

A APLICAÇÃO DA FIANÇA PENAL

João de Mesquita Laux¹
Jorge Roberto Krieger²

SUMÁRIO

Introdução; 1 Conceito e histórico; 2 Do princípio da dignidade da pessoa humana; 3 Do princípio da presunção da inocência; 4 Do princípio da razoabilidade; 5 Aplicabilidade da fiança; 5.1 Liberdade provisória 5.2 Fixação da fiança pela autoridade policial; 5.3 Fixação da fiança pela autoridade judicial; 6. Dos crimes Inafiançáveis; 7. Da quebra e do perdimento da fiança; Considerações finais; Referência das fontes citadas.

RESUMO

O presente Artigo Científico é fruto de um estudo sobre a aplicação da fiança penal diante das alterações trazidas pela lei 12.403/11, que trouxe significativas mudanças nesse, até então, esquecido instituto do Direito Processual Penal. Foi dada uma especial atenção à fiança dentro de uma ótica constitucional, já que a lei que a alterou é de 2011, enquanto o Código de Processo Penal é do ano de 1941, devendo então ser interpretada em fiel respeito aos princípios e garantias trazidos pelo Texto Constitucional de 1988, que assegura, com grande ênfase, a dignidade da pessoa humana e a liberdade do indivíduo.

Palavras-chave: Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da Presunção da inocência. Fiança. Vítima.

INTRODUÇÃO

As alterações trazidas pela lei 12.403/11 à prisão, à liberdade provisória e à fiança são alterações de grande relevância ao Código de Processo Penal, já que a última alteração trazida a esse respeito data de 1977 com a lei 6.416. Há 35 anos que os operadores do direito atuavam com o mesmo regramento, sendo que é inegável a evolução social sofrida pelo Brasil desde então, trazendo consigo novos desejos e anseios, sendo que o antigo ordenamento já não mais supria essa necessidade.

A lei 12.403/11 trouxe novo vigor ao instituto da fiança, ampliando as hipóteses de concessão pela autoridade policial, facilitando sua aplicação pelo juiz,

¹ Acadêmico do 8 período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí, Campus Balneário Camboriú (SC). E-mail: joaodemesquita@gmail.com

² Professor da Univali.

que pode cumulá-la com outras medidas cautelares para garantir o ideal andamento do processo.

Por se tratar de uma alteração recente, torna-se indispensável um estudo doutrinário sobre as mudanças ocorridas em relação ao ordenamento anterior, e de que forma já se pronunciaram os tribunais superiores sobre o referido tema.

Em simples análise ao texto legal, vê-se que, diferentemente do texto anterior, o atual foi desenvolvido de forma a respeitar um processo penal constitucional, priorizando o respeito a importantes princípios, como o da dignidade da pessoa humana e da presunção da inocência.

1 CONCEITO E HISTÓRICO

A palavra fiança, etimologicamente, tem origem nas expressões latinas “fidare” ou “fidere”, que significam fiar-se ou confiar a alguém. Analisando sua origem histórica, conforme sua etimologia, vê-se que originariamente se tratava de uma garantia pessoal, a chamada “fiança fidejussória”, ou seja, não envolvia a garantia por meio de bens, e sim por um compromisso pessoal de não se ausentar do processo criminal.

A fiança, nesse sentido, funcionava de forma semelhante à fiança fidejussória do direito civil, tendo origem no direito Romano, que consistia na apresentação de fiadores, que assumiam a obrigação de apresentar o réu no dia do julgamento.

Ainda no Brasil Imperial era admitida a fiança como comprometimento pessoal, mas também já existia a fiança real. No Código de Processo Penal Imperial, existiam algumas formas de fiança, como exemplo as “Cartas de Segurança”, que consistiam em uma promessa feita ao juiz, mediante algumas condições, de que este se livraria da prisão até a solução do processo; a “Homenagem” ou “Menagem”, ainda hoje existente no Direito Penal Militar, onde a liberdade durante o processo era garantida a certas classes (juízes, doutores, militares etc...), desde que estes não se ausentassem de suas residências. Neste código também já era prevista a fiança como atualmente ela é conhecida.

Na verdade, atualmente, o termo utilizado, “fiança”, não é o mais acertado, já que o que vigora hoje é uma caução real, pois já não é mais possível a prestação de fiança pessoal. Como essas mudanças, de caução pessoal para caução real,

foram ocorrendo de forma gradual, e de forma que nem sempre a técnica legislativa é correta, continuou-se a utilizar o termo fiança para designar essa caução real no processo criminal como homenagem a tradição.

