nova redação:

finalmente, corrige-se um grave erro da lei anterior: qualquer crime é afiançável, salvo algumas exceções, pouco importando a sua pena máxima. Assim, hoje o magistrado pode fixar fiança, por exemplo, para o acusado por homicídio simples, cuja pena máxima é de 20 anos de reclusão.

Anteriormente à reforma processual de 2011, a redação do art. 322 do CPP utilizava como padrão para a base da concessão dos benefícios processuais as espécies de prisão (reclusão, detenção e prisão simples). Desta forma, a autoridade policial, antes da Lei nº 12.403/11, somente poderia conceder a fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.

Na opinião de Nucci (2013, p. 132), com a nova redação do referido artigo, “elimina-se, em bom tempo, a utilização, como padrão, das espécies de prisão (reclusão, detenção e prisão simples) para servir de base à concessão de benefícios processuais”. Hoje, classificam-se as infrações penais dentre leves, moderadas ou graves conforme o *quantum* de pena imposto e não mais em razão da espécie de prisão.

Há que se observar que, conforme o artigo 335 do CPP³¹, caso a autoridade policial recuse-se ou retarde a conceder a fiança, o próprio preso em flagrante, ou outra pessoa que o faça por ele, poderão prestar a fiança perante o juiz competente, mediante uma simples petição. Nesta hipótese, o juiz terá o prazo de 48 horas para decidir a respeito da fiança.

No entendimento de Odone Sanguiné (2014, p. 774), quanto ao arbitramento da fiança pelo juiz:

³¹Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

[...] o juiz poderá decretar a fiança em duas situações: (a) como medida de contracautela no momento da concessão da liberdade provisória no caso de prisão em flagrante delito (art. 310, inc. III, do CPP), portanto, vinculada à liberdade provisória; (b) como medida cautelar autônoma alternativa à prisão (art. 319 do CPP), mesmo se inexistirem motivos para a decretação da prisão preventiva.

Com relação à competência da autoridade policial para arbitrar a fiança, criou-se uma divergência doutrinária após a edição da Lei nº 12.403/11, a respeito da possibilidade de esta autoridade conceder fiança nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar. A Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil (COPEVID) aprovou, após a Lei nº 12.403/11, o Enunciado nº 006/2011 que proíbe a autoridade policial de conceder fiança ao acusado nos casos de violência doméstica e familiar³². Este entendimento justifica-se pela previsão do art. 313, inciso III, do CPP³³, o qual admite a decretação de prisão preventiva nos crimes que envolvam “violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

Entretanto, autores como Ronaldo Batista Pinto (2012) discordam desta interpretação, considerando mais correto encarar esta norma da seguinte forma: o delito que envolver violência doméstica e familiar contra as pessoas do art. 313, inciso III, do CPP, só admitirá a decretação de preventiva quando for necessária para cumprir a condição estabelecida no final deste mesmo inciso, qual seja garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Não seria, portanto, para este autor, uma decretação imediata da preventiva pela simples verificação de violência doméstica e familiar no delito. Deve-se verificar se esta prisão, ainda que preventiva, justifica-se para garantir a eficácia da execução das medidas protetivas de urgência aplicadas.

Assim entende Ronaldo Batista Pinto (2012) que “o simples fato de o crime ser praticado em contexto de violência doméstica, por si só, não impede a concessão da fiança pela autoridade policial”. Para este autor, o que impedirá a

³²Enunciado nº 006/2011 - Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil (COPEVID): “Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, é vedada a concessão de fiança pela Autoridade Policial, considerando tratar-se de situação que autoriza a decretação da prisão preventiva nos termos do artigo 313, III, CPP.”

³³Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (...) III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;(...)

concessão da fiança num crime envolvendo violência doméstica é quando este for cometido quando a vítima já estiver sendo beneficiada por uma medida protetiva de urgência.

Caso o legislador ordinário realmente tivesse a intenção de proibir a concessão da fiança pela autoridade policial nos casos de violência doméstica e familiar, teria vedado expressamente na Lei Maria da Penha (PINTO, 2012), não devendo, contudo, esta omissão do legislador ser interpretada presumidamente como uma vedação à concessão da fiança.

4.1.2 Momento para concessão e prestação da fiança

No item anterior, verificou-se o significado de concessão da fiança. Deve-se ressaltar que a doutrina e a própria legislação interpretam de formas diferentes os termos *concessão* e *prestação* da fiança, divergindo, em virtude desta diferenciação semântica, o momento de ocorrência de cada uma. Diferentemente da concessão da fiança que indica o ato da autoridade competente que definirá a fiança ao acusado ou réu do processo, a expressão *prestação* da fiança é utilizada para referir um ato da pessoa que pagará o valor estabelecido como fiança, podendo ser esta pessoa o próprio sujeito beneficiado pela medida, ou outra pessoa que lhe faça as vezes.

Nesse sentido, a fiança poderá ser concedida em qualquer fase do inquérito policial ou do processo, até o trânsito em julgado da sentença. Porém, há alguns detalhes a serem observados com relação a esta concessão: quando a competência para a concessão da fiança for da autoridade policial, esta deverá, quando for o caso, concedê-la antes da lavratura do auto de prisão em flagrante; quando esta competência for, contudo, do juiz, este poderá concedê-la vinte e quatro horas após a lavratura do respectivo auto pela autoridade policial, até o trânsito em julgado (CAPEZ, 2012, p. 352).

Odone Sanguiné (2014, p. 781) refere que, quanto ao prazo para concessão da fiança, ainda que a lei não preveja expressamente um prazo para o delegado de polícia conceder a fiança, este é de 24h a contar da prisão do sujeito, pois corresponderá ao prazo que autoridade de polícia possui legalmente para lavratura do auto de prisão em flagrante e envio deste para o magistrado.

No Código de Processo Penal brasileiro, com relação à prestação da fiança, o artigo 334 do CPP sofreu alteração com a reforma da Lei nº 12.403/11, procurando

deixar mais clara esta distinção entre o momento de concessão da fiança e o momento de prestação da mesma. O antigo art. 334 do CPP dizia o seguinte:

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

Sua nova redação passou a ser:

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

Conforme se verifica, a alteração deste artigo deu-se com a exclusão da expressão “em qualquer termo do processo”. Esta supressão, de certa forma, auxiliou para a distinção entre o momento de concessão da fiança e o momento de prestação da fiança o qual significa, como visto anteriormente, o momento em que o réu poderá recolher este valor, podendo, este sim, ser oferecido até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nucci (2013, p. 143) afirma que, dessa forma, não se trataria de possibilidade de conceder a fiança a qualquer tempo, uma vez que, atualmente, o único momento para sua concessão, pelo juiz, seria no recebimento do auto de prisão em flagrante. Após este recebimento, caso o juiz não conceda a fiança, não poderá mais fazê-lo, pois, ou terá convertido o flagrante em prisão preventiva, da qual não cabe fiança (art. 324, IV, CPP), ou terá concedido a liberdade provisória sem fiança. Já a prestação da fiança (seu efetivo recolhimento) poderá ser feito em outro momento, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O artigo 335 do CPP também se refere à prestação da fiança e sofreu alteração com a reforma da Lei nº 12.403/11. Possuía a seguinte redação:

Art. 335. Recusando ou demorando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá, depois de ouvida aquela autoridade.

Atualmente a redação do artigo é a seguinte:

Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Basicamente, retirou-se a necessidade de ouvir previamente a autoridade policial que se recusou em conceder ou retardou a concessão da fiança, para que o juiz fixe o valor da fiança. A regra é a de que, sempre que estiver dentro da competência do delegado de polícia a concessão da fiança, este deverá fixar o seu valor e, no caso de omissão deste, por petição de próprio punho, o preso ou alguém em seu lugar, poderá prestá-la, aguardando apenas a decisão do juiz, que terá o prazo de 48 horas para decidir, com relação ao valor específico a ser pago a título de fiança. Nucci (2013, p.144) diz que, caso o juiz não profira sua decisão dentro deste prazo, a prisão passa a ser considerada como constrangimento ilegal, capaz de ser sanável por meio de *habeas corpus*.

Contudo, este mesmo autor (NUCCI, 2013, p.144) alerta que o legislador teria se equivocado com a terminologia utilizada no art. 335, usando “prestá-la” quando deveria ter utilizado, de forma mais adequada, “requerê-la”. O autor afirma que:

a terminologia do artigo é imprópria, pois a prestação implica pagamento da fiança, o que não pode ocorrer, visto não se ter o valor fixado pelo juiz. Portanto, o que pretendeu sinalizar é a possibilidade do preso dirigir-se ao magistrado, diretamente ou por terceira pessoa, para pleitear a concessão da fiança.

Ainda com relação à prestação da fiança, temos mais um artigo que foi alterado pela reforma processual de 2011, qual seja o artigo 336. O antigo art. 336 possuía o texto seguinte:

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único: Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (Código Penal, art. 110 e seu parágrafo).

Com a reforma processual, passou a ter a seguinte redação:

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

Este artigo explicita a destinação do valor recolhido a título de fiança. Desde a antiga redação, a fiança já se prestava ao pagamento das custas do processo, da indenização do dano cometido e da multa. Contudo, após a reforma, incluiu-se a

previsão de a multa servir para o pagamento da prestação pecuniária, prevista no art. 45, §1º do Código Penal. Esta prestação pecuniária consiste, conforme o artigo referido, no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz. O valor pago a título dessa prestação será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Importante ressaltar, conforme indica Nucci (2013, p. 145), que ainda que seja extinta a punibilidade do sujeito, a fiança será retida para suprir estes custos, em virtude do advento da prescrição executória da pena, ou seja, o Estado permanece com o seu direito de punir (*ius puniendi*); porém, a pretensão executória (possibilidade de executar a decisão condenatória) deixa de existir, ou seja, a decisão condenatória perde a sua eficácia.

