



LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA PROVISIONAL FREEDOM WITH OR WITHOUT BAIL

Carlhanes de Sena Mendes¹, Gleibe Pretti²

RESUMO: O presente artigo enfatiza a liberdade provisória com ou sem fiança, discorrendo sobre as formas, em sentido amplo, de liberdade provisória. Expõe que a liberdade provisória trata da substituição da prisão por ser temerária a manutenção do indiciado ou réu no cárcere durante a instrução e que ao magistrado ao receber a comunicação de que uma pessoa foi presa em flagrante, permanecendo no cárcere porque a autoridade policial não arbitrou fiança, deve verificar se estão presentes os requisitos da prisão preventiva. Aborda os requisitos e procedimentos para fixação da fiança, relatando hipóteses de obrigações assumidas pelo afiançado (sob pena de quebração da fiança), sobre restituição ou devolução do Valor da Fiança, Cassação da Fiança, espécies de liberdade provisória, finalidade de fiança criminal. Por fim, indica o tipo de recurso a ser interposto contra decisão que concede a liberdade provisória, nos termos do artigo 581, inciso V, do CPP, e relata também como proceder em caso de indeferimento do pedido de liberdade provisória, conforme a lei nº 12.403/2011, artigos 5º da constituição Federal e artigo 321 do código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade provisória. Espécies. Competência. Flagrante. Fiança e Finalidades.

ABSTRACT: *The present article emphasizes the provisional freedom with or without bail, discussing on the forms, in a broad sense, of provisional freedom. It exposes that the provisional liberty treats the substitution of the prison because it is reckless the maintenance of the defendant or defendant in the jail during the instruction and that to the magistrate when receiving the communication of which a person was arrested in flagrant, remaining in the jail because the police authority did not arbitrate, must verify that the requirements for pre-trial detention are met. It addresses the requirements and procedures for establishing the bond, reporting hypotheses of obligations assumed by the guarantor (under penalty of breaking the guarantee), restitution or refund of the Security, Bail Bond, species of provisional release, criminal bail purpose. Finally, indicates the type of appeal to be filed against a decision granting provisional release, pursuant to article 581, item V, of the CPP, and also reports how to proceed in case of rejection of the request for provisional release, according to Law No. 12,403 / 2011, Articles 5th of the Federal Constitution and Article 321 of the Code of Criminal Procedure.*

KEYWORDS: *Provisional Freedom. Species. Competence. Flagrant. Bond and Purposes*

¹ Aluna do Curso de Direito da Universidade Guarulhos

² Professor Orientador do Curso de Direito da Universidade Guarulhos



INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal em vigor trata expressamente apenas dos casos em que não são possíveis o pagamento de fiança e/ou liberdade provisória, o que acaba por gerar dúvidas sobre o assunto sendo,

portanto, necessário um estudo sobre esse assunto.

A Liberdade Provisória Com ou Sem Fiança é um instituto de Direito Processual Penal que concede liberdade, sob certas circunstâncias, ao réu que está na iminência de ser preso, ou foi preso, em flagrante, ou em decorrência de sentença de pronúncia, ou de sentença penal condenatória, mas que ainda não transitou em julgado. Os requisitos para concessão de liberdade provisória são aqueles elencados, em análise “a contrario sensu”, nos artigos 311 e 312 do CPP, ausente qualquer daqueles requisitos necessários para a manutenção da prisão cautelar, deve-se conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, a depender do tipo de crime.

A priori todos os crimes admitem liberdade provisória sem fiança, isto por que deve prevalecer o Princípio Constitucional da Inocência que diz que ninguém é culpado até que seja condenado por uma sentença penal condenatória transitada em julgado, então, a regra é a liberdade e deve ser respeitada sempre, entretanto, há diferenças conforme veremos a diante.

1. CONCEITO E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A liberdade provisória é instituto de benefício ao acusado que atenta contra as formas cautelares de prisão.