Paulo Rangel³, ensina com exatidão o real significado de fiança:

Fiança é espécie do gênero caução. Caução, portanto, pode ser real ou fidejussória. A caução real consiste na entrega de valores (dinheiro, jóias, bens imóveis, títulos da dívida pública, pedras, objetos ou metais preciosos-330 do CPP) feita pelo autor do fato, ou por terceira pessoa em seu favor, para que possa elidir o efeito coercitivo do ato prisional, defendendo-se de eventual (ou atual) acusação em liberdade.

A caução fidejussória, tecnicamente, é a obrigação acessória que terceira pessoa assume em nome do dever pelo cumprimento, total ou parcial, de uma obrigação a que este esta sujeito, caso não cumpra ou não possa cumpri-la. É a tradição ou a ausência de técnica que faz com que o legislador processual penal pátrio chame de fiança o que na verdade, é uma caução real.

Nucci⁴ conceitua fiança da seguinte forma:

Trata-se de uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso do processo criminal.”⁵

Tourinho Filho⁶ acrescenta que, além de ser uma garantia real que assegura o cumprimento das obrigações de quem foi posto em liberdade,

ela também visa assegurar, no caso de condenação, o pagamento das custas da satisfação do dano *ex delicto* e eventual multa

Deve-se acrescentar que, sendo o réu absolvido, o dinheiro pago como fiança será corrigido monetariamente e devolvido ao réu.

2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da dignidade da pessoa humana, listado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em nossa Constituição Federal, não

³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. p. 820.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ªed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 685.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ªed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 683

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol.3.31ªed. São Paulo: Saraiva,2009.p.721.

se trata apenas de um princípio do processo penal, e sim uma base, um fundamento, o meio e o fim para a construção da sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado de difícil caracterização ou conceituação, mas de fácil percepção a sua violação e desrespeito. De forma simplista, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é o respeito que se deve ter pelo indivíduo pelo simples fato de ele ser humano, sendo então inerente a sua simples existência, distinguindo-o das demais criaturas.

Em uma conceituação dada por Wolfgang Sarlet⁷, o Mestre ensina que:

[...] desde o pensamento clássico, há certo consenso de que a dignidade humana é valor intrínseco da pessoa humana, irrenunciável e alienável, elemento qualificador do ser humano, que dele não pode ser destacado, ou seja, qualidade integrante e irrenunciável da condição humana que deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada nem constituída, pois é algo inerente ao ser humano.

Importante frisar, como salienta o citado autor, que não é correto falar em um direito fundamental à dignidade humana, mas sim que os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, e que desta extraem também direitos fundamentais autônomos. Todavia, a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana não pode ser concedida pelo ordenamento jurídico.

Segundo a doutrina alemã atual, “de acordo com a fórmula-Objeto de Dürig, considerada atualmente como a mais convincente para a compreensão do Art. 1º inciso I da Lei Fundamental Alemã, a dignidade humana é atingida quando a pessoa humana se torna mero objeto do agir estatal. Alerta ainda que o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao dar concretização a esta fórmula, assinalou que “se viola a dignidade quando o ser humano é exposto a um tratamento que coloca em dúvida a sua qualidade de sujeito”⁸

Analisando esta conceituação, percebe-se que ela se conjuga também com o constitucionalismo pátrio, que em seu Art. 5º, inciso III dispõe :

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.2007 p.88

⁸ KLOPFER, Michael. **A Vida e Dignidade da Pessoa Humana**. Tradução: Rita DostalZanini. In: Dimensões da Dignidade.(Ingo Wolfgang Sarlet: organizador) 2009, p.164.

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;⁹

Desta forma, a dignidade humana, alcança a todos, independente de sexo, etnia, religião, idade, incluindo-se também o nascituro e a personalidade após a morte. Mesmo os criminosos que tenham praticados os atos mais cruéis e desumanos não podem ser privados de sua dignidade, mas sim de sua liberdade, sendo inadmissíveis penas que venham a atingir sua dignidade e por consequência sua própria humanidade, justamente o inverso do cotidiano carcerário no Brasil, onde as prisões mais parecem calabouços medievais, celas superlotadas, presos subalimentados e doentes, e a população já anestesiada com tal situação vê a vingança como o real objetivo da pena.

O conceito dado por Sarlet,¹⁰ sintetiza o que seria este princípio:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

3. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência foi primeiramente positivado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 9º dizia:

Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.¹¹

⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 17 de ago. de 2012.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.2007. p. 62.

