



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE  
BARBACENA - FADI  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MARCELO MARTINS DE PAULA**

**LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA:  
UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA E ISONOMIA SOCIAL**

**BARBACENA**

**2016**

**MARCELO MARTINS DE PAULA**

**LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA:  
UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA E ISONOMIA SOCIAL**

Artigo Científico apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão

**BARBACENA**

**2016**

**MARCELO MARTINS DE PAULA**

Artigo Científico apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_/\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

Professor Esp. Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão  
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Professora Esp. Geisa Rosignoli Neiva  
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Professor Esp. Rafael Cimino Moreira Mota  
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

## **AGRADECIMENTOS**

Quero agradecer primeiramente a Deus por ter me dado sabedoria para vencer os obstáculos, força para seguir em frente e determinação para me manter no caminho certo, para que eu possa concluir esta importante etapa de minha vida. Sem Ele com certeza não teria chegado até aqui. Agradeço a minha mãe, Maria Celia, pelo amor e compreensão das inúmeras vezes que estive estressado devido à rotina de trabalhar e estudar, meu irmão Júlio Cesar, por sempre estar ao meu lado, me apoiando com palavras de incentivo e outras tantas razões, estamos juntos nesta caminhada, quero agradecer também a minha namorada por ter me incentivado com palavras otimistas e com gestos de carinho e respeito.

Agradeço a todos os professores que se fizeram presentes em alguma parte desta caminhada e ao meu professor e orientador Rodrigo Varejão, que me acompanhou nessa jornada, sempre me auxiliando e proporcionando ensinamentos jurídicos e de vida.

Agradeço aos amigos que conquistei ao longo desses cinco anos de faculdade, por compartilharmos a ideia de sonhar alto. Sou muito grato a vocês que acompanharam e vivenciaram de perto essa conquista, não foi fácil. Que Deus abençoe a todos.

## RESUMO

O presente trabalho aborda a liberdade provisória com fiança no processo penal brasileiro, observando os pontos negativos, analisando a aplicação desta ferramenta e a adequação dos direitos e garantias fundamentais que são previstos na Constituição Federal de 1988. Em especial, demonstrar que este instrumento processual não atende ao direito processual penal, e sim a determinado grupo de pessoas, que por sua posição social (poder aquisitivo) faz jus a este direito, que ao ser aplicado, deixa claro a sensação de impunidade na lei brasileira e apresenta um problema de desigualdade na aplicação da lei entre os indivíduos, rompendo um princípio constitucional. Com base neste problema, será apresentada uma solução a ser defendida nesta tese, que é a liberdade provisória sem fiança, uma questão de justiça e isonomia social. Com base no andamento processual sem obstáculos, serão apresentadas as medidas previstas em lei, no que tange o cerceamento da liberdade do acusado.

**Palavras-chave:** Liberdade provisória, Fiança, Direito do indiciado, Isonomia e Justiça Social.

## **ABSTRACT**

This paper addresses the parole with bail in the Brazilian penal process, noting the negative points and analyzing the application of this tool and the adequacy of fundamental rights and guarantees that are provided in the Constitution of 1988. In particular, demonstrate that this form of action does not serve the criminal procedural law, but a certain group of people, who by their social position (purchasing power) is entitled to this right, that when applied, makes clear the sense of impunity in the Brazilian law and presents an inequality problem in the application of the law among individuals, breaking a constitutional principle. Based on this problem, a solution to be defended in this thesis will be presented, which is the provisional release without bail, a matter of justice and social equality. Based on procedural progress without obstacles, the measures provided by law will be presented, regarding the restriction of freedom of the accused.

**Keywords:** Provisional Freedom; Deposit; Indicted Law; Isonomy and Social Justice.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. HISTÓRICO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. LIBERDADE PROVISÓRIA .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1. Liberdade Provisória com Fiança .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.2</b>
<b>2.2. Liberdade Provisória sem Fiança .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.3</b>
<b>3. MEDIDAS CAUTELARES .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.4</b>
<b>3.1. Medidas Cautelares sem Cerceamento da Liberdade .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.6</b>
<b>3.2. Prisão como Medida Cautelar .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.7</b>
<b>4. POLÍTICA CRIMINAL .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.9</b>
<b>5. PROBLEMAS MEDIANTE A APLICAÇÃO DA FIANÇA .....</b>	<b>20</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.2</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.4</b>

## INTRODUÇÃO

A importância do estudo deste tema revela um problema no tratamento desigual entre os homens perante a lei, ligado à classe social, salientando que, embora esteja previsto na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso LXVI, a liberdade provisória com fiança, sua utilização no sistema do processo penal não tem eficácia, gerando assim um tratamento desigual entre os homens na aplicação da lei, rompendo de fato com o princípio da igualdade descrito no caput do artigo 5º da Constituição Federal.