Segundo RANGEL⁶⁵:

“A Liberdade Provisória se funda no inciso LXVI do artigo 5º da Constituição Federal da República, e se caracteriza pela liberdade concedida pelo magistrado em caráter temporário. Desta forma, poderá o indiciado aguardar o julgamento em liberdade com ou sem o pagamento de fiança. Assim, o indivíduo acusado de ter cometido a infração penal não será recolhido à prisão, e se for, será posto em liberdade em seguida.”

O instituto da liberdade provisória tem como um dos objetivos resguardar os direitos constitucionais da liberdade individual, bem como evitar a prisão antes do

⁶⁵RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 13. Ed. Lumen Juris. São Paulo. 2007, p 112



trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que esta poderá ocorrer Com ou Sem o pagamento de fiança, a qual é uma garantia do cumprimento das obrigações do réu durante todo o processo penal, sendo também um direito inerente ao indivíduo previsto constitucionalmente.

A Liberdade provisória será concedida sem a fiança se a infração praticada for um crime de menor potencial ofensivo, conforme disposição do artigo 69, Parágrafo Único da Lei 9099 de 1995; se a pena aplicada à infração praticada não for de prisão ou se for, que esta não seja superior a seis meses, de acordo com o artigo 321 do Código de Processo Penal; vejamos:

“Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).”

A Liberdade concedida com o pagamento de fiança é a liberdade concedida ao réu mediante o pagamento de uma caução em dinheiro como uma garantia

de que este irá cumprir com suas obrigações processuais.

Há alguns crimes, porém, que são inafiançáveis conforme determina a Constituição Federal, quais sejam: os crimes de Racismo, Ação de Grupos Terroristas Armados e os Crimes Hediondos. Já o Código de Processo Penal, diz serem inafiançáveis os crimes punidos com reclusão e com pena mínima superior a dois anos. Também não será concedida fiança se o réu for reincidente em crime doloso; se em qualquer caso, for vadio; nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Deve-se ressaltar que conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se o agente cometer dois ou mais crimes cuja soma das penas mínimas for superior a dois anos, não será concedido o benefício da fiança, mesmo que separadamente as penas mínimas forem inferiores a este limite, conforme a Súmula 81, vejamos:

“Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.”

Em outros crimes como Lavagem de Dinheiro (Lei 9 613 de 1998), Crime Organizado (Lei 9 034 de 1995), Tortura (Lei 9 455 de 1997) e Tráficos de Entorpecentes



(Lei 11 343 de 2006) é proibida a concessão da Liberdade Provisória e por consequência não poderá fixar fiança.⁶⁶

2. LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA

2.1 Noção Geral: caução/garantia real

Nos termos do art. 334 do CPP, a fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

Têm legitimidade para fixar fiança: o Delegado (Legitimado Genérico-art. 322, caput, do CPP- cuja infração tenha pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos); o Juiz (Legitimado Genérico - art. 322, par. Único, do CPP-demais casos); autoridade presidente do auto de prisão em flagrante ou autoridade que determina a prisão ou a quem tiver sido requisitada a prisão (Legitimados Específicos - art. 332 do CPP)

2.2 Valor da fiança

O artigo 326 do Código de Processo Penal elenca Critérios de Fixação de fiança, vejamos:

“Art. 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.”

Já o art. 330, caput, Código de Processo Penal, traz como poderá ser custeada a fiança:

“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.”

Destina-se, conforme art. 336, § único, Código de Processo Penal, para o pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa.

Pagamentos de fiança: de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos (infração com pena privativa de liberdade máxima não superior a 4 (quatro) anos; de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos: infração com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos. Podendo, se assim for a situação econômica do preso, a fiança ser dispensada, reduzida até o máximo de 2/3

⁶⁶RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 13. Ed. Lumen Juris. São Paulo. 2007“



(dois terços) ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

2.3 Procedimento de Prestação de Fiança (arts. 331, 348 e 349 do CPP)

Se houver recusa ou omissão da autoridade policial na prestação de fiança, nos termos do art. 335 do Código de processo Penal: "o preso, ou alguém por ele, poderá prestar a fiança, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas".

