

QUEBRANDO A FIANÇA: UM ESTUDO CRÍTICO ACERCA DA MEDIDA CAUTELAR, CONFORME SUA DEFINIÇÃO PELA LEI N. 12.403/11, NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

BREAKING THE BAIL: A CRITICAL STUDY ABOUT THE PRECAUTIONARY MEASURE ACCORDING ITS DEFINITION BY THE LAW N. 12.403/11, IN THE CONTEXT OF THE 1988'S CONSTITUTION

Domingos Barroso da Costa¹

Gustavo Slomp Santos²

RESUMO

O presente estudo visa analisar a fiança, há muito presente no ordenamento jurídico brasileiro, mas curiosamente pouco estudada pela doutrina. Partindo de uma abordagem crítica acerca da natureza e finalidade da fiança, bem como de suas origens e razões de existir, propomos uma reflexão sobre os benefícios, incongruências e incompatibilidades da fiança em relação à sistemática atual das medidas cautelares do processo penal acusatório, com o intuito de desvelar a dogmática entranhada neste instituto desde os primórdios do estado constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Processo Penal. Medida Cautelar. Fiança. Liberdade Provisória.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the measure known as bail, present in the Brazilian juridical order since long time ago, but curiously understudied by the doctrine. Starting from an critical approach about the nature and goal of the bail, as well from its origins and reasons to exist, we propose a reflection about the benefits, incongruities and incompatibilities of the bail regarding the current precautionary measures systematic of the accusatory criminal procedural law, with the intention of unveil the dogmatic entrained in this institute since the beginnings of the Brazilian constitutional rule of law.

Keywords: Criminal Procedural Law. Precautionary Measure. Bail. Provisory Freedom.

¹ Defensor Público no Rio Grande do Sul. Mestre em Psicologia pela PUC-Minas. Especialista em Direito Público e Criminologia. *E-mail*: dobarcos@hotmail.com

² Advogado. *E-mail*: gslompsantos@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Quando se trata da fiança, poucas são as vezes em que a apreensão e a aplicação da cautelar em questão não se dão de forma irrefletida, quase naturalizada, como se fosse ela uma herança inquestionável do ordenamento jurídico, ou um tema de somenos importância, de manejo simples e que dispensa qualquer esforço crítico. Noutras palavras, ainda que se observe sua larga aplicação no cotidiano, nenhum tempo se dedica à boa compreensão da fiança – seja no âmbito acadêmico, seja na prática forense –, como se a aplicação dessa cautelar pudesse extrair legitimidade de um senso comum consolidado ainda em tempos de chumbo, e não dos dispositivos de uma legislação recente, inserida em um contexto de garantias constitucionais organizadas em torno da presunção de inocência, dentre outros princípios e postulados.

Diante dessa realidade, que estranhamente conjuga alguns avanços da lei processual penal e diversos retrocessos em sua aplicação prática, torna-se premente um estudo sério acerca da fiança, de modo a desnaturalizar sua compreensão, afastando os preconceitos herdados que distorcem o instituto ao ponto de fazê-lo parecer uma medida singela e inofensiva. Nesse sentido, é necessário analisar a fiança inserindo-a na relação harmonizada entre a Constituição de 1988 e a reforma processual penal promovida pela Lei n. 12.403/2011, que cuidou do novo tratamento das medidas cautelares e sua sistemática de aplicação.

Apesar de o legislador ter envidado esforços no sentido de superar a mentalidade encarceradora vigente no país, até então praticamente restrita a uma lógica binária, na qual as únicas possibilidades de se responder a um processo criminal eram em liberdade – com ou sem fiança – ou preso (o que ainda impera e tem por consequência o aumento vertiginoso da população carcerária), essa mobilização não tem se mostrado eficaz em promover uma efetiva transformação na forma de se interpretar e aplicar a cautelar em questão, que segue repetindo o paradigma funcional que se arrasta desde os tempos da ditadura militar, tal qual cadáver insepulto que ainda resiste à pá de cal que lhe jogaram a Constituição de 1988 e as últimas reformas processuais penais.

