

A DISPARIDADE EXISTENTE NO INSTITUTO DA FIANÇA

Suellen Elisandra Cosme de OLIVEIRA¹
Fabiana J. Tamaoki NEVES²

Resumo: Reflexões acerca do instituto da fiança e sua disparidade com o parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal que dispõe que nos crimes afiançáveis e inafiançáveis caberá fiança.

Palavras chaves: fiança - crimes inafiançáveis - crimes afiançáveis - disparidade.

Intróito

O presente trabalho tem como escopo a análise das garantias outorgadas aos indivíduos frente aos artigos 350 e 310, parágrafo único ambos do Código de Processo Penal, em razão da dissonância existente entre eles.

Será abordada, também, a evolução sofrida pelos institutos da fiança e da liberdade provisória desde os tempos antigos. E ainda, daremos a definição de fiança e liberdade provisória, institutos que estão intimamente ligados, além de abordar as hipóteses de crimes afiançáveis e inafiançáveis.

Por derradeiro, trataremos da disparidade presente no instituto da fiança, frente aos artigos supracitados, tudo com o escopo de concluir que o benefício da fiança encontra-se atualmente defasado, precisando imediatamente ser revisto pelos nossos legisladores.

I - Origem histórica da liberdade provisória e da fiança

O instituto da liberdade provisória teve existência no Direito antigo. Entre o povo grego, era permitido ao réu se valer do instituto da liberdade provisória, mas somente se três cidadãos prestassem caução, estes davam garantias de que o réu iria comparecer em todos os atos processuais.

Entre os romanos, a liberdade provisória passou a ser considerada direito do imputado a partir da Lei das XII Tábuas. Ainda no direito romano, antes do período

¹ A autora, graduanda em Direito e integrante do grupo de estudos “Processo Penal Constitucional” pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente-SP.

² A orientadora, Advogada e mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP, professora de Estágio Supervisionado Processual, supervisora do cartório criminal do Fórum simulado e coordenadora do grupo de estudos “Processo Penal Constitucional” das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente-SP.

imperial o réu poderia responder em liberdade pagando fiança ou em caso de pessoas pobres, prestando o compromisso de comparecer a todos os atos do processo.

O réu que obtinha o benefício da liberdade, caso não comparecesse aos atos do processo sem apresentar justificativa para a ausência, novamente seria preso, e se não fosse encontrado para ser preso lhe era negado o direito de permanecer em território romano, (sofria a pena chamada *aqua et igni interdicere*, a saber interdição da água e do fogo).

Na Idade Média foi usada a liberdade provisória de duas formas, mediante garantia fidejussória ou mediante caução.

Na Inglaterra, de 1554 a 1826 teve vigência o *Statute of Philip and Mary*, no último ano, por força do Ato Sete do Rei Jorge IV, foram criadas novas normas sobre a fiança, o juiz passou a conceder a fiança de forma discricionária, mas somente se a infração cometida fosse leve ou grave, nunca em crimes gravíssimos.

No direito português, as Ordenações tiveram influência, tendo em vista que trouxeram modalidades de liberdade provisória, como exemplos à carta de segurança, a homenagem ou mensagem, a caução por fiéis carcereiros e a fiança.

No Código de Processo Criminal do Império pátrio de 1832, dentre as modalidades criadas pelas Ordenações portuguesas, somente o instituto da fiança vingou, constando expressamente no artigo 113 deste Código.

A Constituição da República também privilegiou a fiança, trazendo de forma expressa em seu artigo 72, § 14, dispondo que ninguém poderia ser levado à prisão ou nela mantido se prestasse fiança idônea.

Ao ser proclamada a República, o instituto da Liberdade Provisória com fiança, passou a ser tratada no Código Penal de 1890, nos artigos 405 e 406, isto porque a fiança era garantia individual e somente a União podia legislar, razão pela qual não foi possível deixar a matéria a legislação processual.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941, que ainda vige no ordenamento pátrio, a fiança voltou a aos cuidados do direito processual.

II - Definição de crime afiançável

Os delitos infra-afiançáveis são aqueles em que o indiciado ou réu responde ao processo em liberdade independente ou não de prestar fiança, casos em que a Liberdade Provisória é concedida de forma obrigatória.

Os delitos inafiançáveis são aqueles em que não se permite a concessão da fiança, visto que configuram crimes mais graves, e por isso o legislador impediu que os autores desses crimes se valessem do instituto da fiança.