4.1.3 Tipos e modalidades de fiança

A fiança pode ser classificada por tipos. Autores como Renato Flávio Marcão (2011, p.52) consideram que existem dois tipos de fiança: a fiança libertadora e a fiança restritiva. A fiança libertadora, para este autor, é um instituto que serve de contracautela à prisão em flagrante. Dessa forma, ela só terá cabimento após a realização desta prisão³⁴, além de ser um direito subjetivo do agente, ou seja, basta que os requisitos legais do art. 5º, inciso LXVI, da CF³⁵, sejam satisfeitos para que esta fiança seja concedida (MARCÃO, 2011b, p. 53).

De outra forma, a fiança restritiva³⁶ é a prevista no art. 319, VIII, do CPP³⁷, e não constituiria um direito subjetivo do réu, podendo ser concedida em qualquer fase

³⁴Na fiança libertadora, o sujeito foi preso em flagrante e a fiança a ele concedida, após ser prestada, o colocará em liberdade provisória, até o trânsito em julgado da sentença condenatória (a fiança libertadora pressupõe que o sujeito tenha sido preso em flagrante e ela servirá para 'libertá-lo').

³⁵Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; (...)

³⁶A fiança restritiva é a medida cautelar, que não pressupõe prisão em flagrante do sujeito, apenas lhe impõe um ônus que deve cumprir para evitar a sua prisão, para que possa aguardar o trânsito em julgado da sentença em liberdade.

³⁷Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...)

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;(...)

da investigação ou do processo, pois é uma medida cautelar, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Uma vez que o autor faz esta diferenciação, explicita que as consequências para o caso de não pagamento destes dois tipos de fiança também são diferentes. Caso deixe de pagar a fiança libertadora, ao sujeito será concedida a liberdade provisória sem fiança que deverá ser cumulada com uma medida cautelar restritiva, podendo ser, inclusive a fiança restritiva do art. 319, inciso VIII, do CPP. De outra forma, caso haja o inadimplemento injustificado da fiança restritiva, neste caso, então, a consequência é a decretação da prisão preventiva do afofado, pela previsão do parágrafo único do art. 312 do CPP³⁸ (MARCÃO, 2011b, p. 53).

Além dos tipos de fiança, existem duas modalidades desse instituto: (a) fiança por depósito e (b) fiança por hipoteca. Na fiança por depósito, teremos a prestação da fiança por depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos e títulos da dívida pública. Se o pagamento for feito em cheque, sua aceitação não é automática e imediata, pois caberá à autoridade expressar sua aceitação ou rejeição de forma justificada e detalhada.

Entretanto, Fernando Capez (2012, p. 352) ressalta que a hipótese do pagamento da fiança por meio de cheque é uma situação excepcional, somente admitida em situações extremas. Conforme Vicente Greco Filho (2013, p. 320), o valor em dinheiro depositado a título de fiança “será recolhido a estabelecimento bancário, obedecidos os procedimentos de direito financeiro e as normas relativas aos depósitos judiciais”.

A fiança por hipoteca está condicionada pelo CPP, em seu artigo 330, *caput*³⁹, o qual determina que deva ser inscrita em primeiro lugar. Ou seja, a hipoteca a ser dada a título de fiança só pode ser dada pelo credor hipotecário que primeiro registrou a hipoteca dentre os demais credores, pois somente o credor que a

³⁸ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

³⁹ 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.

registrou 'em primeiro lugar' é quem tem preferência de receber antes dos demais credores. Desta forma, a fim de garantir a prestação efetiva da fiança, o Código de Processo Penal exige que o fiador que preste fiança por meio de hipoteca a tenha inscrito em primeiro lugar.

4.1.4 Critério para concessão/arbitramento da fiança

Ao conceder a fiança e arbitrar o seu valor, a autoridade competente para tanto deverá observar os critérios previstos pelo art. 326 do CPP⁴⁰, quais sejam: (a) natureza da infração; (b) condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado; (c) circunstâncias indicativas da periculosidade do agente; (d) importância provável das custas do processo, até o final do julgamento.

4.1.4.1 Valor da fiança

Observados os critérios citados, a autoridade que concede a fiança deverá fixar seu valor respeitando os limites mínimos e máximos previstos no artigo 325 da legislação processual penal, em conformidade com a gravidade da infração.

Os valores da fiança também foram atualizados pela Lei nº 12.403/11, alterando-se os limites previstos até então no art. 325 do CPP. Antes desta reforma, a lei previa os seguintes limites aos valores da fiança:

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

- a) de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa de liberdade, até 2 (dois) anos;
- b) de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida com pena privativa de liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro) anos;
- c) de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§1º Se assim o recomendar a situação econômica do réu, a fiança poderá ser:

- I – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços);
- II – aumentada, pelo juiz, até o décuplo.

§2º Nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, não se aplica o disposto

⁴⁰Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

no art. 310 e parágrafo único deste Código, devendo ser observado os seguintes procedimentos:

I – a liberdade provisória somente poderá ser concedida mediante fiança, por decisão do juiz competente e após a lavratura do auto de prisão em flagrante;

II – o valor de fiança será fixado pelo juiz que a conceder, nos limites de 10.000 (dez mil) a 100.000 (cem mil) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional – BTN, da data da prática do crime;

III – se assim o recomendar a situação econômica do réu, o limite mínimo ou máximo do valor da fiança poderá ser reduzido em até nove décimos ou aumentado até o décuplo.

Atualmente, neste mesmo artigo podem-se ler os seguintes limites:

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

a) (revogada);

b) (revogada);

c) (revogada).

I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§2º (revogado):

I – (revogado);

II – (revogado);

III – (revogado).

A reforma destes valores foi importante para a atualização e eficácia da fiança, uma vez que os valores até então previstos eram ínfimos e fixados com base em padrão monetário desatualizado, qual seja, o “salário referência” (NUCCI, 2013, p. 137).

Atualmente o padrão utilizado para o valor da fiança é o salário mínimo, e os limites foram estabelecidos pensando-se no padrão econômico do brasileiro médio, pois a fiança não deve ter valores exorbitantes de forma a se tornar algo impossível de ser prestada, impedindo a possibilidade de liberdade do sujeito.

Para estabelecer o valor da fiança ao caso concreto, o magistrado estará balizado por estes limites; porém, além deles, deverá considerar a condição econômica do réu, a fim de fixar-lhe uma fiança condizente com sua capacidade econômica. Além disso, com base na verificação desta capacidade do réu, o juiz poderá inclusive dispensar-lhe a fiança, concedendo-lhe a liberdade provisória não

mediante fiança, mas sim sob algumas condições, tais como comparecimento em juízo sempre que intimado; proibição de trocar de residência ou de se ausentar sem comunicar esta mudança ao juízo; além de outras medidas cautelares (art. 319, CPP) (NUCCI, 2013, p.137).

Assim, a fiança poderá ter seu valor fixado nos limites de 1 a 100 salários mínimos, quando a infração estiver prevista uma pena privativa de liberdade máxima em abstrato de, no máximo, 4 anos. Nesta hipótese, relacionando com as autoridades competentes para concessão da fiança, temos que tanto a autoridade policial, como o juiz são competentes para arbitrar fiança com valores dentro destes limites.

Porém, a fiança poderá ser fixada em valor superior, entre 10 a 200 salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada para o crime afiançável for superior a quatro anos. Nesta hipótese, somente o juiz poderá arbitrar fianças com valor dentro destes limites, tendo em vista que a autoridade policial só é competente para conceder fiança em crimes afiançáveis, cuja pena privativa de liberdade máxima prevista não for superior a quatro anos.

A fim de observar o critério que condiciona o juiz a fixar o valor da fiança de acordo com as condições de fortuna do agente, o §1º, do art. 325, do CPP, prevê que é possível à autoridade que conceder a fiança (autoridade policial ou juiz) reduzir o valor da fiança até o máximo de 2/3 ou aumentá-la em até 1.000 vezes, conforme recomende a situação econômica do preso. Entretanto, o art. 325, §1º, inciso I, do CPP, também prevê que a fiança poderá ser dispensada, ou seja, o réu poderá ser isentado de prestar a fiança, mas esta isenção só poderá ser concedida pelo juiz (art. 350 do CPP)⁴¹ e não pela autoridade policial (CAPEZ, 2012, p. 352). Neste caso, o preso poderá ficar em liberdade provisória, isento do pagamento de fiança, mas sujeito às obrigações previstas pela lei e a outras medidas cautelares que o juiz poderá lhe aplicar.

No caso de o réu ser pobre, há a regra expressa do art. 350 do CPP que proíbe que lhe seja exigida fiança. Dessa forma, se houver decisão contrária a esta regra, essa decisão estará violando o princípio fundamental da dignidade da pessoa

⁴¹Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.

humana e também a lei, devendo ser cassada, portanto (BRITO; MARQUES, 2012, p. 17).

Além disso, Brito e Marques (2012, p.17) consideram que o valor da fiança deve ser arbitrado respeitando-se o princípio da proporcionalidade, evitando, assim, valores módicos demais que pouca ou nenhuma eficácia trariam ao processo, e valores exorbitantes que ultrapassem a capacidade financeiro-econômica do sujeito acabando por servir, dessa forma, como um verdadeiro instrumento de manutenção de prisão ilegal quando o acusado não consegue pagá-la.

4.1.4.2 Quanto à possibilidade de concessão da liberdade provisória para o réu pobre

O art. 350 do CPP sofreu a última mudança relacionada à fiança resultante da Lei nº 12.403/11. A redação anterior à referida lei era a seguinte:

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.

Parágrafo único. O escrivão intimará o réu das obrigações e sanções previstas neste artigo.

O texto do referido artigo atualmente é o que segue:

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no §4º do art. 282 deste Código.

Como verificado na leitura do antigo art. 350 do CPP, ao réu pobre já era possível conceder liberdade provisória, sem fiança, em razão desta sua condição econômica, ficando, neste caso, o réu sujeito a algumas obrigações previstas nos arts. 327 e 328 do CPP. Contudo, o novo art. 350 prevê que, além de ficar sujeito a estas obrigações, o juiz poderá impor ao réu pobre outras medidas cautelares, caso entenda necessário.