O problema maior é a desigualdade entre os homens quando comparados com as diversas classes sociais e perante a lei. Diante desta previsão, quando é imposta uma condição de pecúnia no Brasil, ao levar em consideração o desequilíbrio do poder aquisitivo entre as pessoas de diversas classes sociais, esta condição estará tratando de uma forma desigual os homens, dando privilégio deste direito a uma determinada classe social.

O tema que será apresentado mostrará a ineficácia da liberdade provisória com fiança diante do dever do Estado na manutenção da ordem pública. Além disso, serão apresentados também alguns instrumentos processuais previstos em lei para garantir que o Estado possa cumprir o seu papel.

A liberdade provisória com fiança deve ser analisada não somente na forma escrita da lei, mas como o direito no seu sentido amplo, devendo ser observado a sua aplicação no caso concreto, levando em consideração de que forma ela é aplicada nos diversos casos que ocorrem no cotidiano. Diante desta visão será possível observar sua ineficácia, que levará a percepção de uma forma privilegiada a poucos cidadãos no descumprimento da lei, frente ao contexto social.

Este tema não consiste em tirar o direito do indiciado, mas colocar todos eles em situação de igualdade perante a lei, seja qual for sua condição social. Para tanto, será apresentado condições legais para garantir sua liberdade no decorrer do processo quando este fizer jus a tal direito, sem que seja necessário fazer uso de custas pecuniárias da liberdade provisória com fiança. Trata-se do princípio da isonomia no processo penal, uma forma igualitária no tratamento entre os indivíduos perante a aplicação da lei.

## 1. HISTÓRICO

A fiança é um instituto antigo que teve sua utilização aos tempos do direito romano e que é aplicável até hoje. Em síntese, a fiança é um contrato acessório ao contrato principal, que garante ao credor o cumprimento da obrigação contratada.

No início, a fiança policial era aplicada com a concessão da liberdade feita mediante uma garantia, uma caução, que podia ser real (caução em sentido estrito, tendo por objeto um bem com valor economicamente apreciável) ou fidejussória (onde uma terceira pessoa garantia o cumprimento das obrigações exigidas ao réu). A primeira consistia em bens e a segunda em um compromisso pessoal.

O Estado, tanto em Atenas como em Roma, utilizou primeiro da fiança na modalidade de caução fidejussória, no que consistia na apresentação de fiadores, que assumiam a obrigação de apresentar o réu no dia do julgamento.

No Brasil-colônia (1500-1822), havia a concessão da liberdade por meio das Cartas de Seguro, e da palavra de fiéis carcereiros, onde estes se prestavam ao compromisso e garantia do comparecimento do réu ao julgamento. Era prevista também a fiança, como caução real prestada por fiador.

A fiança hoje tem a mesma finalidade desde sua criação, visando garantir a presença do acusado em todos os atos processuais, tendo em vista que este estará em liberdade no decorrer do processo. Diante do dever do Estado em garantir os direitos do indivíduo e não deixar de cobrar suas obrigações, a fiança tem como objetivo custear a execução do processo, pagar os prejuízos que a vítima sofreu e pagar a multa, caso esta venha ser aplicada na pena: “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.”<sup>1</sup>

Não se pode afirmar que a fiança criminal seja uma compra da liberdade, mas sim uma forma de garantir o cumprimento de atos processuais por parte do acusado, sob pena de perda patrimonial, caso esta fiança venha ser quebrada, sem que seja necessário o cárcere preliminar. No entanto, estudos revelam que este instrumento processual penal é, atualmente, encarado como uma fórmula para que o cidadão infrator se livre de penalidades imediatas diante de uma conduta criminosa.

---

<sup>1</sup> Lei 12.403/2011.

## 2. LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória no processo penal é uma regra, onde o indivíduo tem como garantia o direito de acompanhar o processo penal em liberdade, e na contra mão desta garantia o cerceamento da liberdade deste indivíduo, quando este não fizer jus ao direito de ir e vir. Esta regra obedece dois princípios constitucionais: a liberdade e a presunção de inocência, tendo em vista que o maior bem precioso é a vida; e a liberdade.

O artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”<sup>2</sup>.

A liberdade provisória no conceito de MIRABETE:

Porque pode ser revogada a qualquer tempo, salvo no caso de não ser vinculada, e ainda vigora apenas até o trânsito em julgado da sentença final que, se condenatória, torna possível a execução da pena e, se absolutória, transforma a liberdade em definitiva.<sup>3</sup>

Vale lembrar que a liberdade provisória não pode levar em equiparação o relaxamento da prisão, tendo em vista que, na liberdade provisória ocorreu um delito e que, através deste, o autor encontra-se preso, sendo esta prisão legal, mas, devido a sua condição pessoal perante a sociedade, este faz jus ao direito de responder ao processo em liberdade. Já no caso de relaxamento de prisão, este cidadão foi preso, porém a prisão está infringindo os princípios legais, sendo assim, este cidadão será posto em liberdade, sem que tenha que responder por este ato.