¹¹ Disponível em: <http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/tratados/1789homem.htm>, acessado em 24/08/2012.

Princípio este que também foi consagrado no ordenamento constitucional, em seu art. 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É de fundamental importância o estudo deste direito fundamental dentro da ótica de um direito processual penal constitucional, e seus reflexos em diversas fases processuais.

Diferente do que ocorria em séculos passados, principalmente nos Tribunais da Inquisição, onde vigorava o princípio da culpabilidade e a ausência de prova era considerada uma semi-prova, cabia ao réu provar sua inocência, no nosso ordenamento atual, cabe exclusivamente ao Ministério Público fazer as alegações e provas de culpabilidade do indiciado, trazendo ao processo todos os fatos sobre o acusado, sendo eles negativos ou positivos.

Segundo Fernando Capez¹², o princípio da presunção da inocência desdobra-se em três aspectos:

A) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; B) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado se houver dúvida; C) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade de prisão processual.

Pode até soar estranho, mas na realidade, o direito a presunção da inocência é, na verdade, o um direito de ser acusado. Mas de ser acusado de forma legal, correta e pela autoridade competente, devendo esta sim provar a culpabilidade do acusado, e não o acusado a provar sua inocência, como ocorria em um passado não tão distante.

Assim vem sendo conceituado pelo STF¹³:

O STF firmou entendimento sobre o tema, determinando que “nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei n. 88 de 20.12.1937, art. 20, no. 5)” (HC nº73.338/RJ – RTJ 161/264)

¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012. p.83

¹³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 17 de ago. de 2012.

Aury Lopes Jr ¹⁴ considera a presunção da inocência como sendo o princípio reitor do processo penal, e em última análise, podendo observar a qualidade do sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).

BECCARIA¹⁵, em sua grandiosa obra 'Dos Delitos e Das Penas' já em 1764, escreveu: "Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado os pactos com os quais estivera de acordo."

A presunção da inocência impõe, na realidade, um dever de tratamento, o direito que o acusado tem de, não importando os fatos a ele imputados, ser tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. E ser assim tratado não só dentro do processo, mas também na sociedade, sem o expor a tratamentos degradantes a sua imagem, honra e privacidade.

Dessa forma, é fácil constatar que no ordenamento jurídico pátrio a regra é a liberdade, e não a prisão, sendo quase que inadmissível expor o acusado aos males do cárcere antecipadamente, a não ser em casos de extrema necessidade.

4. DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

"As medidas cautelares, entre elas a fiança, situam-se em uma área de tensão entre os direitos individuais de liberdade e o interesse comunitário de repressão aos delitos".¹⁶ Dentro dos princípios aplicados à fiança, talvez este seja o principal. É com base nele que o juiz determina se aplica ou não a fiança e o seu valor, não sendo razoável a aplicação da prisão preventiva se ao final do processo o réu, mesmo que condenado, não seja privado de sua liberdade.

Por influência do direito alemão, no Brasil, o princípio da razoabilidade possui uma trílice caracterização, como bem conceituou André Nicolitt¹⁷:

[...] seus requisitos seriam (A) **adequação**, isto é, exigência de que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a alcançar os objetivos pretendidos; (B) **necessidade ou exigibilidade**, que impõe a verificação da existência de meio menos gravoso para que alcance dos fins almejados; (C) **proporcionalidade em sentido estrito**, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício

¹⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Lume Juris, 2011. p. 177

¹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2 ed, Leme/SP, CL EDIJUR. 2012. p.38.

¹⁶ NICOLITT, André. **Lei nº 12.403 e o Novo Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2011. p. 33.

¹⁷ NICOLITT, André. **Lei nº 12.403 e o Novo Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2011. p. 33.

trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.

A partir do novo ordenamento processual penal, foi permitido ao juiz, arbitrar a fiança entre o valor de 10 a 200 salários-mínimos, podendo, conforme a condição financeira do acusado, ser diminuída em 2/3 ou aumentada em até 1000 vezes, chegando ao valor aproximado de 109 milhões de reais. O juiz, possuindo esta liberdade de arbitrar valores, deve observar o princípio da razoabilidade, para que a fiança seja aplicada conforme seu objetivo, de garantia real, de caução penal, para que o acusado compareça em todos os atos em que for intimado.