Nucci (2013, p.152) ressalta que estas medidas cautelares poderão ser estabelecidas de forma cumulativa com as obrigações já referidas e que não devem

possuir qualquer relação com o estado de pobreza do réu, uma vez que este não terá condições de cumpri-las. Além disso, o autor (NUCCI, 2013, p.152) diz que não basta alegar a situação de pobreza, mas que sim esta deverá ser comprovada ou ainda resultar de situações fáticas compreensíveis que presumam logicamente esta situação.

Nesse sentido, Sanguiné (2014, p.783) entende que não será qualquer situação econômica do preso que irá desonerá-lo do pagamento da fiança, “mas somente quando não tiver condição econômica para fazê-lo ou quando a fiança for extremamente custosa para o imputado, com prejuízo para a própria subsistência ou de sua família.”. (SANGUINÉ, 2014, p. 783-784).

É importante salientar que, para Odone Sanguiné (2014, p. 784), a dispensa da fiança só tem justificativa quando, ao verificar-se a condição econômica do acusado ou réu, constatar-se que ele não possui capacidade econômica para pagar o valor arbitrado sendo ele reduzido pelo concedente. Ou seja, pela regra do art. 325, §1º, inciso II, do CPP, é possível reduzir o valor da fiança até o máximo de 2/3, ainda que já fixada no mínimo previsto, a fim de ajustar o valor à capacidade econômica do sujeito.

No entendimento de Sanguiné (2014, p.784), se o acusado, após esta redução do valor da fiança, tiver condições econômicas de prestá-la, nestes caso, não ser-lhe-á dispensada a fiança. Somente se, após esta redução máxima, o sujeito ainda não tiver condições de prestá-la é que a fiança não será cobrada.

No caso de o réu pobre descumprir as obrigações ou as medidas cautelares que lhe foram impostas, sem motivo justo, o juiz poderá substituir a medida imposta por outra, ou impor cumulativamente outra medida a ser cumprida, ou decretará a prisão preventiva do sujeito (art. 282, §4º, do CPP).

4.1.5 Reforço da fiança

A legislação processual penal brasileira prevê, em seu art. 340⁴², três situações em que será exigido o reforço da fiança: (a) quando, por engano, a autoridade tomar fiança em quantia insuficiente; (b) quando a fiança for prestada por hipoteca ou por depósito de objetos, pedras e objetos preciosos, e estes sofrerem algum tipo de depreciação material ou perecimento; e (c) quando a classificação do delito em questão for inovada, resultando em um crime mais grave e, conseqüentemente, num valor mais alto para a fiança, uma vez que um dos critérios para a fixação do valor da fiança é a natureza e gravidade do delito cometido (CEBRIAN; GONÇALVES, 2014, p.425).

No caso de não ser prestado o reforço determinado, a fiança já prestada ficará sem efeito (cassação da fiança), este valor inicialmente prestado será devolvido ao réu e este será recolhido à prisão (art. 340, parágrafo único, do CPP).

4.1.6 Obrigações processuais decorrentes da fiança

O sujeito que recebe o benefício da liberdade provisória mediante pagamento de fiança ficará submetido a determinadas obrigações, constantes dos arts. 327 e 328 do CPP⁴³, quais sejam a de comparecer a todos os atos do inquérito, da instrução criminal e para julgamento sempre que for intimado, não mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade que o processa, nem se ausentar de sua residência por mais de 8 dias, sem comunicar àquela autoridade o local onde poderá ser encontrado.

⁴²Art. 340. Será exigido o reforço da fiança:

I - quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente;

II - quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas;

III - quando for inovada a classificação do delito.

Parágrafo único. A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo, não for reforçada.

⁴³ Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Se o investigado ou réu descumprir quaisquer destas obrigações, a consequência será a quebra da fiança.

4.1.7 Prática de mais de um crime passível de fiança

Fernando Capez (2012, p. 353) esclarece que se um sujeito que foi preso em flagrante tiver cometido mais de um crime na mesma ocorrência, tendo todos eles penas iguais ou inferiores a quatro anos, o delegado de polícia deverá somar todas as penas dos delitos envolvidos, para confrontar com os limites estabelecidos no art. 322, CPP, e verificar a competência para concessão da fiança, ou seja, se caberá ao delegado ou se somente o juiz poderá concedê-la, caso ultrapasse os limites previstos na lei.

4.1.8 Recurso cabível

O recurso cabível contra uma decisão, despacho, ou sentença que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea ou quebrada a fiança, ou, ainda, que considerar o seu valor perdido, é o recurso em sentido estrito, conforme previsto no art. 581, incisos V e VII, do CPP⁴⁴.

Com relação aos recursos cabíveis contra decisões referentes às medidas cautelares alternativas à prisão, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP⁴⁵, Odone

⁴⁴Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: (...)

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; (...)

VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor; (...)

⁴⁵ 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.

Sanguiné (2014, p.718) considera que àquelas em que não há previsão de um recurso específico também caberá o recurso em sentido estrito em decorrência de uma interpretação extensiva do inciso V, do art. 581, do CPP. Essa interpretação permite-nos, conforme este autor (SANGUINÉ, 2014, p.718), deduzir que, nos casos em que houver a substituição dessas medidas, umas pelas outras; cumulação dessas cautelares; ou modificação das condições da medida imposta, em todos estes caberá o recurso em sentido estrito.

O referido autor (SANGUINÉ, 2014, p.718) ressalta que o art. 581 do CPP prevê o cabimento do recurso em sentido estrito apenas às hipóteses de deferimento da medida, ou de sua substituição, cumulação ou conversão em prisão preventiva, não havendo previsão de nenhum recurso para o caso de a medida ser indeferida. Dessa forma, a parte processual que deseja a aplicação da medida cautelar ao acusado, no caso de indeferimento desta pelo magistrado, não tem como recorrer contra isso, por falta de previsão legal.

Quanto aos efeitos do recurso em sentido estrito quando relacionado a situações referentes à fiança, segue a regra de que os recursos têm efeito devolutivo; porém, como exceção, estes poderão ter efeito suspensivo também. No caso do recurso em sentido estrito contra decisões que envolvam a fiança, este somente terá efeito suspensivo no caso de perda da fiança (art. 584, *caput*, do CPP)⁴⁶, pois, nos demais casos, o efeito é apenas devolutivo.

Os sujeitos legitimados para recorrer seguem a regra da teoria geral dos recursos, a qual define que, com base no art. 577 do CPP⁴⁷, poderão recorrer o

§ 1º Revogado

§ 2º Revogado

§3º Revogado

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

⁴⁶ Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581.

§ 1º Ao recurso interposto de sentença de impronúncia ou no caso do no VIII do art. 581, aplicar-se-á o disposto nos arts. 596 e 598.

§ 2º O recurso da pronúncia suspenderá tão-somente o julgamento.

§ 3º O recurso do despacho que julgar quebrada a fiança suspenderá unicamente o efeito de perda da metade do seu valor.

⁴⁷ Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

Ministério Público, o querelante, o réu/querelado, seu defensor ou procurador, além do assistente de acusação, quando houver habilitado no processo.

No caso específico da fiança, ainda é considerado legitimado para interpor recurso em sentido estrito o terceiro que prestou a fiança em favor do sujeito beneficiário, quando este quebrar ou perder a fiança. Como se permite que qualquer pessoa preste fiança em favor de outra, conclui-se que, nesta condição (ter prestado a fiança em favor do afiançado) e situação (ter havido a quebra ou perda da fiança), qualquer pessoa é legitimada a interpor este recurso (CEBRIAN; GONÇALVES, p. 424 e 633).

4.1.9 Quanto à destinação da fiança

Os artigos 345 e 346 do CPP tratam da destinação final da fiança nos casos de perda e de quebramento da fiança respectivamente. Ambos foram alterados pela reforma de 2011. O art. 345 do CPP possuía a seguinte leitura:

Art. 345. No caso de perda da fiança, depois de deduzidas as custas e mais encargos a que o réu estiver obrigado, o saldo será recolhido ao Tesouro Nacional.

Com alguma alteração, atualmente o artigo encontra-se com a seguinte redação:

Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

A principal mudança foi no sentido de transferir o recolhimento do saldo do Tesouro Nacional para o fundo penitenciário, órgão controlador das verbas destinadas à execução penal. De forma semelhante era a redação do art. 346 antes da reforma processual:

Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no artigo anterior, o saldo será, até metade do valor da fiança, recolhido ao Tesouro Federal.

A redação atual deste artigo aproxima-se muito da nova redação do art. 345:

Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

Nos casos de ambos os artigos, Nucci (2013, p. 151 e 152) menciona que, quando se tratar de crimes estaduais, o valor restante da fiança será destinado ao fundo penitenciário estadual, se houver; não havendo este ou se o crime for federal, o valor será recolhido ao fundo penitenciário da União.

4.2 INCIDENTES DA FIANÇA

Existem situações processuais que influenciam na fiança e nas condições com as quais ela foi imposta. Estes fatos podem resultar nos considerados incidentes da fiança: quebra da fiança, perda da fiança, cassação da fiança, fiança tornada sem efeito e restituição da fiança.

4.2.1 Quebra da fiança

As hipóteses de quebra da fiança estão previstas no art. 341 do CPP⁴⁸ e são elas: (a) quando o afiançado for regularmente intimado para ato do processo e deixar de comparecer, sem justo motivo; (b) quando o afiançado deliberadamente praticar algum ato de obstrução ao andamento do processo; (c) quando o afiançado deixar de cumprir a medida cautelar que lhe for imposto cumulativamente à fiança; (d) quando resistir injustificadamente a ordem judicial; e (e) quando praticar uma nova infração penal dolosa.

Este artigo também sofreu alteração pela Lei nº 12.403/11 tendo sido a ele introduzidas outras hipóteses de quebra da fiança diversas das já previstas.

O antigo art. 341 do CPP previa as seguintes hipóteses:

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o réu, legalmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem provar, incontinenti, motivo justo, ou quando, na vigência da fiança, praticar outra infração penal.

⁴⁸Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

- I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;
- II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
- IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;
- V - praticar nova infração penal dolosa.

Atualmente as situações de quebra da fiança foram ampliadas:

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:
 I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;
 II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
 III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
 IV – resistir injustificadamente a ordem judicial;
 V – praticar nova infração penal dolosa.