A liberdade é uma regra, mesmo quando o autor de um delito seja preso em flagrante. Assim, para que ocorra a manutenção de seu cárcere, a autoridade competente deverá observar se o autor enquadra na descrição do artigo 312 do Código de Processo Penal, que diz:

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.<sup>4</sup>

A liberdade provisória tem suas regras como todo ordenamento jurídico que, em determinadas situações, deve ser aplicada, mas em outras não, sendo que a autoridade competente não pode deixar de observar o delito e as condições pessoais do autor do delito.

De acordo com a doutrina há três espécies de liberdade provisória, são elas:

---

<sup>2</sup> Vade mecum, 2011, p.25.

<sup>3</sup> MIRABETE, 2000, p.402

<sup>4</sup> Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.

**\*Obrigatória:** que consiste no direito incondicional do acusado, não podendo ser negado e não se impõe qualquer condição a ele.

**\*Permitida:** quando ocorre nas situações em que não se admite a prisão, sendo ausentes os requisitos da prisão preventiva, podendo o magistrado impor condições ao acusado.

**\*Vedada:** não existe hipótese que proíbe a concessão de liberdade provisória, sendo considerada inconstitucional a lei que prevê a impossibilidade ao magistrado de conceder a liberdade provisória, podendo citar aqui o artigo 44º da lei 11.343/2006, que afirma que “os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”<sup>5</sup>

A Constituição Federal prevê em quais delitos não será aplicada a fiança, podendo citar aqui os crimes hediondos. Contudo, a própria constituição não prevê que tais crimes não poderão ser agraciados com a liberdade provisória sem fiança. Diante desta ótica e contra a inconstitucionalidade do artigo 44º da lei 11.343/2006, posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o julgado:

**TJ-RS – Habeas Corpus HC 70060148939**

**Ementa:** HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE **DROGAS**. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA **INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI DE DROGAS**. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. Paciente presa em flagrante pela prática, em tese, do delito de tráfico de **drogas**. O impetrante tece comentários acerca dos fatos, sustentando a inocência da paciente. Sustenta a **inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas**. Alega que o decreto preventivo não apresenta fundamentação idônea. Aponta a excepcionalidade da prisão cautelar e alega não estarem preenchidos os requisitos da prisão preventiva, bem como não estarem presentes os pressupostos da prisão cautelar. Sustenta que a prisão da paciente não se faz necessária sob os fundamentos expostos no **art. 312 do CPP**. 2. A vedação da concessão da liberdade provisória contida no **art. 44 da Lei de Drogas** foi declarada inconstitucional pelo STF no HC 104339, devendo a hipótese de decretação de a prisão preventiva ser analisada caso a caso. 3. Decisão que atende aos comandos constitucionais e legais, porquanto refere concretamente as circunstâncias fáticas que evidenciam a necessidade da custódia processual como garantia da ordem pública. Materialidade e indícios de autoria demonstrados. Precedentes. 4. Inexistência de constrangimento ilegal. **ORDEM DENEGADA**. (Habeas Corpus Nº 70060148939, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 16/07/2014).<sup>6</sup>

A liberdade provisória é o instrumento processual penal que garante ao acusado de acompanhar o processo penal em liberdade, até mesmo após a sentença que não tenha transitado em julgado, quando esta for passível de recurso, garantindo ao acusado o princípio da presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, que

<sup>5</sup> Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006.

<sup>6</sup> Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130478954/habeas-corpus-hc-70060148939-rs>. Acesso em 15 de junho de 2016.

diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>7</sup>.

## **2.1. LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA**

A liberdade provisória com fiança está prevista no artigo 5º, LXVI, da Constituição Federal de 1988, onde o acusado tem como direito responder todos os atos processuais em liberdade, não usufruindo desse direito se estiver enquadrado em alguma circunstância do artigo 312 do Código de Processo Penal. Contudo, após ser preso em flagrante delito, o acusado para fazer jus ao direito de responder o processo em liberdade, tem como um dos instrumentos processuais a liberdade provisória com fiança, sendo tal liberdade concedida através de um pagamento em dinheiro, ou em bens de valores que pode ser depositado, chamando assim de caução real, tendo em vista que no passado era utilizada também a caução fidejussória, que tinha como característica uma garantia pessoal, onde uma pessoa idônea garantia a presença do acusado nos atos processuais, sob sua responsabilidade, podendo ser apenada caso esta fiança fosse quebrada.