Dos demais procedimentos da fiança: nos juízos criminais e delegacias de polícia, haverá um livro especial, com termos de abertura e de encerramento, numerado e rubricado em todas as suas folhas pela autoridade, destinado especialmente aos termos de fiança. O termo será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade e por quem prestar a fiança, e dele extrair-se-á certidão para juntar-se aos autos. O réu e quem prestar a fiança serão pelo escrivão notificados das obrigações e da sanção previstas nos arts. 327 e 328, o que constará dos autos. 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.⁶⁷

⁶⁷Disponível em <http://leonardomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/121940770/roteiro-liberdade-provisoria>, acesso em 22 de novembro de 2016

A regra constitucional estabelece liberdade como padrão, sendo a incidência da prisão uma excepcionalidade, só aceitável quando se fizer imprescindível, como acima mencionado.

Os julgados abaixo retratam as posições dos tribunais:

CONSTITUCIONAL –
PROCESSUAL –
PENAL –
LIBERDADE –
PROVISÓRIA –
FIANÇA –
PRESSUPOSTOS –
"Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a Lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" (CF, art. 5º, LXVI). – Ao preso em flagrante por crime punido com pena mínima de reclusão não superior a 2 anos, sem necessidade de prisão preventiva será concedida fiança, nos termos dos arts. 323, I, c/c o art. 324, IV, ambos do Código de Processo Penal. – Habeas-Corpus concedido. (STJ – HC 22083 – SP – REL.MIN. Vicente



Leal – DJU
25.08.2003 – p.
00375) LIBERDADE
PROVISÓRIA –
FIANÇA – ACUSADO
PRESUMIDAMENTE
POBRE –
APLICAÇÃO DO
ART. 350 DO CPP –
NECESSIDADE – Em
sede de liberdade
provisória mediante
fiança, é presumida a
pobreza do acusado,
que é modesto
auxiliar de serralheiro
desempregado,
defendido pelo pai,
devendo ser aplicado
o art. 350 do CPP,
pois se supõe não ter
como prover ao
próprio sustento, a
não ser com
dificuldades e, bem
por isso, não pode
desfaltar seus
minguados haveres
com custas e
despesas
processuais, como a
fiança. (TACRIMSP –
HC 352754/2 – 7ª C.
– Rel. Juiz Luiz
Ambra – DOESP
01.02.2000) Vários
julgados sustentam o
alegado, já que não
se trata de crime
hediondo, é
tecnicamente
primário, apesar de

estar desempregado
é trabalhador e tem
residência fixa (mora
com os pais).

“001620” – HABEAS
CORPUS – FURTO
QUALIFICADO –
PRISÃO EM
FLAGRANTE –
PEDIDO DE
LIBERDADE
PROVISÓRIA
MEDIANTE O
PAGAMENTO DE
FIANÇA –
POSSIBILIDADE –
ORDEM
CONCEDIDA – 1 – A
prisão do paciente
não se enquadra em
nenhuma das
hipóteses elencadas
no art. 323 do CPP,
bem como não
registra antecedentes
criminais, razão por
que é de se conceder
a liberdade provisória
mediante pagamento
de fiança. 2 – O
Supremo Tribunal
Federal pacificou o
entendimento de que,
“uma vez satisfeitos
os pressupostos
legais, a prestação de
fiança é direito do réu
e não faculdade do
juiz.” (TJAC – HC
03.000082-3 –
(2.383) – C. Crim. –
Rel. Des. Feliciano
Vasconcelos – J.



21.02.203) JCPP.
323

protetivas de
urgência. 68

De mesmo modo, conforme nos ensina Fernando da Costa Tourinho Filho:

A prisão preventiva, uma vez provada a materialidade delitiva e havendo indícios suficientes de autoria, presente uma das circunstâncias previstas no art. 312, só poderá ser decretado nos crimes dolosos: a) se punidos com reclusão; b) nos punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio, ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-las; c) se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvando o disposto no inc. I do art. 64 do CP, ou nos casos de violência doméstica, para garantir as medidas

3. LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA

A fiança consiste no pagamento de certa quantia ao Estado, para assegurar ao acusado o direito de permanecer em liberdade no decorrer do processo criminal. Contudo, revela-se necessário, no momento do seu arbitramento, considerar a sua situação econômica, a fim de que não seja cometida a injustiça de se conceder a liberdade apenas aos financeiramente abonados.