Apenas para ressaltar as inovações deste artigo, temos que à hipótese de prática de nova infração penal foi incluído o adjetivo “dolosa”, inexistente até então no dispositivo. Isto indica que, para que haja a consequência da quebra da fiança, a reincidência penal deverá ser cometida com dolo, não bastando apenas a culpa para configurar esta quebra.

Ainda com relação a esta hipótese, Nucci (2013, p.148) afirma que a lei não especificou qual espécie de infração penal a que se refere, mas acredita que só poderia ser considerado crime, excluindo-se as contravenções penais, uma vez que estas são de menor potencial ofensivo e, via de regra, não culminam em pena privativa de liberdade.

Em todos estes casos a fiança será considerada quebrada e o efeito decorrente dessa quebra, conforme o art. 343 do CPP, cuja redação apresenta-se a seguir, é a perda da metade do valor dado a título de fiança, podendo o juiz ainda decidir pela imposição de outras medidas cautelares constantes do art. 319 do CPP e proibição de concessão de nova fiança no mesmo processo, conforme o art. 324, inciso I, do CPP⁴⁹; ou pela decretação da prisão preventiva do sujeito.

Destaque-se que, ainda quanto à quebra da fiança o artigo 343 do CPP também sofreu atualização pela Lei nº 12.403/11. Anteriormente a esta reforma, lia-se:

Art. 343. O quebramento da fiança importará a perda de metade do seu valor e a obrigação, por parte do réu, de recolher-se à prisão, prosseguindo-se, entretanto, à sua revelia, no processo e julgamento, enquanto não for preso.

Hoje, o texto do artigo é o seguinte:

⁴⁹Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código.

Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.

A mudança principal deste dispositivo foi no sentido de que antes, além de perder metade do valor da fiança, nos casos de quebra desta, o réu ainda era recolhido à prisão. Caso não fosse preso, seu processo prosseguiria à sua revelia. Hoje, no caso de quebra da fiança, o réu continua perdendo metade do valor dado a título de fiança; porém, não será recolhido à prisão automaticamente. O juiz, ao verificar o caso do réu, poderá decretar a prisão preventiva, se identificar a existência dos requisitos que a autorizam (art. 312 do CPP), ou poderá aplicar as demais medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP). (NUCCI, 2013, p.149).

4.2.2 Perda da fiança

Há a possibilidade de o sujeito afiançado perder o valor dado em fiança na sua totalidade, conforme previsão do art. 344 do CPP. Este dispositivo sofreu pequenas alterações textuais com a Lei nº 12.403/11, mas que resultaram em mudanças significativas para as hipóteses de perda da fiança.

Antes da Lei nº 12.403/11, o artigo trazia o seguinte:

Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o réu não se apresentar à prisão.

Após, o artigo passou a ter a seguinte leitura:

Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.

Anteriormente à reforma processual, o dispositivo previa que a perda da fiança dar-se-ia sempre que o sujeito não se apresentasse à prisão, após sua condenação. Com a nova redação, a interpretação pode ser ampliada e a perda da fiança configurar-se-á sempre que o acusado deixar de se apresentar para iniciar o cumprimento da pena que lhe for imposta, seja qual for esta pena, não ficando restrito à pena de prisão como na leitura anterior.

Outra alteração importante foi a inclusão da expressão “definitivamente”, que indica que o acusado só perde a fiança caso não compareça para o cumprimento da pena que lhe foi imposta de forma definitiva, ou seja, com trânsito em julgado. Assim, Nucci (2013, p.150) entende que não bastaria o descumprimento da pena imposta por decisão de primeiro grau para configurar a perda da fiança.

Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves (2014, p.426) afirmam que, no caso de perda da fiança, primeiramente serão descontadas as custas e demais encargos do valor dado e somente o valor remanescente é que será recolhido ao fundo penitenciário (art. 345, CPP⁵⁰). De outra forma, se o réu for condenado definitivamente sem que seja decretada a perda da fiança, ou seja, quando ele se apresentar regularmente para o início de cumprimento de sua pena, os valores remanescentes da fiança, ao invés de serem recolhidos ao fundo penitenciário, serão restituídos ao condenado.

4.2.3 Cassação da fiança

A previsão legal de cassação da fiança está nos arts. 338 e 339 do CPP⁵¹. A cassação da fiança poderá ser feita em qualquer fase do processo e dar-se-á nas seguintes hipóteses: (a) quando se verificar que a fiança não era cabível na espécie, tendo sido concedida, portanto, fora das hipóteses legais; e (b) quando houver inovação na classificação do delito, reconhecendo-se a existência de crime inafiançável. Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves (2014, p.426) incluem uma terceira hipótese de cassação de fiança que estaria prevista no parágrafo único do art. 340 do CPP⁵², qual seja, quando for exigido um reforço ao valor dado em fiança e o afiançado não o cumpra.

⁵⁰Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

⁵¹ Art. 338. A fiança que se reconheça não ser cabível na espécie será cassada em qualquer fase do processo.

Art. 339. Será também cassada a fiança quando reconhecida a existência de delito inafiançável, no caso de inovação na classificação do delito.

⁵² Art. 340. Será exigido o reforço da fiança:

I - quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente;

II - quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas;

III - quando for inovada a classificação do delito.

Parágrafo único. A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo, não for reforçada.

Como efeito da cassação da fiança, tem-se que o valor pago em fiança pelo acusado ser-lhe-á restituído integralmente, e ele será recolhido à prisão.

4.2.4 Fiança sem efeito e Restituição da fiança

O art. 337 do CPP prevê a possibilidade de restituição integral do valor da fiança quando: (a) fiança for declarada sem efeito; ou (b) transitar em julgado sentença que absolve o réu ou que declare extinta a ação penal. Houve inovação da Lei nº 12.403/11 com relação a este artigo, o qual anteriormente previa o seguinte:

Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado a sentença que houver absolvido o réu ou declarado extinta a ação penal, o valor que a constituir será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo do artigo anterior.

Atualmente, lê-se:

Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

Este artigo procurou esclarecer como ficava o valor da fiança no caso desta perder seu efeito, ou no caso de o acusado, ao final do processo, ser considerado inocente e, portanto, absolvido, ou ainda, no caso de ser extinta a punibilidade do sujeito. Antes da reforma processual penal de 2011, discutia-se, nestes casos, se o valor dado em fiança deveria ser devolvido com ou sem atualização monetária (NUCCI, 2013, p.146). Com a nova redação esta dúvida ficou sanada, de forma que, ao restituir a fiança, esta deverá ter seu valor atualizado.

5 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA FIANÇA

5.1 A CAUTELARIDADE FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Os princípios da legalidade e da presunção de inocência já eram previstos nas Constituições brasileiras anteriores à de 1988. Contudo, foi a partir da Constituição de 1988 que estes princípios foram alargados, principalmente no que se refere à aplicação de benefícios para a soltura do réu (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.36). Analisar-se-á, nos itens seguintes, a relação entre a fiança e estes dois princípios fundamentais ao direito processual penal.

5.1.1 Princípio da Legalidade

Conforme o art. 1º da Constituição Federal brasileira de 1988⁵³, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Em vista disso, é característica própria de um Estado de Direito reger-se por meio de leis, elaboradas formalmente pelos representantes eleitos pelo povo em processo democrático (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.37).

A expressão “lei” passou por diversas concepções ao longo do tempo; contudo, na presente monografia, a concepção de lei que levaremos em consideração é a de que a lei será o:

parâmetro fundamental da fixação das hipóteses em que pode o indivíduo ser mantido sob custódia provisória pelo Estado, bem como ser posto em liberdade, após ter sido preso, mediante a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p. 39).

⁵³Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ou seja, a lei é competente para dizer em quais situações uma pessoa poderá ser presa e por qual limite de tempo (mínimo e máximo) esta prisão poderá ser mantida, e também será a lei que determinará e especificará os casos e critérios respectivamente nos quais o preso poderá ser beneficiado pela liberdade provisória, prestando ou não a fiança. Daí decorre a relação direta do Princípio da legalidade com a fiança: do fato de que só poderá ser concedida a fiança nos casos previstos e autorizados por lei.

Ainda com relação à prisão, o princípio da legalidade impõe-se no sentido de assegurar que qualquer pessoa que tenha sido presa sem justo motivo (sem ordem de prisão emanada de autoridade competente ou sem que esteja nas situações de flagrante delito), ou, ainda que haja motivo para prendê-la, esta prisão seja feita em desrespeito às formalidades inerentes à prisão, seja posta imediatamente em liberdade (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.39).

O princípio da legalidade, relacionado especificamente à prisão e à fiança, está previsto na Constituição Federal brasileira de 1988 no art. 5º, incisos LXI, LXII, LXVI, com as seguintes redações:

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;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

(...)

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

5.1.2 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso LVII, o qual assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Este princípio também é previsto no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁴ e já era vislumbrado desde 1789, na Declaração dos

⁵⁴Artigo 8º - Garantias judiciais (...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

Direitos do Homem e do Cidadão (GOMES; BIANCHINI; 2009, p.251).

A presunção de inocência, de acordo com Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Antônio Garcia Baz (2000, p. 40), tem sido utilizada como a base que serve de limite à repressão penal do Estado. No entanto, não é um princípio absoluto, podendo ser flexibilizado conforme a necessidade social de combate à criminalidade. Exemplo da relativização deste princípio já era encontrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, a qual, em seu art. 9º expressava que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p. 40).

Autores como Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2009, p. 252) explicitam que da presunção de inocência decorrem as regras de tratamento e probatória. Pela regra de tratamento entende-se que se deve impedir que o sujeito seja tratado como condenado antes da sentença penal condenatória transitada em julgado. Nicolitt (2006, p.63) acrescenta que, pela regra de tratamento, o sujeito, ainda que existam indícios de sua autoria de prática criminosa, não pode ver-se diminuído social, moral nem fisicamente frente à sociedade. Já pela regra probatória, entende-se que todos os fatos alegados pela acusação contra o sujeito devem ser por esta provados, ou seja, os fatos alegados pela acusação não são presumidamente verdadeiros (GOMES; BIANCHINI; 2009, p. 253).