Neste sentido, explica Neemias Moretti Prudente¹⁸:

Temos que destacar que o Brasil é um país pobre. O arbitramento de fiança não pode ser imposto em montantes que a tornem inacessível. Se os magistrados exagerarem na graduação do valor vão inviabilizar o instituto da fiança(em SP, em 95% dos casos, as pessoas não tem condições de pagar e continuam presas). A imposição de valor em um *quantum* inacessível ao acusado equivale a negar-lhe a fiança. Não pode o magistrado querer denegar a liberdade mediante pagamento de fiança. Não podendo pagar o acusado, ficará preso. Tem que se haver o equilíbrio e o bom senso do magistrado.

Conforme exposto pelo mesmo autor, convém citar, a título exemplificativo, valores que vem sendo arbitrados em diversos casos:

Juiz Marcelo Cerveira Gurgel, da 2 Vara Criminal de Itabaina (SE), fixou em R\$54, 5 milhões o valor de fiança de um homem preso por porte ilegal de arma, sendo que este comprovou que recebe R\$ 2.000,00 por mês e que sua mulher esta grávida de 7 meses. Juiz Nelson Augusto de Souza, da 3 Vara Criminal de Campinas, arbitrou em R\$ 10,9 milhões a fiança de empresário investigado por suposta formação de cartel. Em julho, na cidade de São Paulo, o motorista de um veículo Porsche pagou R\$300mil de fiança após se envolver em um acidente que matou uma advogada que conduzia outro veículo.¹⁹

Vê-se, nos casos expostos, que não foi observado pelos magistrados o princípio da razoabilidade, já que o arbitramento da fiança em tais valores, sabendo que o réu não será capaz de depositá-los é, na prática, uma forma mascarada de se

¹⁸ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória: Comentários à Lei n 12.403/11**. Publicado em Revista SINTISE Direito penal e Processual Penal V. 14 Fev-Mar 2011. Porto Alegre, p. 85

¹⁹PRUDENTE, Neemias Moretti. **Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória: Comentários à Lei n 12.403/11**. Publicado em Revista SINTISE Direito penal e Processual Penal V. 14 Fev-Mar 2011. Porto Alegre, p. 85

decretar a prisão preventiva, sem que ao menos sejam atendidos os seus requisitos, ou que haja fundamentação do juiz ao decretar tal medida.

A lei 12.403/11, ao alterar o artigo 282, consagrou este princípio, ainda que implicitamente, ao asseverar que na aplicação das medidas cautelares (dentre elas a fiança), deve-se observar a ‘necessidade’ de aplicação e ‘adequação’ da medida e a gravidade do crime, como se verifica a seguir:

Art. 282 As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se:

I-**necessidade** para aplicação da lei penal[...]

II - **adequação** da medida à gravidade do crime[...]²⁰

Percebe-se que necessidade e adequação são elementos formadores do princípio da razoabilidade, junto com a proporcionalidade em sentido estrito, previsto no Art. 326, *in verbis*:

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 o final do julgamento.

Assim sendo, qualquer desrespeito ou aplicação não razoável da fiança vai de encontro às alterações previstas pela lei 12.403/11, sendo que nos exemplos expostos, chega a haver discordância com o princípio da presunção de inocência, se tornando na verdade uma antecipação de pena.

5 APLICABILIDADE DA FIANÇA

Pode-se desta forma, caracterizar a fiança criminal como um instrumento que assegura o comparecimento do acusado ao processo, e ao mesmo tempo, não veda a sua liberdade antes da sentença condenatória, nem o expõe ao convívio com indivíduos de maior periculosidade, envolvidos com delitos mais graves ou crime organizado. O Art. 319, VIII, delimita os objetivos da aplicação da fiança da seguinte forma:

²⁰BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - Código de Processo Penal**. Disponível em: <[HTTP://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 17 de ago. de 2012.

Art. 319. 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;²¹

5.1 Liberdade provisória

Diante da nova realidade trazida pela Lei 12.403/11, que aumentou de forma considerável o rol de medidas cautelares diversas da prisão, dentre elas a fiança, a liberdade provisória pode ser tratada sob dois aspectos: a liberdade provisória vinculada mediante fiança e a liberdade provisória vinculada sem fiança.

Num primeiro momento, analisando-se o texto do artigo 321 do CPP, vê-se que ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal), deve o juiz, aplicando ou não uma ou mais medidas cautelares, conceder liberdade provisória. Logo, não se trata de uma faculdade do juiz, já que este deve conceder a liberdade quando ela for cabível.