De acordo com DERMERCIAN e MALULY, essa liberdade tem duas finalidades: a primeira é a substituição do cárcere pela liberdade, mediante uma caução, ou seja, uma garantia, podendo ser em bens de valores ou dinheiro (artigo 330 do CPP); a segunda finalidade está ligada ao interesse do Estado em garantir a presença do acusado em todos os atos processuais, como também nas custas processuais, e no caso de condenação do réu, garantir a reparação do dano, e a multa se for aplicada.<sup>8</sup>

De acordo com a lei que trata da fiança, o valor pago pelo acusado ao Estado para garantir a sua liberdade provisória é utilizado para: custear os atos processuais, indenização do dano, prestação pecuniária e multa imposta como pena, como prevê o artigo 336 do Código de Processo Penal, onde esse pagamento também tem a função de garantir a presença do acusado em todos os atos processuais, tendo em vista que o mesmo se encontrará em liberdade.

Esta fiança poderá ser concedida tanto pela autoridade policial, quanto pela autoridade judicial, respeitando suas regras de acordo com o artigo 322 do Código de Processo Penal, que dispõe que a “autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

---

<sup>7</sup> Vade mecum, 2011, p.25.

<sup>8</sup> DERMERCIAN e MALULY, 2014, p.220.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.”<sup>9</sup>

Após o processo com sentença transitado em julgado, se o acusado for absolvido, o valor que foi pago na fiança será restituída ao mesmo, de acordo com o Código de Processo Penal em seu artigo 337º, que diz:

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.<sup>10</sup>

Na visão de MARCÃO (2014) e demais juristas, o acusado de crimes inafiançáveis recebe um privilegio previsto em lei, isto é, a liberdade provisória sem fiança. A visão do autor reflete a comparação de crimes cometidos, onde os crimes sujeitos à fiança são de consequência mais branda do que os crimes inafiançáveis, se comparados os delitos entre si e as penas previstas neles. Neste ponto de vista pode-se concluir que a lei não mantém a equidade na sua aplicação.

## **2.2. LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA**

A liberdade provisória sem fiança também está prevista no texto constitucional no seu artigo 5º, inciso LXVI. Este instrumento processual tem a mesma finalidade da liberdade provisória com fiança, porém sua aplicação é mais rígida, tendo em vista que a autoridade competente ao conceder tal liberdade sem fiança deverá impor ao acusado uma ou mais medidas cautelares. Tal instrumento processual abrange uma possibilidade maior de aplicação quando comparado com a liberdade provisória com fiança, diante do texto constitucional que prevê no artigo 5º, inciso XLIII, os crimes inafiançáveis. Assim, não será possível qualquer tipo de fiança para garantir a liberdade provisória ao acusado que estiver sendo processado pela prática desses delitos, o que não significa que não será concedido à liberdade provisória, porém, cabendo nestes casos à liberdade provisória sem fiança. A competência para conceder a liberdade provisória sem fiança foi dada somente a autoridade judicial, mas sempre após ouvir o Ministério Público, tirando de fato a possibilidade de a autoridade policial aplicar este benefício ao acusado.

Outras hipóteses que cabe a liberdade provisória sem fiança são as infrações penais que não se comine pena privativa de liberdade (artigo 283 do CPP), infrações de menor

---

<sup>9</sup> Lei 12.403/2011.

<sup>10</sup> Lei 12.403/2011.

potencial ofensivo, quando a parte se compromete a comparecer à sede do Juizado Especial Criminal (Lei n. 9099/95, artigo 69, paragrafo único), e nos casos em que o juiz verificar que o agente praticou o fato classificado em uma das excludentes de ilicitude.

Esta liberdade demonstra total respeito ao princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde para a aplicação deste instrumento processual, dependerá exclusivamente das condições pessoais do acusado perante a social, analisando sua conduta e seu histórico, não fazendo valer sua condição financeira no mérito de concessão da liberdade, demonstrando assim, uma forma clara de tratamento igualitário entre os homens.

### **3. MEDIDAS CAUTELARES**

No decorrer do tempo o direito vem evoluindo para acompanhar a sociedade em constante mudança, sendo que, uma das evoluções do direito que está intrinsecamente ligada ao direito penal e processual penal, é a aplicação da pena. No passado essas penas eram aplicadas de formas cruéis, não se falava em direitos do homem quando este infringia a lei. Com o passar do tempo foi se observando que tais penas aplicadas não estavam surtindo efeito na manutenção da ordem e na prevenção do delito. Sendo assim, observou a necessidade de mudança ao aplicar a lei.

Nas décadas de 1980 e 1990 começaram uma busca incessante em diminuir o rigor das penas. Tal ideia ganhou força em 1990, na Assembleia Geral da ONU, onde ratificou-se as Regras Mínimas das Nações Unidas de medidas não privativas de liberdade, na ocasião denominada como Regras de Tóquio, com o foco na precaução do delito e o cuidado com o cidadão infrator.

As medidas cautelares no ordenamento jurídico brasileiro ganhou força após a criação da Lei 9.099/95, que destacou as medidas cautelares a ser aplicadas, sem que seja necessário o cárcere do acusado, e também na criação da Lei 9.714/98, que regularizou as penas restritivas de direito, não sendo necessário a aplicação da pena privativa de liberdade.