Autores como André Luiz Nicolitt (2006, p.60) ressaltam uma terceira regra decorrente da presunção de inocência que é a regra da garantia, a qual defende que todo sujeito acusado de cometer um crime tem o direito de que sua inocência seja presumida, enquanto não se comprove legalmente sua culpa (NICOLITT, 2006, p. 63).

-
- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
 - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

No Brasil, foi a partir da Constituição de 1988 que se passou a discutir a respeito da amplitude do princípio da presunção de inocência, uma vez que existiam diversas normas na legislação infraconstitucional que o confrontavam, limitando a liberdade individual ainda que não houvesse uma sentença penal condenatória transitada em julgado (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p. 44).

Dentre alguns pontos discutidos estava a permanência ou não da existência da prisão cautelar, a qual alguns doutrinadores defendiam que, em virtude do princípio em questão, teria deixado de existir, uma vez que entendiam que não se poderia prender cautelarmente alguém, antes da sentença condenatória definitiva, pois, dessa forma, estar-se-ia violando a presunção de inocência. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, a fim de solucionar esta questão, editou a Súmula nº 9, em 1990, a qual trazia como texto o seguinte: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p. 45).

Em vista desta Súmula, o Ministro do STJ Jesus Costa Lima pronunciou-se em sua obra “Comentários às Súmulas do STJ” (1999, p. 83), a respeito dizendo que, ainda com a existência do princípio da presunção de inocência na Constituição brasileira, esta, em nenhum momento, teria proibido a prisão do sujeito ao longo do processo, nem a prisão decorrente de flagrante, de pronúncia, de sentença condenatória recorrível. Desta forma, entendia ele que a prisão processual não significava e nem deveria significar uma antecipação de culpa do acusado, mas sim, apenas uma “custódia provisória”, a servir como um instrumento procedimental, o qual não ofendia nem o princípio da presunção de inocência, nem a garantia da ampla defesa do acusado (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p. 45).

Realmente, com base neste entendimento do ministro, tem-se que a Constituição brasileira, no seu art. 5º, inciso LXI, prevê, expressamente, a possibilidade de prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Em vista desta previsão pela própria Constituição, e da previsão do princípio da presunção de inocência pela mesma Carta, entende-se, assim como sustentado pelo Ministro Jesus Costa Lima, em sua obra anteriormente citada, que “inexiste incompatibilidade entre a garantia constitucional da presunção de inocência e as formas de prisão previstas na legislação processual penal” (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p.45).

Contudo, essa questão ainda não é pacífica nem na jurisprudência, nem na doutrina. Autores como Damásio Evangelista de Jesus, no seu “Código de Processo Penal anotado” (2014, p. 638-639) entendem que, uma vez que não foram revogados os artigos da legislação processual penal que regulam as prisões processuais (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível), estas modalidades de prisão não estariam proibidas pela Constituição Federal, não atentando ao princípio da presunção de inocência do acusado (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p. 48).

Da mesma forma, entende-se que a exigência da fiança, como instrumento para concessão da liberdade processual do sujeito, não ofende o princípio da presunção de inocência, uma vez que esta também está prevista na Constituição Federal, possui natureza cautelar, como já analisado, não significando presunção de culpa antecipada do acusado, mas sim, apenas um artifício constitucional que visa possibilitar a liberdade do indivíduo perante uma prisão processual cautelar legalmente prevista e constitucionalmente autorizada.

Assim, fiança não pode ser considerada nem antecipação de culpa, nem antecipação de pena, uma vez que ela é, como já dito, uma medida cautelar que poderá ser aplicada no curso da fase investigatória ou do processo, quando não couber ou não for necessária a prisão cautelar do sujeito. Em vista disso, a fiança deve ser aplicada respeitando-se sempre os requisitos das medidas cautelares, necessidade e adequabilidade, a fim de garantir e contribuir para a investigação ou instrução criminal.

5.2 O ARBITRAMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Conforme já referido, o art. 282, §2º, do CPP informa que as medidas cautelares serão, como regra, decretadas pelo juiz, que poderá fazê-lo de ofício ou a requerimento de quaisquer das partes processuais, ou até mesmo por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, enquanto estiver em curso a investigação criminal.

No entanto, neste mesmo diploma legal, temos uma exceção a esta regra, contida no art. 322, o qual possibilita que, em alguns casos, a autoridade policial não apenas requeira ao juiz a decretação de medidas cautelares, mas também que ela própria conceda uma destas medidas, qual seja, a fiança criminal, quando a pena

privativa de liberdade máxima não for superior a quatro anos. Ou seja, o delegado de polícia está autorizado, por meio deste dispositivo específico da legislação processual penal, a conceder a fiança (medida de natureza cautelar), só se exigindo que a requeira ao juiz nos demais casos, ou seja, quando a pena privativa de liberdade ultrapassar o limite previsto em abstrato de quatro anos.

Com base no que já foi analisado no item 2.1, referente à natureza cautelar da fiança, tem-se que as medidas cautelares são procedimentos promovidos pelo Poder Judiciário cujo objetivo é prevenir, conservar ou defender direitos. Conforme explanado por Daniel Mitidiero (2014, p. 39 – 52), as medidas ou tutelas cautelares são consideradas proteções jurisdicionais que visam resguardar direitos.

No entendimento de Ovídio Baptista (2000, p.17), a medida cautelar é uma espécie do gênero “tutela preventiva” e também tem a finalidade de proteger jurisdicionalmente um direito subjetivo. Mitidiero (2014, p.45) ainda afirma que o juiz, ao conceder liminarmente uma tutela cautelar, o faz utilizando-se de uma cognição sumária do direito acautelado e do direito à cautela, e que esta liminar terá duração apenas enquanto não sobrevier uma decisão final e definitiva que a substitua, decisão esta que, neste momento, será “fundada ainda em cognição sumária do direito acautelado, mas em cognição exauriente do direito à cautela”. Para Mitidiero, “a liminar que concede a tutela cautelar é – a todas as luzes – uma genuína antecipação da tutela cautelar.” (2014, p.45). Uma vez que a medida cautelar é uma proteção jurisdicional, somente deve ser concedida por quem possui jurisdição.

Jurisdição, como bem conceitua Vicente Greco Filho (2013, p.153), é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, por meio de órgãos públicos, representados pela pessoa do juiz (terceiro imparcial), a fim de obter a justa solução para a lide apresentada. Este mesmo autor explica que a jurisdição se concretiza por meio dos juízes de direito e dos tribunais.

Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves (2014, p.145) resumem o conceito de jurisdição como sendo o poder de julgar, inerente a todos os juízes, ou seja, todos os membros do Poder Judiciário possuem jurisdição. Com base nestes conceitos, percebe-se que a jurisdição é uma atividade do juiz, ou seja, ele possui jurisdição, pois é ele quem aplica o direito para a solução de conflitos, quando provocado.

Um dos princípios que regem a jurisdição é o princípio da investidura, o qual determina que só poderá exercer a jurisdição a pessoa que tenha sido devidamente aprovada e nomeada em concurso público para magistratura e que esteja no

exercício deste cargo (CEBRIAN; GONÇALVES, 2014, p.145). Logo, a autoridade policial não possui jurisdição, uma vez que não preenche estes requisitos inerentes à atividade jurisdicional.

Conforme Fernando Capez (2012, p.111), a polícia, com relação ao seu objeto, pode ser classificada como polícia administrativa ou de segurança e polícia judiciária. Esta possui a função de auxiliar a justiça, apurando infrações penais e seus autores, objetivando reunir elementos que serão utilizados para a futura proposição da ação penal; contudo, sem possuir jurisdição, mas sim, desempenhando atividades administrativas. Dessa forma, não se deve interpretar a qualificação de “judiciária” desta polícia como sendo uma atribuição de jurisdição, pois seria uma interpretação equivocada.

Frente a esta realidade jurídica, tem-se uma incoerência: a necessidade de possuir jurisdição para concessão das medidas cautelares e a possibilidade/ permissão de concessão de fiança (uma espécie de medida cautelar) por uma autoridade desprovida de jurisdição, qual seja, a autoridade policial. De acordo com Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves (2014, p. 410), somente caberia ao juiz a aplicação de medidas cautelares, por meio de decisões fundamentadas.

Esta controvérsia ficou mais aguçada posteriormente à edição da Lei nº 12.403/11, pois a fiança deixou de ser classificada como contracautela e passou a ser considerada uma cautela propriamente dita (MANZANO, 2012, p.263 e 264), daí sua natureza jurídica de medida cautelar.

Ocorre que, antes da Lei nº 12.403/11, o Código de Processo Penal já conferia à autoridade policial a possibilidade desta conceder a fiança, mas somente nos crimes punidos com detenção ou prisão simples. Entretanto, como visto, a fiança não era medida cautelar, não gerando este conflito de competência.

A Lei nº 12.403/11, além de recategorizar a fiança, ampliou os casos em que a autoridade policial poderá concedê-la, criando a situação analisada neste tópico. Hoje, o delegado de polícia não fica restrito à natureza da pena (detenção ou prisão simples) para arbitrar a fiança, mas sim, aos limites máximos de duração das penas, quais sejam, quatro anos.

Percebe-se que esta controvérsia é pouco discutida entre os doutrinadores e aplicadores do direito, pois, ainda que a natureza jurídica do instituto em questão tenha sido alterada pela Lei nº 12.403/11 possibilitando esta discussão, a prática

jurídica de concessão da fiança, relacionada à competência da autoridade policial para o arbitramento da medida, permanece inalterada.

Conforme leciona José Carlos de Oliveira Robaldo (2011), conclui-se que, na prática, segue-se a regra de que a fiança deve ser concedida pelo magistrado e, de forma excepcional, pelo delegado de polícia.

5.3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MOMENTO DO ARBITRAMENTO

Como já verificado neste trabalho, a Lei nº 12.403/11 incluiu ao Código de Processo Penal brasileiro algumas medidas cautelares pessoais diversas da prisão, presentes atualmente no art. 319 deste Código, dentre as quais se encontra a fiança.