Estes dois tipos de delitos configuram minoria, a maioria concluindo-se, por exclusão, chegamos aos delitos afiançáveis. Destarte, primeiro verifica se o crime praticado consta do rol dos delitos infra-afiançável ou inafiançável (artigos 321, 323 e 324 do Código de Processo Penal), se não se enquadrar entre estas duas hipóteses irá se enquadrar como crime afiançável, comportando o benefício da fiança para obter a liberdade provisória. (Carvalho, 1999, p: 350).

III – Definição de fiança e de liberdade provisória

Segundo ensina Miguel Fenech em sua obra Curso Elemental de Derecho Processal Penal (1999, p: 454):

Liberdade provisória é o ato cautelar através do qual se produz um estado de liberdade vinculada aos fins do Processo Penal, em virtude de uma declaração de vontade judicial.

Para Weber Martins Batista, fulcrado em Frederico Marques (1999, p. 450):

A liberdade provisória é uma medida cautelar em prol do réu ou indiciado, no curso do procedimento admitido para fazer cessar prisão ilegal do acusado, ou para impedir a detenção deste em casos em que o *carcer ad custodiam*. Como tal assegura a liberdade pessoal do indiciado ou réu mediante restrições e ônus impostos àqueles que a obtém.

Insta salientar que a liberdade provisória é um direito público subjetivo do acusado, ou seja, desde que preenchidos os requisitos trazidos pela lei deverá ser concedida.

Já a fiança é uma garantia prestada pelo preso ou por terceira pessoa em favor daquele, para que se responda ao processo em liberdade nas hipóteses em que a lei admitir.

A fiança diz-se prestada quando há depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

Somente será admitida fiança quando a pena mínima cominada for de até dois anos, em delitos punidos com pena de detenção, não podendo o crime gerar clamor público ou ser cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa.

O requerimento e a concessão da fiança poderão ser feitos a qualquer tempo, dentro do curso processual, a partir do início do Inquérito Policial (em regra com a prisão em flagrante), até a decisão condenatória irrecorrível ser proferida. Porém, diz-se que o momento oportuno é o momento posterior à realização da prisão, isto com fulcro no artigo 5º, LXVI da Constituição Federal.

Diante disso, pode-se concluir que a liberdade provisória com fiança é aquela em que o acusado responde ao processo em liberdade porque prestou a fiança admitida pela lei.

IV - Dos crimes inafiançáveis

Tendo em vista que os crimes afiançáveis são definidos por exclusão, partamos, então, para o exame dos crimes afiançáveis, que estão previstos expressamente tanto no Código de Processo Penal como na Carta Magna pátria.

As situações em que não será concedida fiança encontram-se elencadas no artigo 323, inciso I do CPP, se a pena cominada ao delito for de reclusão e superior a dois anos, não será este crime suscetível de fiança. Mesmo em caso de concurso material não impedirá a fiança se um delito for punido com reclusão e o outro com detenção, desde que não ultrapasse 2 anos. O inciso II do mesmo artigo afirma que não caberá fiança nos crimes de vadiagem e mendicância previstos nos artigos 50 e 60 da Lei de Contravenção Penal. O inciso III estabelece que não cabe fiança se o réu ou indiciado for reincidente em crime doloso.

Há algumas considerações a serem feitas a respeito da concessão do benefício em estudo. Primeiramente, se a condenação anterior já estiver prescrita (artigo 64, I do Código Penal), existem a este respeito dois entendimentos. Há os que entendem que mesmo prescrito a condenação anterior não cabe fiança, porque a lei não ressalvou como fez o artigo 313, III do CPP, o outro entendimento afirma que cabe fiança porque o réu readquire a primariedade. Em segundo lugar, se a condenação anterior for por pena de multa, em tese impediria a fiança porque a lei não distinguiu e essa consideração também gera reincidência, isto não impediria o *sursis* e por isso há quem entenda que não deveria impedir a fiança.

Ainda, no inciso IV do artigo 323 do CPP não cabe fiança em qualquer crime, não importa se doloso ou culposos, se o acusado que praticou o crime for vadio, isto, pois se presume que o vadio não possui endereço nem emprego fixo, não tem ligação com o distrito e por estas razões há quem diga que este inciso não precisaria estar presente. O inciso V prescreve que não caberá fiança nos crimes de reclusão que causem clamor público, mesmo se o crime cometido for afiançável.