É notório que, com o passar do tempo, o direito tem se preocupado com o direito do homem, principalmente com o cidadão infrator que, cada vez mais, vem adquirindo mais direitos. Diante desse cenário, uma denominação que ganhou força e que hoje se pronuncia com facilidade é o chamado “Direitos Humanos”, que garantem ao cidadão infrator a dignidade no tratamento sob a custódia do Estado. Observando o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988 e, tendo em vista que é um direito do homem manter-se em

liberdade no decorrer de um processo, criou-se a lei 12.403/11 que regularizou as medidas cautelares a ser aplicadas, reformando de fato alguns artigos do Código de Processo Penal.

A Lei 12.403/11 surgiu para reorganizar o ordenamento jurídico no que tange o processo legal e a garantia do homem em responder tal processo em liberdade, visto que ninguém poderá ser considerado culpado até uma sentença condenatória que transite em julgado. Sendo assim, esta lei enumerou diversas medidas cautelares que podem ser aplicadas ao acusado, sem que seja necessário restringir sua liberdade, ficando claro a garantia do princípio da liberdade e da presunção de inocência.

Estas medidas são tidas como regra, ou seja, sua aplicação não é meramente subjetiva ao princípio da vontade do magistrado, mas de acordo com o artigo 282º, caput da Lei 12.403/11, a autoridade ao aplicar quaisquer das medidas cautelares deverá observar dois princípios: necessidade e adequação.

De acordo com CAPEZ, estes princípios conceituam-se:

**Necessidade:** qualquer providência de natureza cautelar precisa estar sempre fundamentada no periculum in mora. Não pode ser imposta exclusivamente com base na gravidade da acusação. Maior gravidade não pode significar menor exigência de provas. Sem a demonstração de sua necessidade para garantia do processo, a prisão será ilegal.

**Adequação:** a medida deve ser a mais idônea a produzir seus efeitos garantidores do processo. Se a mesma eficácia puder ser alcançada com menor gravidade, o recolhimento à prisão será abusivo.<sup>11</sup>

No processo penal há vários tipos de medidas cautelares, compreendidas como obrigações impostas ao acusado no caráter de fazer ou não fazer, descrevendo assim qual a conduta que o indiciado deverá ter quando se encontrar em liberdade no decorrer do processo, e caso este venha desrespeitar esta medida, poderá o magistrado decretar a prisão preventiva, após uma análise a situação, tendo em vista que o cerceamento a liberdade, deverá ser imposta em último caso, devido sua gravidade.

No processo penal por via de regras, a garantia da liberdade é fundamental, tendo como direito do agente passivo responder o processo em liberdade, mas quando ocorre a prova da existência de um crime e indícios suficientes da autoria, o Código de Processo Penal, fazendo jus de seus poderes e com previsão legal no texto da lei 12.403/11, prevê que pode ser aplicada diversas medidas cautelares quando a conduta do imputado gerar uma situação de perigo, podendo ser imposta a ele até mesmo a prisão, ou seja, cerceamento de sua liberdade antes do trânsito em julgado do respectivo processo penal.

---

<sup>11</sup> CAPEZ, 2013, p. 356.

Essas medidas cautelares têm como objetivo fazer com que as investigações ou o processo sejam executados normalmente, sem qualquer adversidade que venha prejudicar seu andamento. Tais medidas implicam retirar do acusado seu direito em determinada situação, impondo a ele uma medida cautelar de caráter punitiva, para garantir seu dever frente a todos os atos processuais, mas sem a necessidade de punir o acusado com o cerceamento de sua liberdade, o que causaria um dano maior ao acusado. Todavia, em determinados casos, se a prisão preventiva for a medida adequada ela será aplicada, tendo em vista sua previsão legal.

### **3.1. MEDIDAS CAUTELARES SEM CERCEAMENTO DA LIBERDADE**

Diante da previsão legal de aplicar ao agente passivo em um processo penal uma medida cautelar para garantir o andamento dos atos processuais e, até mesmo no momento do inquérito policial, são previstas medidas que restringem o acusado de algum direito ou impõe a ele uma obrigação, sem se aplicar a prisão preventiva.

No texto da lei 12.403/11, seus artigos preveem que:

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.

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.<sup>12</sup>

E até mesmo quando houver a liberdade provisória com fiança, a autoridade judicial pode acumular a fiança com uma destas medidas cautelares.

---

<sup>12</sup> Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.

### 3.2. PRISÃO COMO MEDIDA CAUTELAR

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LXI, onde afirma-se que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, o agente passivo poderá ter sua liberdade cerceada até mesmo antes da sentença transitado em julgado, através de uma prisão preventiva que deverá ser fundamentada e concedida pela autoridade judiciária, autoridade esta competente para tal medida.