Porém, além das alterações oriundas desta lei, tem-se que atentar para uma peculiar mudança que esta legislação ocasionou relacionada principalmente à atuação do Ministério Público quando da concessão da liberdade provisória: trata-se da alteração da redação do art. 310 do CPP, a qual suprimiu a expressa necessidade de oitiva prévia do órgão ministerial à concessão da liberdade provisória, dando ensejo ao debate sobre a permanência ou não desta necessidade atualmente.

Outra questão também relacionada ao Ministério Público e à concessão das medidas cautelares é a previsão expressa do art. 333 do CPP⁵⁵ de que a fiança será concedida independentemente de audiência daquele órgão, o qual somente terá vista do processo após a prestação da fiança, ou seja, após o recolhimento do seu valor pelo réu ou por alguma pessoa que o faça em seu lugar.

Estas são as principais questões que atualmente obstaculizam a atuação do Ministério Público no que tange à concessão de benefícios cautelares ao sujeito acusado ou réu do processo, as quais, na opinião de Mauro Fonseca Andrade (2013, p.209), “demonstram um preocupante afastamento do Ministério Público em relação aos rumos e decisões a serem tomados ao longo das várias fases da persecução penal, o que leva, com isso, a um claro cerceamento de acusação.”

⁵⁵Art. 333. Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.

5.3.1 (Des)necessidade da oitiva prévia do Ministério Público no auto de prisão em flagrante, para concessão de medidas cautelares pessoais

O art. 310 do CPP⁵⁶, em sua nova redação, apresenta todas as ações ou decisões que o juiz poderá tomar ao receber e analisar o auto de prisão em flagrante. São elas: (a) relaxar a prisão quando estiver eivada de vícios que a tornem ilegal; em não havendo ilegalidade na prisão em flagrante, poderá o juiz (b) convertê-la em prisão preventiva, quando estiverem presentes os requisitos desta (art. 312 CPP) e não for suficiente a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 CPP); ou (c) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Em virtude da omissão da necessidade expressa do dispositivo de ouvir o Ministério Público antes da decisão de qualquer uma destas medidas, Nucci (2013, p.79) defende que não há necessidade de o magistrado ouvir qualquer interessado, nem o Ministério Público, nem a defesa. Este mesmo autor (2013, p.82 e 83) assevera que, anteriormente à nova redação do art. 310 dada pela Lei nº 12.403/11, a oitiva prévia do órgão ministerial já não era realizada em todos os casos, em razão da urgência com que o juiz analisava o auto de prisão em flagrante.

Alega o autor, ainda, como forma de justificar a dispensabilidade da vista prévia do MP que, mesmo que este órgão seja ouvido previamente, o seu parecer não teria caráter vinculativo, podendo o juiz decidir de forma diversa. Desta forma, entende que ao Ministério Público será dado conhecimento do auto de prisão em flagrante após a decisão do juiz, não acarretando isso nenhum prejuízo ao processo.

A jurisprudência não é uníssona a este respeito. Julgados do STJ e de diversos tribunais (STJ – HC 226.937 – MG, 5ª T., v.u., rel. Min. Gilson Dipp, 17.04.2012 / TJRS – HC 700444546315 –RS, 8ª Câm. Crim., rel. Fabiane Breton Baisch, 14.09.2011) decidem no sentido de que, com esta nova redação do art. 310 do CPP, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, decidirá sem a

⁵⁶Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

necessidade de oitiva prévia do MP. No entanto, há entendimento jurisprudencial também no sentido de que:

Ainda que o art. 310 do CPP não preveja expressamente a obrigatoriedade de oitiva do Ministério Público antes da decisão que converte a prisão em flagrante em preventiva, é de todo aconselhável a manifestação ministerial, não havendo falar em nulidade da prisão preventiva em razão da oitiva do *Parquet* (TRF 4ª Região: HC 5011541 – 73.2012.404.0000, 7ª T., v.u., rel. Artur César de Souza, 29.08.2012) (NUCCI, 2013, p. 79).

De outra forma, há autores que entendem e defendem que, mesmo com esta omissão do referido dispositivo, ainda hoje permanece a necessidade da oitiva prévia do Ministério Público antes da análise do auto de prisão em flagrante pelo juiz (ANDRADE, 2013, p.211). De acordo com este autor, o objetivo da reforma processual penal de 2011 não foi o de obstaculizar a manifestação prévia do Ministério Público nos autos de prisão em flagrante. Muito pelo contrário, para ele, esta reforma permitiu que o órgão ministerial se manifestasse previamente “em todo e qualquer auto de prisão em flagrante no qual houvesse a possibilidade de decretação de medida cautelar de cunho pessoal.”

Andrade entende desta forma, pois destaca que, dentre todas as possibilidades de medidas que o magistrado pode tomar ao receber o auto de prisão em flagrante (art. 310 do CPP), com exceção do relaxamento da prisão, as demais possuem caráter cautelar e, em virtude disso, regulam-se pelas disposições gerais do Título IX do Código de Processo Penal.

Dentre os artigos que constituem estas disposições tem-se o art. 282, em especial seu §3º, ao qual o autor atribui a decorrência da obrigatoriedade de abertura de vista ao Ministério Público, quando o artigo dispõe que, salvo nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz deverá intimar a parte contrária, com cópia de requerimento e peças necessárias, sempre que receber um pedido de medida cautelar (ANDRADE, 2013, p. 212).

Esta intimação da parte contrária para que tenha vista dos autos e se manifeste sempre que for feito um pedido de medida cautelar, no entendimento do referido autor, deve ser feita tanto para o auto de prisão em flagrante quanto para os autos processuais, uma vez que em ambos existe a figura da parte contrária àquela que solicitou a medida cautelar. Além disso, o autor diferencia a natureza do auto de

prisão em flagrante em dois momentos, a fim de justificar a obrigatoriedade da observância do princípio do contraditório também com relação a este auto.

Para isso, Andrade (2013, p. 211) utiliza o termo “natureza metamórfica” do auto de prisão em flagrante, o qual significaria que, enquanto este auto estiver sob a presidência da autoridade policial, ele terá natureza meramente administrativa, não havendo que se falar em observância do contraditório neste caso; no entanto, quando este auto de prisão em flagrante for enviado ao juiz para análise da legalidade da prisão realizada, neste momento o procedimento deixa de ser meramente administrativo e passa a ser judicializado, adquirindo o auto de prisão em flagrante natureza processual e, neste caso, devendo ser respeitado o contraditório (ANDRADE, 2013, p. 212).

O contraditório, ou seja, vista dos autos pela parte contrária para posterior manifestação acerca do mesmo, via de regra se dá de forma prévia. No caso de solicitação de medidas cautelares, a parte contrária, que terá direito ao contraditório, em qualquer caso, será aquela que for contrária a quem requereu a medida. E, no caso do auto de prisão em flagrante, quando o réu postula a medida cautelar de liberdade provisória, com ou sem fiança, a parte contrária será o Ministério Público, o qual, por força do art. 282, §3º, CPP, deverá ser intimado previamente para ter vista dos autos e exercer seu direito ao contraditório (ANDRADE, 2013, p. 214-215).

Da mesma forma entende o autor que, no caso da possibilidade de o juiz converter o auto de prisão em flagrante em prisão preventiva, deverá o magistrado ouvir previamente tanto o Ministério Público quanto a defesa, uma vez que ao juiz é vedada a decretação de medidas cautelares de ofício na fase de investigação (art. 282, §2º, do CPP). Andrade (2013, p. 216) esclarece que, na atual redação do art. 310, inciso II, do CPP, o legislador não utiliza o termo “decretar”, mas sim “converter” a prisão em flagrante em preventiva, o que teria levado, equivocadamente, alguns intérpretes da lei a entender que o juiz não poderia decretá-la de ofício, mas poderia convertê-la de ofício, o que para o autor não tem lógica alguma, pois para ele só mudou a expressão usada, mas o sentido é o mesmo de antes da reforma, necessitando sim da oitiva prévia do órgão ministerial e da defesa (provocação) para esta conversão, uma vez que se trata de imposição de uma medida cautelar na fase de investigação, a qual não pode ser aplicada de ofício (ANDRADE, 2013, p.216).

Enfim, o Ministério Público, no entender deste autor:

deve ser ouvido, com caráter prévio, sempre quando, na análise do auto de prisão em flagrante, vislumbrar o magistrado a possibilidade de imposição de alguma medida cautelar contra o conduzido, ou quando houver pedido de liberdade apresentado pela defesa.

Caso não seja ouvido o órgão ministerial previamente à concessão da medida cautelar, entende o autor que há grave cerceamento de acusação por parte do magistrado, o que, por conseguinte, contraria o princípio constitucional do contraditório (ANDRADE, 2013, p.217).

De forma semelhante defende a juíza Luciana da Cunha Martins de Oliveira⁵⁷ a manifestação do Ministério Público antes da decisão do magistrado que resolve sobre a concessão de medidas cautelares pessoais. Este entendimento da juíza se dá, pois reconhece que na Constituição Federal de 1988 existe o princípio do sistema acusatório no processo penal, o qual significaria que órgãos distintos devem atuar na acusação e no julgamento do processo penal, cabendo estas funções, no sistema brasileiro, ao órgão ministerial e ao juiz, respectivamente. Assim, o raciocínio desta magistrada vai no sentido de que, pela lógica processual, a manifestação da acusação deve se dar antes da decisão do juiz, para contribuir com esta, e não posteriormente (OLIVEIRA, 2011, p.237).

Além disso, esta mesma juíza argumenta que, no caso de o Ministério Público não se manifestar previamente à concessão das medidas cautelares, caberá ao juiz fazer um primeiro juízo de valor quanto aos fatos narrados no seu primeiro contato com o processo, o que, para ela, não seria a função do magistrado, tendo em vista que configuraria uma antecipação do julgamento pelo magistrado, retirando-o da sua posição imparcial constitucionalmente definida.

Na sua prática jurídica, a magistrada afirma que, ao receber o comunicado da prisão em flagrante, primeiramente faz uma análise da legalidade desta prisão, verificando se estão cumpridos todos os requisitos legais e, posteriormente, remete o auto de prisão em flagrante ao Ministério Público para “compatibilizar o artigo 310 do CPP com a Constituição da República e evitar que praticasse atos que são inerentes à atividade acusatória” (OLIVEIRA, 2011, p.238).