Consoante disposto no artigo 325, § 1º e seus incisos, do Código de Processo Penal, in verbis:

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

(...)

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

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

⁶⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Manual de Processo Penal – 13 ed. – São Paulo – Ed. Saraiva, 2010 pagina 677.



II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços);”

Em algumas situações a liberdade provisória será concedida obrigatoriamente, sem nenhuma imposição ao acusado, será ele posto em liberdade sem nenhuma imposição e constrangimento. Será cabível nos casos em que encaixem no art. 321 do CPP. São infrações cuja pena de multa é a única cominada e em infrações cujo máximo de pena privativa de liberdade, seja isolada, cumulada ou alternada, não ultrapasse três meses. O infrator permanece em liberdade durante a persecução penal por ser de pequena gravidade o delito cometido. Se o infrator é surpreendido em flagrante, a autoridade policial deverá lavrar o auto e em seguida liberá-lo, não o submetendo a nenhum compromisso, segundo o art. 309 do CPP. São excluídos desse instituto os que já tenham sido condenados por crime doloso com sentença transitada em julgado e venham novamente a praticar outro crime doloso, de acordo com art. 321 do CPP.

4. ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é classificada em obrigatória, permitida e vedada ou proibida por disposição legal, segundo CAPEZ:

“a) Obrigatória – é direito incondicional do acusado, ou seja, sempre deve ser concedida ao réu, no caso de ser crime que se livre solto, não pode ser

negado nunca. Ocorre no caso de a infração penal não ser punida com pena privativa de liberdade, quando o máximo de pena privativa de liberdade não exceder três meses (art. 321, inc. I e II do CPP) e, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo e o réu assumir o compromisso de comparecer à sede do juizado (art. 69 da LJE);

b) Permitida – nas hipóteses do acoimado ter cometido o delito sob o pálio de uma excludente de ilicitude ou não couber prisão preventiva (art. 310 do CPP), bem como havendo possibilidade de fiança (art. 322 do CPP);

c) Vedada ou proibida por disposição legal – ocorre quando o próprio acrescentou a possibilidade da obtenção da liberdade provisória sem fiança, não somente em casos de excludente de ilicitude, mas também quando não for cabível a prisão preventiva, arts. 312 e ss. do CPP. Assim, a principal classificação doutrinária é a liberdade provisória com ou sem fiança.”⁶⁹

5. FINALIDADE DE FIANÇA CRIMINAL

“A fiança paga por uma pessoa acusada criminalmente, segundo o Código de Processo Penal, é uma caução que serve para eventual pagamento de multa, de despesas processuais e de indenização no caso de sua condenação judicial transitada

⁶⁹In GOMES, Luiz Flávio. Reformas penais (IX): liberdade provisória. (Publicada no *Juris Síntese* nº 46 - MAR/ABR de 2004). 4 In CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 5ª edição. Saraiva: São Paulo: 2003, p. 235.



em julgado (definitiva). Após pagar a fiança ela passa a responder ao processo em liberdade, mas deve cumprir algumas obrigações.

Uma delas é o comparecimento perante a autoridade (delegado de polícia ou juiz) todas as vezes em que houver intimação para atos do inquérito ou do processo. Além disso, não poderá mudar de residência sem prévia permissão da autoridade ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência sem informar o lugar onde pode ser encontrada.

A autoridade que aplicá-la deve observar a gravidade do delito e a situação econômica do investigado. Quando o acusado comprovar que não tem condições econômicas para fazer o pagamento, a autoridade poderá conceder sua liberdade provisória, mas determinando o cumprimento das mesmas obrigações impostas a quem paga a fiança, como acima explanado.