A concessão da liberdade provisória atende a diversos princípios constitucionais, entre eles, o da dignidade da pessoa humana e o da presunção da inocência, já que, mesmo em caso de prisão em flagrante delito, a culpabilidade do agente só será verificada ao final do processo, em sentença penal condenatória transitada em julgado, devendo durante toda a ação o agente ser tratado como inocente e permanecer em liberdade.

O Código de Processo Penal enumera as hipóteses de liberdade provisória, assim elencadas: liberdade provisória vinculada sem fiança, liberdade provisória com ou sem medida cautelar, liberdade provisória sem fiança em caso de miserabilidade jurídica com ou sem medida cautelar, e a liberdade provisória mediante fiança, que é o foco do presente estudo.

5.2 Fixação Da Fiança Pela Autoridade Policial

Primeiramente, deve-se atentar que esta é a única medida cautelar que a autoridade policial está autorizada a arbitrar. Alguns doutrinadores, entre eles, Paulo

²¹ BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - Código de Processo Penal**. Disponível em: <[HTTP://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 17 de ago. de 2012.

Rangel²², defendem uma maior autonomia da autoridade policial, com o argumento que se existe a possibilidade, mesmo em caso de crimes leves, aplicar a fiança, obrigando o indivíduo a dispor deste valor, existe também a possibilidade de ser aplicada outra medida cautelar, por exemplo, a proibição de acesso a determinados locais, medida esta mais razoável de ser aplicada e menos grave ao agente.

A lei 12.403/11, neste sentido, trouxe uma importante alteração, já que o critério para aplicação da medida deixou de ser a qualidade da pena (reclusão ou detenção), e passou a ser a quantidade máxima de pena cominada no tipo legal. Assim, a autoridade policial deverá conceder fiança sempre nas infrações cuja pena privativa de liberdade não seja superior a 4 anos, tendo como limites a serem arbitrados, o valor entre 1 e 100 salários mínimos, conforme estabelece o artigo 325, I do CPP.

Este critério quantitativo foi adotado para melhor se conjugar com a realidade trazida pelo Código Penal, que traz em seu artigo 44 o seguinte:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo²³;

Logo, não faria sentido a autoridade policial deixar de conceder a liberdade provisória mediante fiança, pois mesmo que o indivíduo seja condenado na pena máxima cominada àquele delito, sua pena privativa de liberdade seja substituída por uma restritiva de direitos. Se desta forma não fosse, se chegaria ao absurdo de ter réus respondendo a processos presos e após sentença condenatória, caracterizadora de sua responsabilidade, este ser posto em liberdade. Preso durante o processo, livre após condenação; desta forma se trataria o acusado de forma mais severa durante o processo do que no final, quando é condenado com sentença transitada em julgado.

Existem casos em que mesmo a pena máxima do crime sendo superior a 4 anos, pode a autoridade policial arbitrar fiança. É o caso de crime tentado ou de

²² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. P. 828.

²³ BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 17 de ago. de 2012.

causa de aumento ou diminuição de pena. Primeiramente analisar-se-á os casos de crime tentado.

Em caso de tentativa, deve ocorrer uma redução de pena entre 1/3 a 2/3 da pena cominada. A discussão é a seguinte: qual a redução a ser aplicada? Paulo Rangel²⁴ responde da seguinte forma:

Todavia, em sendo tentado, pensamos que a redução se dar ao máximo de 2/3, pois em se tratando da liberdade do indivíduo, esta sempre deve ser assegurada. O desrespeito a quantum máximo a ser adotado trata-se de grave violação a liberdade de locomoção, autorizando a propositura de *Habeas Corpus*.

A discussão que se trava na tentativa, ou seja, saber se o indivíduo se aproximou ou não da consumação para fins de diminuição mínima ou máxima não tem espaço no momento da concessão da fiança.

Como exemplo, pode-se citar o caso de furto qualificado, que prevê pena de 2 a 8 anos. Pelo *quantum* da pena máxima não caberá fiança. Todavia, tratando-se da modalidade tentada, deve-se reduzir a pena máxima em 2/3, chegando-se a pena de 2 anos e 8 meses, onde é possível a autoridade policial arbitrar fiança.