Tendo em vista que é de interesse do Estado executar o processo até que seja dada a sentença e que, após esta transitada em julgado, caso o acusado venha ser condenado, passando assim a pagar sua pena, seja ela por meio do cerceamento de sua liberdade ou por alguma outra espécie de pena, de acordo com a função do Estado em garantir que os atos processuais tenham sua execução de forma eficaz até a aplicação da pena, o texto constitucional prevê a prisão preventiva. O Código de Processo Penal regulamenta quais são estes tipos de prisão sem pena:

**\*Prisão em Flagrante** – esta prisão acontece quando o cidadão infrator comete um delito e no ato em que este delito se configura, ou até mesmo após ocorrer o delito em lapso temporal de sua conduta este infrator venha ser alcançado, ou seja, detido por alguém, este tipo de prisão está prevista no artigo 302 do Código de Processo Penal e seus incisos. Todavia esta prisão tem discussão doutrinária de que seria uma prisão pré-cautelar. Na visão de TORNAGHI “flagrante é, portanto o que está a queimar, e em sentido figurado, o que está a acontecer.”<sup>13</sup>

**\*Prisão Temporária** - esta prisão está ligada ao interesse de investigação do crime, tendo como pressuposto o pedido ser feito através de representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, ou seja, não pode ser realizada por meio de ofício de juiz, mas como todo instrumento processual, este também tem suas regras a ser observado: o crime é taxativo, constante em um rol de crimes violentos e o acusado tem que se enquadrar na situação de não ter residência fixa ou não ter fornecido dados suficientes para o esclarecimento de sua identificação.

**\*Prisão Preventiva Stricto Sensu** - a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase, seja do inquérito policial, seja no processo penal, até mesmo após uma sentença

---

<sup>13</sup> TORNAGHI, 1990, p. 48.

condenatória que caiba recurso. A prisão preventiva é uma prisão provisória, que tem os mesmo objetivos da prisão em flagrante e a temporária.

O poder judiciário adota tais medidas cautelares como ferramenta instrumental para garantir o desenrolar do crime, seja em fase investigatória ou processual, que consistem em obrigações de fazer ou não fazer impostas ao acusado quanto à privação de sua liberdade no direito de ir e vir. No entanto, seja qual for a medida cautelar aplicada, a autoridade competente deverá fundamentar tal aplicação, e as prisões cautelares deverão conter o *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, de acordo com o que dispõe o artigo 312º da Lei 12.403/11, que diz:

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).<sup>14</sup>

Tendo doutrinadores abordado o questionamento acerca da constitucionalidade de manter o acusado preso durante todo o processo penal, embora a lei preze pela liberdade do homem, o Estado não pode se eximir da responsabilidade em garantir a paz social, tendo em vista que tal medida cautelar – “a prisão” – está prevista no texto constitucional do artigo 5º, incisos XLIII e LXI, não há inconstitucionalidade quando o acusado venha a responder o processo sem que faça jus à liberdade provisória. Segundo o STJ, de acordo com a Súmula 9:

**Ementa:** PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. SÚMULA 9/STJ. LEGALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA. 1. Ao paciente que permaneceu preso preventivamente durante toda a instrução criminal não assiste o direito de apelar em liberdade, por se tratar de um dos efeitos da sentença condenatória a conservação do réu na prisão ( C.P.P. , art. 393 , inc. I ). 2. Não se conhece de habeas corpus impetrado com o objetivo de desclassificar o delito que resultou na condenação do paciente, tendo em vista que a via eleita não se mostra adequada para a análise de alegações que exigem o exame e valoração do conjunto fático-probatório. 3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada.<sup>15</sup>

#### 4. POLÍTICA CRIMINAL

<sup>14</sup> Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.

<sup>15</sup>

Disponível

em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=S%C3%9AMULA+9+%2FSTJ.+LEGALIDADE>. Acesso em 10 de junho de 2016.

O tema da monografia enseja uma passagem, ainda que rápida, pelas questões que envolvem os ditames de uma Política criminal, de tempos em tempos no Brasil.

De acordo com DELMAS-MARTY (1992), Política Criminal é “o conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”. Em outras palavras, a política criminal é o meio pelo qual a sociedade busca resolver um problema que atinge a todos cotidianamente, buscando uma resposta para solucionar tal problema.

O direito é a tutela de um bem que ganha proteção jurídica após relevante apressamento pela sociedade, uma vez que o direito penal é a tutela mais forte que o Estado tem para garantir a integridade deste bem, e suas medidas são pautas pelo clamor do povo, que atenderá estas necessidades através de uma política criminal.

Levando-se em consideração que a sociedade está em constante mudança e que, com essas mudanças o direito também sofre alterações necessárias para que ocorra uma forma equilibrada nas garantias e deveres do indivíduo, a Política Criminal é o fator essencial para a aplicação das mudanças do direito com equilíbrio.