O artigo 324 do Código de Processo Penal preceitua as circunstâncias em que não se concede fiança pelas condições pessoais do agente. O inciso primeiro prevê que se no processo o réu deu causa a quebra da fiança ou se descumpriu umas das condições do artigo 350 não será concedido fiança. O inciso segundo não permite o benefício em caso de prisão cível, disciplinar, administrativa e militar. O inciso terceiro não admite fiança nos casos em que o réu já estiver sendo beneficiado pelos institutos da suspensão condicional do processo ou de livramento condicionado, salvo se condenado por crime culposos ou contravenção que admite fiança. Por fim, não será concedido quando presentes os motivos ensejadores da prisão preventiva.

Além das hipóteses em que não é concedido o benefício da fiança previstos nos artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal, há também a proibição prevista expressamente na Constituição Federal, como ordena o artigo 5º, XLII, ao dispor que a prática do racismo, embora proíba a fiança, não proíbe a liberdade provisória, baseando a concessão desta no artigo 310, parágrafo único, do CPP.

O artigo 5º, XLIII, ainda da Carta Magna, prognostica que os crimes de tortura, terrorismo e tráfico não são suscetíveis de fiança, graça e anistia, todavia não impede também a liberdade provisória. O inciso XLIV do mesmo artigo prevê ainda a impossibilidade de conceder fiança contra os crimes decorrentes das ações de grupos armados civis e militares, contra o Estado Democrático de Direito. A lei equipara este crime ao de racismo, ou seja, também são inafiançáveis, imprescritíveis e a eles também cabe o benefício da liberdade provisória.

A Lei nº 7.492/86, Lei do Sistema Financeiro Nacional, prescreve que se presentes às razões da prisão preventiva o crime será inafiançável. A Lei do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), em seus artigos 14 e 15, trazem casos de crimes em que não cabe fiança, mas que permitem a liberdade provisória embasada no artigo 310, parágrafo único do Código Processo Penal.

V – Do valor da fiança

O valor da fiança é fixado de acordo com parâmetros fornecidos pelos artigos 325 e 326 do Código de Processo Penal. Pode-se asseverar que para ser fixado o valor da fiança quanto mais grave o crime, maior a fortuna do acusado, menos favorável a sua vida pregressa e maior for o *quantum* do processo, mais elevada deverá ser o *quantum* a ser recolhido. O artigo 325 trata dos parâmetros objetivos para ser fixada a fiança, é este artigo que fixa o valor mínimo e o máximo que deverá ser arbitrado e o artigo 326 fala dos critérios subjetivos (Costa, 1997, p. 58).

A fiança poderá, a critério do juiz, se constatando as condições financeiras do réu, diminuir o valor da fiança em até dois terços ou aumentá-la até o décuplo. Resta claro que como o juiz pode diminuir o valor da fiança também poderá abster o réu ou indiciado de pagá-la conforme o caso concreto.

Atualmente, não se sabe ao certo como chegar ao valor fixado pelo Código de Processo Penal, pois a lei fala em salário mínimo de referência, indexadores etc. Entretanto, o valor é fixado segundo o arbítrio daquele que irá conceder (Mirabete, 2002, p. 230).

VI – Competência para concessão da fiança

Para ser concedida a liberdade provisória mediante fiança, pela regra prevista no artigo 322 do Código de Processo Penal, nos casos em que a infração for punida com prisão simples ou detenção a autoridade policial poderá fazê-lo.

Reza o parágrafo único deste mesmo artigo que em todos os demais casos não previstos no seu *caput* a competência para apreciação do requerimento da fiança será do juiz (Costa, 1997, p. 61).

VII - Dispensa da fiança por motivo de pobreza

Dispõe o Código de Processo Penal pátrio, em seu artigo 350, que o magistrado ao analisar as condições financeiras em que o réu ou indiciado se encontra, e constatar que o mesmo configura-se como pessoa pobre na acepção jurídica do termo, não permitindo sua situação financeira que suporte o ônus de prestar fiança, desde que o delito praticado seja suscetível de conceder o benefício, poderá o juiz isentá-lo de realizar o depósito (quem pode mais pode menos), concedendo a liberdade mediante o cumprimento de certas condições previstas neste mesmo artigo. O objetivo explícito da imposição destas condições é punir aqueles que, tendo sido beneficiado pela fiança, tiverem deixado de obedecer às condições estabelecidas para sua concessão.

O artigo 350 fala em quatro condições a serem cumpridas pelo réu ou indiciado que não possui capacidade financeira de prestar fiança. Este artigo faz remissão à condição imposta no artigo 327 do Código de Processo penal, que trata do dever do réu de comparecer a todos os atos do processo. Esta condição, conforme visto anteriormente no presente estudo, acompanha o instituto da fiança desde a antiguidade. Tal condição é uma forma de mesmo o réu estando solto, ainda continue vinculado ao processo, devendo assim comparecer a todos os seus atos, para haver regular andamento da instrução criminal. Não cumprida esta condição a fiança será havida por quebrada.