⁵⁷Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal de Nova Iguaçu

5.3.2 O artigo 333 do Código de Processo Penal e a não oitiva prévia do Ministério Público no caso da fiança

O texto do art. 333 do CPP diz expressamente que “Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.” Como visto, com a reforma de 2011, a fiança passou a ser considerada uma medida cautelar diversa da prisão, constante do rol das medidas do art. 319 do CPP. Desta forma, respeita as normas gerais das medidas cautelares presentes no art. 282 deste Código, dentre as quais estão a vedação da decretação de ofício destas medidas pelo juiz no curso da fase investigatória (§2º), e intimação da parte contrária sempre quando o juiz receber pedido de medida cautelar, exceto nos casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida (§3º).

Autores como Nucci (2013, p. 142 e 143) defendem que, como expresso no art. 333 do CPP, o Ministério Público realmente não haveria de ser ouvido antes da fixação da fiança, uma vez que a considera uma medida urgente a ser tomada pelo juiz, dando-se ciência ao órgão ministerial posteriormente, afim de que, se desejar, recorra ou apresente as alegações que achar convenientes.

Contudo, há autores que divergem desta posição, a exemplo de Andrade (2013, p.219), o qual entende primeiramente que o art. 333 do CPP refere-se apenas à fiança judicial, uma vez que esta o juiz poderá conceder de ofício, enquanto a fiança decretada na fase investigatória necessita de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público (art. 282, §2º, do CPP).

O autor entende que não há nenhuma justificativa plausível para o art. 333 do CPP possibilitar a decretação da fiança sem oitiva prévia do Ministério Público quando a defesa a postular, ou quando o juiz a concedê-la de ofício. Considera ele que é um “simples *não porque não*” que viola o devido processo legal material (ANDRADE, 2013, p.219). Por isso, defende que, somente nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, possa o juiz decretar a fiança sem a oitiva prévia do Ministério Público, nos demais casos, “qualquer cerceamento à atividade da parte contrária, se constituirá no mais puro arbítrio judicial, caracterizador de cerceamento de acusação, ainda que amparado por uma norma vazia de significado.” (ANDRADE, 2013, p.219).

Ainda com relação ao entendimento deste autor, somente quando um representante do Ministério Público não estiver atuando efetivamente perante determinado juízo é que se poderá aplicar o art. 333 do CPP, admitindo-se a manifestação prévia deste órgão quando da concessão da fiança (ANDRADE, 2013, p.220).

5.4 A PROIBIÇÃO DA FIANÇA

5.4.1 Noções Gerais

Existem infrações às quais a fiança é cabível e outras em que ela é proibida, ou por determinação constitucional ou legal, ou por incompatibilidade processual. Essa proibição da fiança a determinados crimes constitui o que se convencionou chamar de *inafiançabilidade*.

A inafiançabilidade significa que, ao acusado ou indiciado, não será permitido que fique solto, livre da prisão, durante o curso da investigação criminal ou do processo mediante o pagamento de uma fiança.

Na Constituição Federal de 1988, existem alguns crimes que são inafiançáveis, dentre os quais alguns são a prática do racismo e da tortura, o terrorismo e os considerados hediondos. No Código Processual Penal, também há previsão de determinados crimes aos quais não cabe a fiança, alguns deles em consonância com a Constituição e outros que complementam o rol por ela apresentado.

5.4.2 Inafiançabilidade na Constituição brasileira de 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988 prevê, em seu art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV hipóteses de crimes *inafiançáveis*, conforme se verifica:

Art. 5º, XLII, CF/88: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 5º, XLIII, CF/88: 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;

Art. 5º, XLIV, CF/88: constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Nestes dispositivos, a própria Constituição Federal enuncia alguns crimes os quais considera inafiançáveis; porém, na opinião de Renato Marcão (2011a), isso não significa dizer que a estes mesmos crimes não se poderá conceder liberdade provisória sem fiança. Entretanto, este mesmo autor afirma que a corrente majoritária da jurisprudência ainda decide no sentido de que esta inafiançabilidade da Constituição Federal também impede a concessão de liberdade provisória sem fiança.

Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa (2013, p.139) também entendem a expressão “inafiançabilidade” presente na Constituição Federal como a proibição de imposição da fiança aos crimes apresentados, mas julgam que classificar o crime como inafiançável não bastaria para proibir que o preso em flagrante fosse posto em liberdade, ainda que a ele fossem impostas outras medidas cautelares.

Pacelli e Costa (2013, p.139) ainda ressaltam certa incoerência constante da legislação processual penal no que tange à proibição da fiança, a qual denominam “paradoxo da proibição da fiança”. O paradoxo atual relacionado a este tema é que, com a reforma oriunda da Lei nº 12.403/11, proíbe-se o arbitramento de fiança a crimes considerados mais gravosos, tais como o do art. 323 do CPP, permitindo-se que a eles seja concedida a liberdade provisória sem a necessidade de pagar fiança, enquanto, de outra forma, a crimes menos graves impõem-se ônus maiores, incluindo-se, aí, a fiança. Nesse sentido, percebemos que o paradoxo apresentado por Pacelli e Costa vai ao encontro com o entendimento defendido por Capez e Marcão, apresentados anteriormente.

O entendimento dominante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto a esta possibilidade de aplicar a liberdade provisória sem fiança aos crimes em que não caiba fiança vem sendo no sentido de conceder a liberdade provisória ao acusado sem fiança, ainda que tenha ocorrido a prisão em flagrante e o crime seja inafiançável (SANGUINÉ, 2014, p.787).

5.4.3 Artigo 323 do CPP

A reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11 manteve a previsão dos crimes aos quais é proibida a fiança no art. 323 do CPP; porém, não utilizando expressamente o termo *inafiável* e sofrendo alterações de forma a aproximar as vedações do referido código com as vedações relacionadas a esta matéria, presentes na Constituição Federal.

O conteúdo do artigo 323 do CPP antes da reforma era:

Art. 323. Não será concedida fiança:

- I – nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;
- II – nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais;
- III – nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;
- IV – em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;
- V – nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Atualmente, este dispositivo traz as seguintes vedações à concessão da fiança:

Art. 323. Não será concedida fiança:

- I – nos crimes de racismo;
- II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;
- III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;
- IV – (revogado);
- V – (revogado).

A reforma da lei, com relação a este artigo, foi muito válida, uma vez que o colocou em sincronia com o previsto no artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da CF/88. Conforme a redação anterior à reforma, o inciso I, do art. 323, do CPP excluía a possibilidade de exigência da fiança para a concessão de liberdade provisória aos crimes mais graves, ou seja, com pena mínima superior a dois anos de reclusão. Desta forma, criava-se uma incoerência, pois para os crimes leves só poderia ser concedida liberdade provisória mediante fiança, enquanto para os crimes

mais graves esta liberdade seria concedida sem fiança, uma vez que a fiança era vedada (NUCCI, 2013, p.134).

Com esta reforma, também foi excluída a vedação de fiança às contravenções penais, uma vez que estas foram reclassificadas como infrações de menor potencial ofensivo, cujo procedimento passou a ser regulado pela Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995), a qual permite a transação para este tipo de infração (NUCCI, 2013, p.134).

A proibição de fiança aos sujeitos reincidentes em crimes dolosos também não se manteve na atual previsão do artigo. Com relação a este ponto, Nucci (2013, p.134) entende que:

[...] vedar fiança a reincidentes em crimes dolosos atentava contra a indispensabilidade da prisão, levando-se em conta os requisitos do art. 312 do CPP. Noutros termos, nem todo reincidente deve ficar preso, ao longo da investigação ou da instrução; tudo depende da necessidade da prisão cautelar.

Excluiu-se a proibição de fiança nos crimes em que estivessem envolvidos réus vadios, por se entender que era inconstitucional, uma vez que este critério interferia na esfera da liberdade da pessoa protegida pela própria Constituição.

Os crimes punidos com reclusão, que provocassem clamor público ou tivessem sido cometidos com violência ou grave ameaça, também foram excluídos da vedação à concessão da fiança, uma vez que também vão de encontro aos requisitos da prisão preventiva, no que diz respeito à indispensabilidade (necessidade) da prisão. Ou seja, não se pode considerar absolutamente que todos os delitos realizados com violência, gerando ou não clamor público, necessitam de prisão cautelar (NUCCI, 2013, p.134).

Nucci (2013, p.134 e 135) ressalta que é interessante dar-se conta de que estes delitos, aos quais a Constituição e o CPP vedam a concessão de fiança para por o réu em liberdade provisória, poderão ver concedidas outras medidas cautelares para atingir esta mesma finalidade, não ficando adstritos à fiança apenas.

Com relação aos crimes inafiançáveis, Fernando Capez (2012, p.355) manifesta-se no sentido de que, quando a estes crimes não houver necessidade de decretação da prisão preventiva, nem de imposição de outras medidas cautelares alternativas, o juiz continuará podendo conceder a liberdade provisória; no entanto, sem exigência de fiança, uma vez que esta é proibida nestes casos.

Capez (2012, p.355) ressalta que “Em vez de gravame, ao que parece, estamos diante de um benefício: mesmo que o juiz queira impor uma fiança de 200 mil salários mínimos para um traficante, a lei o impedirá, pois se trata de crime inafiançável”. Para este autor, a criação da possibilidade de liberdade provisória sem fiança aparentemente acabou por tornar “mais vantajoso responder por um crime inafiançável, já que a liberdade provisória, quando cabível, jamais virá seguida da incômoda companhia da fiança.” (CAPEZ, 2012, p.355).

5.4.4 Artigo 324 do CPP

Conforme já mencionado, existem outras situações às quais a fiança não é cabível, e estas estão previstas no art. 324 do CPP, denominadas por Nucci (2013, p.136) como “situações incompatíveis com a fiança”. Ou seja, diferem-se das situações do art. 323, pois se referem a crimes aos quais, originariamente, caberia a fiança; porém, em virtude de alguma questão incompatível com o processo, a fiança é vedada. Diferentemente, Odone Sanguiné (2014, p.785) denomina o art. 324 do CPP como *hipóteses de inafiançabilidade* considerando que são crimes “[...] em princípio, afiançáveis, mas que o legislador, em razão de determinadas circunstâncias concretas, veda a concessão de fiança [...]”.