O mesmo ocorre em causas de aumento e diminuição de pena (concurso formal, crime continuado, causa especial de aumento de pena, causa especial de diminuição de pena), onde deve-se fazer a mesma interpretação feita no crime tentado, já que se tratando de liberdade de locomoção a interpretação a ser feita deve ser sempre a que mais protege o sujeito. Em casos de redução, a mínima o indivíduo já terá este direito, deve-se proteger sua liberdade de locomoção de forma a proteger seu direito ao máximo que ele pode alcançar, aplicando-se assim a redução máxima prevista, pois não se devem fazer interpretações de forma restritivas.

No caso de aumento, deve-se aplicar o menor aumento possível, já que esta é a interpretação mais benéfica ao indivíduo e que melhor protege seus direitos, já que o *quantum* mínimo é o único em que se tem certeza que será aplicado.

Em conclusão, define Paulo Rangel²⁵ que:

Entendemos que em se tratando de causa de diminuição fracionada devemos reduzir o máximo permitido. Se for causa de aumento de pena fracionada devemos aumentar o mínimo permitido, pois o mínimo o autor do fato já terá mesmo. Aumento: mínimo. Diminuição: máximo.

²⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. p. 825

²⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. p. 826.

Em caso de concurso material de crimes, existe uma vedação à autonomia da autoridade policial em arbitrar a fiança, já que se ocorrer a prática de dois delitos cujas penas individuais seja inferior a 4 anos, mais somadas ultrapassem, não será admissível a concessão da fiança. Como exemplo, o furto simples e a receptação. O crime de furto simples, por si só, admite fiança. O crime de receptação idem. Entretanto, em sendo em concurso material os dois crimes, as penas máximas ultrapassam a 4 anos, razão pela qual não se admite fiança.

5.3 Fixação da Fiança pela Autoridade Judicial

Caso a infração cometida tenha pena máxima superior a 4 anos, apenas a autoridade judicial pode decidir pela concessão ou não da liberdade provisória cumulada ou não com as diversas medidas cautelares aplicáveis, inclusive a fiança. Importante salientar que ela pode ser concedida em qualquer fase do inquérito ou do processo, até o trânsito em julgado.

Nos casos em que cabe ao juiz pela fixação da fiança, este, segundo o artigo 322 do CPP após comunicado da prisão, terá no máximo 48 horas para decidir sobre a liberdade do réu, tendo como limites do valor a ser arbitrado de 10 a 200 salários mínimos. A este respeito pode ainda o juiz, analisando a situação econômica do réu, e de acordo com o artigo 325, § 1º: dispensar a fiança, na forma do artigo 350; reduzi-la em até 2/3; ou aumentá-la em até 1000 vezes.

Obedecendo a esses parâmetros, o valor máximo que o juiz poderia fixar como fiança seria de 200 salários mínimos multiplicados por 1000, o que alcançaria ao vultoso valor de R\$ 124.400.000,00, atingindo assim o poderio econômico de qualquer criminoso.

Conforme leciona NUCCI²⁶, o juiz deve observar os seguintes aspectos no momento da fixação da fiança: a) a natureza da infração, b) as condições pessoais de fortuna do preso, c) a vida pregressa do acusado, d) circunstâncias indicativas de sua periculosidade, e) a importância provável das custas do processo até o final julgamento. Devem observar no momento do arbitramento, tanto juiz como autoridade policial, que o valor não deve servir como caução, como garantia processual, e não exercer qualquer caráter coercitivo sob o acusado, já que dessa

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ªed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2012 pg. 690.

forma se estaria vedando o seu direito de liberdade, praticamente esta pratica se equivalendo ao decretamento da prisão preventiva.

Neste sentido julgou o Superior Tribunal de Justiça²⁷:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. FIANÇA. PATAMAR EXACERBADO. MORADORES DE RUA. MEDIDA QUE DEVE SER FIXADA EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O princípio da proporcionalidade serve como limitação à restrição dos direitos e garantias fundamentais e a aplicação desse princípio, em alguns casos, esgota-se com o exame da adequação da medida coercitiva.

2. A fiança a ser arbitrada deve conter estreita ligação com a possibilidade de pagamento pelos agentes, não sendo possível admitir-se, pois, que ela venha ser fixada em patamar que ultrapasse as suas condições financeiras (ausência de adequação).

3. Ordem concedida.

(HC 238.956/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 18/06/2012)

O depósito do valor estipulado como fiança pode ser realizado de diversas formas, conforme artigo 330 do CPP:

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.

Dizer que a fiança será sempre definitiva, significa dizer que após prestada, não está mais sujeita ao procedimento verificatório. Explica Guilherme da Souza Nucci²⁸ “que já houve época em que a fiança era provisória, e que primeiramente o sujeito depositava o valor determinado, que poderia ser metal precioso, por exemplo, com o intuito de apressar a sua liberdade, para posteriormente ser verificado e determinado o valor que foi depositado”.