Há, ainda, no artigo 350 do CPP o favorecimento da obrigação, presente no artigo 328 do mesmo Código, que apresenta duas obrigações, saber que o réu afiançado não poderá mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante, ou ainda, ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela o lugar onde será encontrado. Ambas as condições, se descumpridas acarretarão, também, o quebramento da fiança.

Por derradeiro, prevê o referido artigo que enquanto o réu estiver sendo beneficiado pela liberdade provisória com fiança, o mesmo não poderá voltar a delinquir sob pena de revogação da fiança.

Insta ressaltar que a pessoa que possui situação financeira para prestar a fiança, após realizar o depósito do valor livrar-se-á sem a imposição das condições acima previstas, somente assinando um compromisso de comprometer-se a comparecer em todos os atos do processo.

Sábio foi legislador ao valer-se da imposição destas circunstâncias, ao impô-las vincula o réu ou indiciado ao distrito de culpa e ainda visa dar regular andamento a instrução criminal. Porém, há um equívoco processual, haja vista que o sujeito que possui condições financeiras para arcar com o preço arbitrado pela autoridade competente, como acima dito não está sujeito a estas circunstâncias, somente a pessoa necessitada encontra-se sujeito ao artigo 350 do CPP.

Estas quatro condições previstas no artigo 350 do CPP e imposta às pessoas sem condições financeiras seria uma fiança implícita? Uma forma de fazer com que a pessoa pobre pague o valor pecuniário que não possui através destas? Será que ao colocar estas condições às pessoas carentes o legislador pensou na maior tendência que o pobre teria para delinquir e por isso criou as condições impedindo que ele fuja da comarca,

mude-se, ou mesmo volte a delinquir, ou será que simplesmente seria uma forma encontrada pelo legislador de conceder a liberdade àquele que não possui condições de arcar com o pagamento da fiança.

Em que pese o brilhantismo do legislador, a diferença de classe social existente entre os réus não pode criar uma enorme distância entre eles, mas é o que notamos ao analisar a fiança. Se a periculosidade de ambos é a mesma, e em casos de duas pessoas que praticaram o mesmo delito, porque uma teria que possuir mais condições do que aquela que simplesmente prestou fiança se o crime praticado são os mesmos. O legislador na verdade dá um voto de confiança a pessoa que possui situação financeira melhor.

A pessoa pobre em nosso país além de sofrer diversos tipos de discriminação e de passar por várias dificuldades, é vítima de mais esta distinção imposta pelo legislador que de forma cruel impõe sobre ele suspeitas de que poderia fugir, ou atrasar o regular andamento do processo.

Todavia, seria mais fácil para a pessoa que possui dinheiro fazer uma viagem e assim ausentar-se da comarca por mais de 8 dias, ou mesmo seria mais fácil mudar de residência, visto que possui condições financeiras para fazer isto. Não poderia alegar que vai fazer uma viagem para o exterior e simplesmente não retornar mais?

Faz-se necessário ainda falar sobre a última condição prevista no artigo 350 do CPP, que seria a mais injusta dentre as quatro. Porque o réu que é pobre, ao voltar a delinquir tem sua fiança revogada e para a pessoa que paga a fiança, não há previsão da imposição desta condição? Configura-se como absurda esta desigualdade imposta pelo legislador. Ao impor tais condições somente para o pobre age com total disparidade, dando uma total distinção entre os seres humanos. Frise-se que esta desigualdade gerada pelo legislador está totalmente em dissonância com o ensinamento do ordenamento maior em seu artigo 5º, *caput*, que dispõe que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção.

Diante disso, faz-se necessário refletir a cerca dessas condições previstas no artigo 350 do CPP, não retirando estas condições da pessoa que não tenham dinheiro para pagar a fiança, mas também incluindo para as pessoas que realizam o depósito do benefício. Estas condições são básicas da fiança, inerente para dar regular andamento ao processo devendo não ser retirada, mas sim concedida para ambos.

Destarte, a solução encontrada para igualar os réus seria também incluir as demais condições para os que prestam a fiança. Porém, de certa forma, isto criaria outra desigualdade visto que, a pessoa que pagou a fiança e a que não pagou seriam tratadas de forma exatamente igual. A solução para isso seria criar uma forma de fazer com que o pobre pague fiança, seja de forma a parcelar o débito, seja prestando serviços para a comunidade, ou de alguma forma ajudando uma instituição carente, ou até mesmo participando de cursos, seria uma maneira muito melhor de igualar os desiguais!