Quando o processo é extinto ou concluído com a absolvição definitiva do réu, o dinheiro depositado como fiança lhe é devolvido com as devidas atualizações monetárias. No caso de condenação definitiva, a caução é utilizada para pagamento de multa, de despesas processuais e de indenização. Se restar alguma importância ela é devolvida ao condenado, igualmente com as atualizações monetárias.”⁷⁰

5.1 Da quebra da fiança

“Quando houver processo ou investigação em curso, a fiança será quebrada (anulada) quando o réu cometer o que segue: deixar de comparecer, após intimado, para ato do processo, sem motivo justo; deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; praticar nova infração penal dolosa (intencional); resistir injustificadamente a ordem judicial ou descumprir medida cautelar (restrição de direito alternativa à prisão, como, por exemplo, proibição de frequentar determinados lugares) imposta cumulativamente com a fiança.

A quebra injustificada da fiança importará na perda de metade do valor depositado, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva. Neste caso, deduzidas as custas judiciais e outros encargos a que o acusado estiver obrigado, o restante será recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), do Ministério da Justiça, responsável por repassar recursos e meios para apoio ao aprimoramento do sistema carcerário.

Por outro lado, o valor será perdido na totalidade se o condenado não se apresentar para início do cumprimento da pena definitivamente imposta. Neste caso, se houver sobra dos descontos de praxe ela também será recolhida ao Funpen.

Segundo o Código de Processo Penal, em nenhuma hipótese será concedida fiança nos casos de racismo, tortura, tráfico

⁷⁰ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80032-conheca-os-objetivos-e-a-destinacao-da-fianca-paga-pelo-acusado>, acesso em 22 de novembro de 2016.



de drogas, crimes hediondos, prisão civil (por não pagamento de pensão alimentícia) ou militar (disciplinar, administrativa ou judicial), delitos cometidos por grupos armados (civis ou militares), contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (tentativa de golpe, por exemplo). Também não terá direito o acusado que, em investigação anterior, tiver descumprido compromissos assumidos com as autoridades para se manter em liberdade.⁷¹

CONCLUSÃO

O instituto da liberdade provisória constitui assunto corriqueiro e de vital importância no Direito Processual Penal moderno, pautado em uma ótica garantista. O presente trabalho teve por objetivo dissertar, ainda que brevemente, sobre o tema liberdade provisória com ou sem fiança na tentativa de facilitar a sua compreensão. Para tanto, analisaram-se temas correntes em sede de liberdade provisória, tais como o seu conceito, espécies, o instituto da fiança, competência, inafiançabilidade dentre outros.

O artigo 5º, LXVI, da CF, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, combinado com o princípio da presunção de não culpabilidade, positivado no art. 5º, LVII, da Lei Maior.

Como vimos, qualquer crime admite liberdade provisória sem fiança, vez que

deve prevalecer o Princípio Constitucional da Inocência que diz que ninguém é culpado até que seja condenado por uma sentença penal condenatória transitada em julgado, então, a regra é a liberdade e deve ser respeitada sempre.

REFERÊNCIAS

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 13.ed, São Paulo: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Reformas penais (IX): **liberdade provisória**. (Publicada no Juris Síntese nº 46 - MAR/ABR de 2004). In CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 5.ed, Saraiva: São Paulo: 2003, p. 235. Realce-se, ademais, que a Lei Federal nº 6.416/77.

CABETTE, Eduardo L.S.; CABETTE, R.E.S. **Fiança, prisão preventiva e a matemática na Lei nº 12.403/11. Uma questão interdisciplinar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2933, 13 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acessado em: 16 dez. 2011.

GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento Policial: Inquérito e Termo Circunstanciado**. 10.ed, Goiânia: AB, 2004.

GOMES, Amintas Vidal. **Manual do Delegado – Teoria e Prática**. 6.ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁷¹ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80032-conheca-os-objetivos-e-a-destinacao-da-fianca-paga-pelo-acusado>, acesso em 22 de novembro de 2016.



GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coord.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2011.

MARCÃO, Renato. **Fiança: pagar ou não pagar? Eis a questão**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3067, 24 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acessado em: 16 dez. 2011.