²⁷ Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp> Acesso em: 17 de ago. de 2012.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ªed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 690

Atualmente, o depósito pode ser efetuado em: a) dinheiro, até mesmo moeda estrangeira, quando se fará a conversão em Real; b) pedras, objetos e metais preciosos também são passíveis de depósito, entendendo-se objetos como obras de arte metais com ouro etc., sendo que este valor deve ser avaliado e convertido em Real; c) hipoteca, quaisquer dos bens hipotecáveis, relacionados na legislação segundo artigo 1473 do Código Civil, podem ser oferecidos.

Poderá ser exigido reforço da fiança já prestada, quando esta, por engano, for insuficiente; quando houver depreciação material do valor dos bens hipotecados ou caucionados; ou quando inovada a classificação do delito.

Em relação a possível retroatividade da lei penal, já que a lei 12.403/11 é mais benéfica ao réu, no que concerne a possibilidade da concessão da fiança, decidiu o Supremo Tribunal Federal²⁹ que, por se tratar de norma processual, não estaria esta alcançada pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, em respeito ao princípio do *tempus regit actum*.

A Lei 12.403/2011, na parte em que alterou o *quantum* da pena máxima para concessão de fiança, é nitidamente processual e por isso se aplica o princípio do *tempus regit actum*, não o da retroatividade da lei penal mais benéfica.” (**ARE 644.850-ED**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 18-10-2011, Segunda Turma, *DJE* de 4-11-2011.)

6 DOS CRIMES INAFIANÇÁVEIS

Comparando-se a antiga redação do artigo 323 do Código de Processo Penal, percebe-se que a intenção do legislador foi tentar revigorar o instituto da fiança, já que houve diminuição do rol de crimes inafiançáveis. Mantêm o código, apenas os crimes inafiançáveis previstos na Constituição em seu artigo 5º:

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

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

²⁹ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> > Acesso em: 17 de ago. de 2012.

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

Conforme aponta Renato Brasileiro de Lima³⁰:

Essa ampliação do rol dos crimes afiançáveis corrige a distorção, antes existente, da possibilidade de que autores de crimes mais graves (v.g., roubo) fossem beneficiados pela liberdade provisória sem fiança, outrora prevista no parágrafo único do art. 310 CPP, caso o juiz verificasse a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Para o leitor desavisado, o texto do Código de Processo Penal em seu artigo 323, e os incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal, dão a impressão de ser um gravame ao agente que venha a praticar tais atos, pois nem mesmo depositando a fiança criminal conseguirão sua liberdade. Na verdade, não é essa a real consequência, apesar da intenção do legislador. Na prática isto não acaba ocorrendo. Conforme bem explica Fernando Capez³¹:

Em se tratando de infrações inafiançáveis, como crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas etc., não havendo necessidade de prisão preventiva, nem de providências cautelares alternativas, também caberá liberdade provisória. Só que aqui não existe a possibilidade de o juiz optar pela fiança, já que esta é vedada para tais crimes. 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 o traficante, a lei o impedirá, pois se trata de crime inafiançável. Com efeito, essa estranha figura da liberdade provisória sem fiança torna mais vantajoso responder por um crime inafiançável, já que a liberdade provisória, quando cabível jamais virá seguida da incomoda companhia da fiança.

Não é possível, no direito processual penal, que se façam interpretações ampliativas que venham a prejudicar o acusado, logo, se a lei veda a fiança não se pode por extensão, dizer que ela veda a liberdade provisória. Se assim fosse, o teria previsto legalmente o legislador. É este o entendimento do Supremo Tribunal Federal³² conforme julgado a seguir.

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. INAFIANÇABILIDADE (INCISO XLIII DO ART. 5º DA CF/88). LIBERDADE PROVISÓRIA:

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, vol I**. Niterói-RJ, Editora Impetus 2011.p.1744

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012. p.355

³² Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 17 de ago. de 2012.

POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL PARA A CONTINUIDADE DA PRISÃO. CARÁTER INDIVIDUAL DOS DIREITOS SUBJETIVO-CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. (HC 110844, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012)

Deve-se ter sempre claro que a regra é o direito à liberdade, sendo a prisão sua exceção, esta que deve ser legalmente fundamentada, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF art. 1, III), e também ao disposto na própria Constituição: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz” (art.5,XV), “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”(art.5, LIV).