No decorrer dos anos o direito na seara penal obteve diversas mudanças para acompanhar a sociedade e sua evolução, podendo ser citadas algumas leis como:

- Lei 9.099/95 que foi criada com objetivo de desafogar o sistema judiciário, dando mais celeridade aos processos, criando os chamados Juizados Especiais, responsáveis para julgar os casos de crimes de menor potencial ofensivo.
- Lei 11.340/06, denominada lei Maria da Penha, que apresenta mecanismos para coibir a violência doméstica, criada após uma busca incessante de garantir para as mulheres uma proteção do Estado contra a violência sofrida no âmbito familiar.

De acordo com as leis citadas acima, é notório o papel importante da política criminal no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, através dessa forma de política, observou-se a necessidade de criação de leis que regulamentassem as condições para manter-se preso o cidadão infrator antes de se obter uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

De acordo com tal necessidade, o legislador criou a Lei 12.403/11, que aborda várias medidas cautelares que podem ser aplicadas ao acusado sem que seja necessário puni-lo com a prisão antes da sentença condenatória, dando assim ao indivíduo o direito à liberdade e à presunção de inocência ao decorrer do processo, tendo em vista o grave problema no sistema judiciário brasileiro, “o tempo processual” para que se tenha uma sentença, e levando-se em

consideração as condições críticas do sistema prisional – como a lotação, por exemplo–, estas medidas aplicadas corretamente acarretaram em certo alívio a este problema.

Nesse sentido, a questão da fiança também se amolda a questões de política criminal, pois nos crimes que couber fiança o indivíduo se virá livre do cárcere, respondendo o processo em liberdade. Contudo, é necessário que haja força financeira preponderante nesse indivíduo para se valer de tal artifício legal, momento este em que a lei não mantém seu equilíbrio, sendo o benefício concedido a uma determinada classe social, tratando assim de forma desigual os homens perante a lei ao aplicar a liberdade provisória com fiança.

## **5. PROBLEMAS MEDIANTE A APLICAÇÃO DA FIANÇA**

Na ótica da lei, em sua forma escrita, foi brilhante a ideia do legislador, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 prevê que ninguém poderá ser mantido preso sem que haja uma sentença condenatória transitado em julgado. Contudo, no Brasil qualquer tipo de assunto em que é colocado como fator uma aplicação de pecúnia, apresenta-se o tratamento desigual entre as pessoas, tendo em vista a grande diferença social que se encontra no país. Esta desigualdade quando colocada na legislação, confronta-se diretamente com a Constituição Federal, que prevê em seu artigo 5º, caput:

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.<sup>16</sup>

Se comparar a lei que disserta sobre a fiança e sua aplicação no processo penal, nos casos que ocorrem todos os dias, será observada que a lei não respeita o princípio da Igualdade previsto no artigo 5º caput, da Constituição Federal de 1988. Podendo citar inúmeros casos que ocorrem esta inconstitucionalidade, basta recordar de algum caso que tem como autor um sujeito de condição financeira elevada que, por exemplo, ao conduzir embriagado seu veículo, se envolve em um acidente que, muitas vezes leva alguma vítima a óbito. Diante desta situação temos também aquele cidadão (autor) de condições precárias que tem seu veículo muitas das vezes financiado, que possui pouca renda, se envolve no mesmo tipo de acidente. Diante da lei ambos devem pagar por suas condutas, mas antes que se tenha a sentença, estas pessoas terão tratamento diferenciado pela lei processual penal, embora seja rompido o princípio da igualdade. Este fato ocorre todos os dias e em diversos delitos.

---

<sup>16</sup> Vade mecum, 2011, p.21.

Muitos doutrinadores discutem se a prisão como medida cautelar não estaria sendo inconstitucional, devido ao fato de ter um caráter punitivo sem que haja o devido processo legal. Todavia, nada se refere à fiança, como um instrumento processual inconstitucional. Embora o direito tenha evoluído para garantias fundamentais do homem e sua dignidade como pessoa, ele se mostra frágil ao comparar as diversas classes sociais que se apresentam no país e ao conceder tal direito, não respeitando assim, o princípio da igualdade.

Outra forma inconstitucional que se apresenta na fiança está ligada ao procedimento adotado para com este bem/valor que é pago como a caução. De acordo com previsão da Lei, esta caução real é utilizada, dentre outras aplicações, para custear o processo penal. Com tal utilização do bem/valor, o acusado não tem a possibilidade de fazer uso fruto daquele bem que, embora concedido pelo Estado para garantir sua liberdade durante o processo, ainda lhe pertence até que o processo tenha sua sentença condenatória transitado em julgado. Contudo, o Estado ao aplicar a fiança vai a desacordo com a previsão legal do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Vade mecum, 2011, p.25.