O art. 324 do CPP também sofreu alteração da Lei nº 12.403/11, conforme veremos a seguir. Antes da reforma, o art. 324 trazia a seguinte previsão:

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

- I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado a fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;
- II – em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;
- III – ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança;
- IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Posteriormente à reforma, passou-se a ter o texto abaixo:

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

- I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado a fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;
- II – em caso de prisão civil ou militar;

III – (revogado);

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

O inciso II deste artigo sofreu alteração excluindo-se a incompatibilidade da fiança nos casos de prisão administrativa, a qual foi eliminada com o art. 319 do CPP. Manteve-se esta incompatibilidade nos casos de prisão civil, relacionada ao devedor de alimentos, e nos de prisão militar, considerada prisão disciplinar (NUCCI, 2013, p.136).

Exclui-se o conteúdo do inciso III deste artigo, uma vez que proibia a fiança aos réus beneficiados por sursis ou livramento condicional do processo. Nucci (2013, p.136) indica que, com isso, buscou-se “evidenciar que o problema, pelo cometimento de outro crime, no curso do benefício de execução penal, é do juízo da execução e não do magistrado responsável pela análise do flagrante.”

5.4.5 Outras hipóteses

Além das hipóteses de infiançabilidade previstas na Constituição e no Código de Processo Penal, existem algumas leis especiais que preveem outros casos aos quais a fiança não é cabível. Dentre estes casos, estão (a) crimes contra o sistema financeiro nacional, punidos com reclusão (art. 31 da Lei nº 7.492/1986)⁵⁸; e (b) crimes cometidos por condutor de veículo automotor que prestar pronto e integral atendimento à vítima do acidente (art. 301 da Lei 9.503/1997)⁵⁹.

⁵⁸Art. 31. Nos crimes previstos nesta lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva.

⁵⁹Art. 301. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

6 CONCLUSÕES

A Lei nº 12.403/11 fez ressurgir o instituto da fiança criminal no ordenamento jurídico brasileiro, o qual estava praticamente extinto antes desta reforma processual, expandindo as hipóteses às quais cabe fiança e atualizando seus regramentos de forma geral.

A Constituição Federal garante que o direito à liberdade é um direito fundamental, somente podendo ser restringido quando previsto pela Constituição ou pela lei. Por isso, a fiança, ao objetivar garantir ao sujeito a sua liberdade durante o curso do processo, será imposta sempre de forma vinculada às situações legais que comportam a liberdade provisória com fiança (arts. 322 a 350 do CPP), respeitando, assim, o princípio da legalidade.

Quanto à questão do arbitramento da fiança pela autoridade policial, não houve grande objeção jurídica à manutenção dessa possibilidade após a reforma processual de 2011, permanecendo esta previsão no art. 322 do CPP. No entanto, toda medida que caracterize uma coerção individual deve decorrer de uma ordem escrita e fundamentada de um magistrado, que possui, logicamente, jurisdição para tanto. A silenciosa aquiescência do meio jurídico referente a esta atribuição da autoridade policial, remanescente do Código de Processo Penal anterior à Lei nº 12.403/11 parece não considerar a natureza jurídica da fiança e da liberdade provisória.

Outra questão que não respeita a natureza cautelar da fiança e, conseqüentemente, contraria suas normativas gerais é a intenção injustificada de afastar o Ministério Público do momento da concessão da fiança (art. 333 do CPP). Em respeito aos princípios do contraditório e do devido processo legal, a parte contrária, principalmente no que tange ao processo penal, deve sempre ter vista e possibilidade de manifestar-se antes de qualquer decisão que possa influenciar ou ir contra seus interesses processuais. Assim, no caso específico da fiança, ao órgão ministerial deve ser possibilitada vista prévia do processo, sempre que a defesa postule tal medida, ou o juiz a conceda de ofício, somente afastando a manifestação prévia do Ministério Público nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

Com relação aos casos de proibição da fiança, temos que, de acordo com a nova leitura do Código de Processo Penal, a afixabilidade das infrações é a regra. As hipóteses de cabimento de fiança foram ampliadas pela Lei nº 12.403/11, tornando-se superiores às situações de inafiançabilidade, as quais passaram a ter caráter residual, ou seja, não caberá a fiança nas demais situações, exceto àquelas em que a fiança for permitida, por exclusão. Além disso, a inafiançabilidade prevista na Constituição Federal não pode ser interpretada no sentido de impossibilitar a concessão da liberdade provisória sem fiança (art. 5º, inciso LXVI, da CF). Ressalta-se também que esta inafiançabilidade constitucional apresenta-se contraditória com o sistema de direitos fundamentais previsto pela própria Constituição, o qual exige que qualquer privação da liberdade do sujeito seja aplicada por uma autoridade judiciária, por meio de ordem escrita e fundamentada (art. 5º, inciso LXI, da CF).

Reconhecemos que a Lei nº 12.403/11 trouxe inovações ao instituto da fiança, adequando a sua natureza jurídica e vinculando as hipóteses de cabimento e concessão às faixas de valores arbitrados e não mais aos tipos de pena (detenção, reclusão e prisão simples), atualizando e flexibilizando seus valores, ampliando o rol de infrações passíveis de fiança e tornando-a uma medida cautelar alternativa autônoma.

Contudo, a referida lei também incluiu e/ou modificou dispositivos legais do CPP, cujas redações deram margem ao surgimento das questões controvertidas apresentadas neste trabalho, até então inexistentes. Assim, não é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial quando estas questões são confrontadas na prática.

Dessa forma, a fim de conferir maior segurança jurídica e respeitar ao máximo os preceitos constitucionais, em especial o devido processo legal, o contraditório e a presunção de inocência, concluímos que, em que pese a recente reforma processual da Lei nº 12.403/11 nos dispositivos relacionados à fiança, subsiste a necessidade de uma nova reforma deste instituto.

Só assim vemos como possível a pronta correção dos problemas gerados pela Lei nº 12.403/11, de forma a (a) restringir a capacidade para a concessão da fiança apenas àquelas autoridades que possuem jurisdição, uma vez que esta é a regra das medidas cautelares; (b) reaproximar o Ministério Público do momento da concessão da fiança, permitindo que se manifeste previamente a respeito; e (c)

readequando os casos de proibição e permissão da fiança, com o objetivo de trazer maior coerência às diversas situações.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. A Atuação do Ministério Público Frente às Medidas Cautelares Pessoais. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 209-225, dez. 2013
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BAZ, Marco Antonio Garcia. Cabe, em tese, a liberdade provisória sem fiança ao flagrado por crime de tráfico ilícito de drogas? **Revista APMP**. São Paulo, v.9, n. 42, p. 22-24, mar./abr. 2007.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-pe.html>>. Acesso em 19 ago.2014.
- BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 04 de maio de 2011. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12403-4-maio-2011-610596-norma-pl.html>>. Acesso em 19 ago.2014.
- BRASIL. **Lei nº 6.416**, de 24 de maio de 1977. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6416-24-maio-1977-366407-norma-pl.html>>. Acesso em 19 ago.2014.
- BRASIL. **Lei nº 7.789**, de 22 de junho de 1989. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1989/lei-7780-22-junho-1989-365438-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 19 ago.2014.
- BRASIL. **Lei nº 8.035**, de 27 de abril de 1990. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8035-27-abril-1990-365154-norma-pl.html>>. Acesso em 19 ago.2014.
- BRITO, Auriney Uchôa de; MARQUES, Ivan Luís. O valor da fiança: licitude ou ilicitude, balizadas pela razoabilidade. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v.20, n.230, p. 16-17, jan. 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA LIMA, Jesus. **Comentários às Súmulas do STJ**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- CURSO “**O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal**”. 2011. Rio de Janeiro. EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 4. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/seriea/perfeicoamento/demagistrados/paginas/series/4/seriemagistrado4.html>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

FARIAS, Vilson. **A Lei 12.403/2011 e as Alterações Promovidas no Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Magister. 12 ago. 2011. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=1059>. Acesso em: 15 mar. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Rico acusado de estupro paga alta fiança e vai para a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre. v.11, n.69, p. 21-22, ago./set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19186/rico-acusado-de-estupro-paga-alta-fianca-e-vai-para-a-prisao-domiciliar-com-monitoramento-eletronico>>. Acesso em 07 mai. 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal anotado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JORGE, Ana Paula. A reforma das cautelares no código de processo penal. *Revista Magister de direito penal e processual penal*. Porto Alegre, v.7, n.41, p. 5-11, abr./maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19090/a-reforma-das-cautelares-no-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 07 mai. 2014.

MANZANO, Luís Fernando Moraes de. **Da Prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória segundo a Lei nº 12.403/2011**. Disponível em <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/27/16>. Acesso em 09 nov. 2014.

MARCÃO, Renato Flávio. Fiança: pagar ou não pagar? Eis a questão. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v.15, n.357, p. 52-53, nov. 2011. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_fianca.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014.

MARCÃO, Renato. **A Lei n. 12.403/11 e a Inafiançabilidade na visão do STF: reflexões sobre a constitucionalidade do novo art. 310 do CPP**. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/A_LEI_N_12_403_11_E_A_INAFIANCABILIDADE_NA_VISAO_DO_STF_REFLEXOES_SOBRE_A_CONSTITUCIONALIDADE_DO_NOVO_ART_310_DO_CPP.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: Da cautelar à técnica antecipatória**. 2.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

PINTO, Ronaldo Batista. **Fiança Arbitrada pela Autoridade Policial e a Lei Maria da Penha**. Nov/2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23068/fianca-arbitrada-pela-autoridade-policial-e-a-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. Coleção esquematizado. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Fiança penal**: algumas considerações. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br/18> de março de 2011>. Acesso em 09 nov. 2014.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; BAZ, Marco Antonio Garcia. **Fiança criminal e liberdade provisória**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Ovidio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 3.