7 DA QUEBRA E DO PERDIMENTO DA FIANÇA

Caso, durante a liberdade provisória, o réu cometa alguns dos atos listados no artigo 341 do CPP, será decretada a quebra da fiança. Paulo Rangel³³ conceitua da seguinte forma:

Quebra da fiança consiste no inadimplemento das obrigações, na violação da confiança, na inobservância dos ônus processuais a que esta sujeito o afiançado, pois a obriga-o.

Segundo NUCCI³⁴, são consideradas inobservâncias processuais: a) deixar de comparecer, sem justo motivo, a ato processual do qual tenha sido regularmente intimado; b) deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento processual; c) descumprir medida cautelar imposto cumulativamente com a fiança; d) praticar nova infração penal dolosa. Nota-se que, conforme o texto do artigo 341 do CPP “Julgar-se-á quebrada a fiança...” da o entendimento que de que a decisão que deverá ser dada pelo juiz, nunca pela autoridade policial.

A quebra da fiança traz alguns efeitos à pessoa do acusado, quais sejam, a perda da metade do valor da fiança, cujo valor será destinado aos cofres públicos, sendo que o magistrado deve decidir se aplica outra medida cautelar (ou outras) ou, se presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, converte-a em prisão preventiva,

³³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. P. 828.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ªed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2012 Pg. 693.

Ocorrerá o perdimento total da fiança quando o acusado, se condenado, não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta. Anteriormente à edição da Lei 12.403/11, a perda da fiança ocorria apenas quando a pena a ser cumprida era a privativa de liberdade, sendo que a atual redação ampliou este leque incluindo as restritivas de direito. A pena de multa continua excluída deste cenário, já que é considerada simples dívida de valor, passível de cobrança na esfera cível.

Quando decretada a perda da fiança, devem ser abatidas de seu valor as custas processuais, a indenização do dano causado, a prestação pecuniária e a multa. O restante do valor será destinado ao Fundo Penitenciário Nacional.

Caso na ocorra nenhuma hipótese de quebraimento da fiança, e o acusado se apresente para o cumprimento de pena, este poderá levantar o valor recolhido, com a ressalva de que devem ser pagas as custas, a indenização da vítima, a prestação pecuniária e a multa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as alterações trazidas com a lei 12.403/11, tornou-se a fiança uma das principais medidas cautelares a serem utilizadas como garantia para a concessão da liberdade provisória. Deu-se especial atenção à autonomia que a autoridade policial passou a ter, entendendo alguns autores, que esta autonomia poderia ser ainda maior, considerando a formação jurídica necessária para hoje ingressar na carreira.

A fiança, dentre as outras medidas cautelares, é a menos restritiva e que talvez traga maior garantia ao comparecimento do réu durante todo o processo, já que este fica “preso” ao processo em função do valor depositado, até porque o juiz possui varias ferramentas que possibilitam arbitrar a fiança em até R\$ 124 milhões de reais

Dentro de uma análise constitucional, a fiança, como hoje se apresenta em nossa legislação, está em total conformidade com a Constituição de 1988, respeitando os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência e da razoabilidade, já que a liberdade é a regra, sendo a prisão a exceção. Exceção esta que traz graves consequências para o individuo encarcerado, ainda mais quando sua culpabilidade ainda é discutida, sendo que a privação de sua liberdade deve ser considerada como última alternativa para o cumprimento da lei

LAUX, João de Mesquita; KRIEGER, Jorge Roberto. A aplicação da fiança penal. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.2, p. 1085-1104, 2º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044

penal. Como bem definiu Douglas Hurd, antigo Ministro da Justiça inglês: “A prisão é uma forma cara de tornar as pessoas piores.”

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2 ed, Leme: CL EDIJUR. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 17 de ago. de 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em:<[HTTP://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em:17 de ago. de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em:17 de ago. de 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói-RJ, Editora Impetus, 2011. v. 1.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Lume Juris, 2011. v. 1.

NICOLITT, André. **Lei n 12.403 e o Novo Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2012.

PRUDENTE, Neemias Moreti. Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória: Comentários à Lei n 12.403/11. **Revista SINTISE Direito penal e Processual Penal** v. 14 Fev-Mar 2011. Porto Alegre.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2007

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva,2009. v. 3.

LAUX, João de Mesquita; KRIEGER, Jorge Roberto. A aplicação da fiança penal. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.2, p. 1085-1104, 2º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044