## CONCLUSÃO

Diante de todas as informações analisadas, conclui-se que, ao se aplicar a liberdade provisória com fiança não é respeitado o princípio da igualdade entre os indivíduos. Como se não bastasse esta inconstitucionalidade, pode-se observar que a fiança ao ser aplicada em diversos delitos representa a certeza de impunidade para aquele que faz jus a este benefício, mostrando assim que o dinheiro no Brasil resolve tudo, principalmente para aquele que o possui. Assim, diante de tal conjuntura, o indivíduo que não possui condições financeiras elevadas sentirá na pele todas as medidas coercitivas da lei.

Mas será que a revogação da fiança trará algum prejuízo tanto para o Estado quanto para o indivíduo? O direito brasileiro é muito amplo, tanto em seu texto constitucional quanto nas suas leis ordinárias, extravagantes e especiais, onde são previstos ordenamentos jurídicos que dão ao Estado o poder para garantir a aplicação processual, e quanto ao indivíduo de fazer jus aos princípios da liberdade, presunção de inocência e igualdade.

A fiança no processo penal, com toda sua legislação quanto à forma de ser exigida e empregada, não tem eficácia na sua função, uma vez que o fato do indivíduo pagar a fiança não garante que o mesmo comparecerá em todos os atos processuais. O valor arrecadado pela fiança, mesmo que suficiente para custear o processo, caso o acusado seja absolvido, será ressarcido. Dessa forma, fica claro o tratamento desigual entre os homens na aplicação da lei, quando você apresenta perante a justiça dois autores com condições financeiras distintas.

A ausência da fiança no ordenamento jurídico penal não trará prejuízos ao Estado nem tão pouco ao indivíduo, basta observar que, nas penas previstas em lei existem inúmeros delitos que trazem a aplicação de multa, podendo ser acumulados ou não. Se o processo tem seus gastos, eles podem ser pagos com uma sentença condenatória que, junto à pena de detenção ou reclusão, aplica-se também uma multa equivalente à custa processual. Quanto ao interesse do Estado de garantir a eficácia do processo até a aplicação da pena, este faz jus das medidas cautelares, que por sua vez pode ser imposta ao acusado de acordo com sua condição pessoal perante a lei. No que tange o direito e interesse do acusado em responder o processo em liberdade, este tem uma gama maior de possibilidades, levando-se em consideração que para a justiça manter alguém preso sem o trânsito julgado de uma sentença condenatória, deverá observar o artigo 312 do Código de Processo Penal. Caso este artigo não seja respeitado, o acusado terá em suas mãos vários instrumentos processuais para exigir sua

liberdade, sendo eles: a liberdade provisória sem fiança, do recurso em sentido estrito, do relaxamento da prisão e do habeas corpus.

Após este estudo fica claro que a fiança imposta no processo penal apresenta um caráter de impunidade e que a garantia deste direito é direcionada à classe social de poder aquisitivo maior.

Que o Estado respeite o princípio da liberdade, mas que não deixe de aplicar o princípio da igualdade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce (organização), *Vade Mecum*, 12. ed. São Paulo: RIDEEL. 2011.

AURY, Lopes Jr. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Diogo Evangelista; SANTANA Isael José. *Breve estudo sobre a política criminal na atualidade e os constantes riscos de violação aos direitos humanos*. Disponível em: [http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=9001&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9001&n_link=revista_artigos_leitura). Acesso em 16 de junho de 2016.

BRASIL, **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 16 de junho de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, **Lei nº 12.403/2011**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm). Acesso em 14 de junho de 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Rio de Janeiro: REVAN, 1992.

DERMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*, 9 ed. Rio de Janeiro: FORENSE.

FINGER, Julio Cesar (rel). *TJ-RS - Habeas Corpus : HC 70060148939 RS*. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130478954/habeas-corpus-hc-70060148939-rs>. Acesso em 15 de junho de 2016.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato, *Curso de Processo Penal*, 1. ed. São Paulo: SARAIVA, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: ATLAS S.A. 2000.

NEVESA, Paulo Maurício Serrano; SOUZA FILHO, Wandirley Rodrigues; ZANELLATI, Fabrício Casagrande. *Sobre as novas regras para a fiança criminal*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/1181146/fianca-criminal---restituicao>. Acesso em 16 de junho de 2016.

QUEIROZ; Pedro Ivo Leite; LIRA, Daniel Ferreira; COSTA, Hertha França. *As medidas cautelares processuais penais e a novel sistemática processual penal: uma análise da Lei nº 12.403/2011*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=12153&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=12153&n_link=revista_artigos_leitura). Acesso em 16 de junho de 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÚMULA 9 /STJ. LEGALIDADE. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=S%C3%9AMULA+9+%2FSTJ.+LEGALIDADE>. Acesso em 16 de junho de 2016.

TORNAGHI, Helio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.