VIII – Liberdade provisória prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal

Com o advento da Lei nº 6.416 de 20/05/1977 foi introduzido o parágrafo único no artigo 310 do CPP, por este parágrafo desde que ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, tem o réu o direito subjetivo à liberdade provisória, somente incidindo sobre este réu uma condição, a saber, que assine termo de comparecer a todos os atos do processo. Caso deixá-lo de fazer pode ser revogado o beneplácito legal.

Os motivos que autorizam a liberdade provisória estão previstos no artigo 312 do estatuto processual penal e são eles: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, aplicação da lei penal e garantia da ordem econômica, claro desde que presentes os pressupostos à decretação, quais sejam: indícios de autoria e provada a materialidade do fato. Aqui há também a exigência de ser ouvido o membro do Ministério Público, antes da concessão do benefício.

Neste caso, não importa a infração penal praticada, se o acusado preencher os requisitos legais fará jus ao benefício da fiança, com exceção das infrações a qual a legislação veda expressamente a liberdade provisória sem fiança e os casos em que a inafiançabilidade decorre diretamente da Constituição Federal.

Se o juiz verifica pelo auto de prisão em flagrante ou a qualquer tempo no correr da instrução criminal, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, não importando a infração praticada poderá conceder liberdade provisória, após ouvir o Ministério Público.

Damásio E. de Jesus (2002, p. 475) mostra a distinção entre liberdade provisória com e sem fiança, ao ensinar que a fiança é um direito do réu. A liberdade provisória pode ou não ser concedida pelo juiz, não sendo direito do réu, mas faculdade do julgador. Assim, pode ser que o réu, que não tem direito a fiança, seja favorecido pela liberdade provisória.

Nesta mesma esteira, ensina o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu:

PRISÃO EM FLAGRANTE –Efetivação em caso de tentativa de homicídio-Acusado primário, radicado no foro do delito e chefe de família - Hipótese em que não cabe prisão preventiva-Liberdade provisória deferida - Hábeas Corpus concedido - Inteligência do parágrafo único do artigo 310 do CPP, acrescido pela Lei nº 6.416/77. Embora preso em flagrante por crime inafiançável, pode o réu ser libertado provisoriamente desde que incorram razões para a sua prisão preventiva.

Diante disso, pode-se dizer que este parágrafo trouxe alterações de relevância que esvaziou a liberdade provisória com fiança, tamanha sua extensividade.

IX – Conclusão

Pela análise feita neste trabalho sobre a legislação que rege a fiança no ordenamento pátrio é notório que o instituto padece de anacronismo que quase inviabiliza sua aplicação, isto por que a fiança não possui mais o condão de vincular o agente ao

processo, mercê principalmente da liberdade provisória sem fiança, que prevalece em benefício do réu, haja vista que tem cabimento nos mesmos casos, salvo poucas exceções (Silva, 1998, p. 190).

O artigo 350 do CPP caiu em desuso ao ser editada a Lei nº 6.416/77 que introduziu o parágrafo único ao artigo 310 do CPP. Pode-se concluir que, no direito pátrio atual o instituto da fiança encontra-se defasado, tendo em vista que o artigo 310, parágrafo único prevê uma hipótese de liberdade provisória, independentemente de que concede ao beneficiário somente uma condição, a de comparecer a todos os atos do processo.

Ora, qualquer pessoa pode concluir que há uma total discrepância entre o artigo 310, parágrafo único e o artigo 350 ambos do CPP, tendo em vista que este prevê quatro condições, e assim sendo qualquer advogado ao optar por pedir a liberdade provisória para seu cliente pediria com fulcro no artigo 310, parágrafo único do CPP, pois este possui somente uma condição.

Nessa ordem de raciocínio, acreditamos que o resgate do instituto da fiança poderia se dar por via de reforma da legislação que recuperasse sua importância no ordenamento jurídico.

Referências Bibliográficas

- CARVALHO, Jefferson Moreira. **Prisão e Liberdade Provisória**. Brasília: Juarez de Oliveira, 1999.
- COSTA, José Armando. **Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória**. 2º Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 13º Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regime Constitucional da Liberdade Provisória**. São Paulo: Del Rey, 2000.
- ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira e BAZ, Marco Antonio Garcia. **Fiança Criminal e Liberdade Provisória**. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVA, Jorge Vicente. **Liberdade Provisória com e sem Fiança**. 4º Ed. Curitiba: Juruá, 1998.