Em consequência da inércia hermenêutica e das confusões generalizadas que gera, portanto, a fiança segue sendo compreendida e aplicada como uma espécie de ato meramente procedimental/obrigatório, verdadeira consequência automática depois de cumpridos os ritos da prisão em flagrante quando da prática de determinadas infrações penais. Para além dos parâmetros objetivos e mais claros de sua aplicação, nenhum questionamento surge no que tange aos limites da cautelar, à sua pertinência em relação ao caso concreto ou às consequências de sua imposição, que, tendo em vista a forma equivocada com que ainda se maneja a fiança, pode mesmo representar verdadeira

negativa de liberdade a cidadão – recusa a garantias fundamentais – em razão de condição socioeconômica, o que não é admitido nem pela Constituição de 1988, nem pela lei processual penal. Entretanto, não são de hoje os problemas relacionados à aplicação da fiança, merecendo destaque o fato de que o instituto *hibernou* por longo período, eis que quase esvaziado de sentido pela Lei n. 6.416/77. Com efeito, já há muito tempo o estudo da fiança desafia cuidados necessários a evitar que sua aplicação não destoe do contexto jurídico maior em que se insere, exigindo esforços que, ao que tudo indica, são sempre vencidos por uma inércia hermenêutica que teima em mumificar o instituto com bandagens que remontam a uma legislação superada ainda na década de 70 do século passado.

Os problemas de aplicação da fiança não se restringem à imobilidade dos intérpretes, à azáfama da práxis ou ao descaso da doutrina. A assistemática da própria lei também concorre para transformar a compreensão e aplicação do instituto em verdadeiro *balai*o de gatos, que, no final das contas, tem por grave consequência abrir espaço ao arbítrio, de modo que cada um termina por se permitir entender e manejar o instituto como bem quiser. Bom exemplo disso é o fato de a lei autorizar (indevidamente) que a fiança seja imposta por autoridade imediata que não a judicial, muito embora se trate de medida cautelar processual penal que, por assim ser, representa restrição a direitos fundamentais, de modo que sua aplicação decorre de poder presumidamente privativo da autoridade jurisdicional (como se pode extrair do contexto constitucional e da simples leitura das garantias previstas no art. 5º, XI, LXI, LVII e LXVI, da CF, dentre outros dispositivos). Noutras palavras, dados os limites traçados pela Constituição, é descabida a imposição de fiança por autoridade policial, sendo irrelevante que tal possibilidade se apresente somente nas hipóteses de crimes com pena máxima inferior a quatro anos, até mesmo porque esse parâmetro não desnatura a medida, que não deixa de ser restritiva a direitos fundamentais, desprovida de balizas claras para fixação, cuja análise de necessidade e adequação se vê gravemente prejudicada por ocasião do flagrante, à falta de elementos suficientes para se averiguar a condição econômica do afiado ou mesmo a eventual existência de algum procedimento judicial para apuração de infrações penais anteriormente praticadas, as quais possam justificar a imposição da medida. Como se verifica, não são poucas as razões práticas e teóricas que tornam descabida a aplicação da fiança por autoridade policial sob a égide da Constituição de 1988, o que ensejará outros apontamentos em momento oportuno deste texto.

Para bem ilustrar o cenário que se descreve no que tange ao manejo da fiança, vale iluminar sua análise a partir da lenda de Procusto. Segundo a mitologia grega, Procusto era um ferreiro que habitava a estrada entre Mégara e Atenas, trajeto de muitos viajantes aos quais oferecia pouso. Entretanto, durante a noite, enquanto seus hóspedes descansavam, o ferreiro tratava de amarrá-los a uma cama de ferro construída conforme suas medidas exatas

(de Procusto). Atados ao catre, se maiores que ele, eram as vítimas mutiladas, e, se menores, esticadas, a partir de um sistema de correias engendrado pelo ferreiro – havendo a versão segundo a qual os estratagemas do macabro ferreiro eram cuidadosamente aplicados de modo que ninguém se adaptasse à cama. Conforme a lenda, as cruéis práticas de Procusto só tiveram fim quando Teseu o subjugou, impingindo-lhe as mesmas torturas que impunha a suas vítimas.³

A história de Procusto é bem representativa quando se tem por objetivo facilitar a compreensão acerca do que se tem feito com a fiança no Brasil ao longo dos anos. Ou seja, atuando segundo premissas imobilizadas no tempo – mas que invariavelmente servem à seletividade do sistema penal (a cama de Procusto, ao que tudo indica, não tinha um único tamanho...) –, os aplicadores e intérpretes quotidianos da fiança atuam tal qual o ferreiro na medida em que, procurando impor seu arbítrio à lei e à Constituição, mutilam e esticam o instituto conforme suas inabaláveis e pessoais compreensões preestabelecidas.

No entanto, não desejamos que Teseu se lance sobre nossos Procustos tupiniquins e lhes impinja os mesmos abusos que quotidianamente praticam contra os cidadãos apanhados e lançados nas camas de ferro do sistema penal. Longe disso, preferimos nos socorrer de Hermes e, sob sua luz, tentar apurar e comunicar a melhor interpretação do instituto, segundo a legislação processual e os limites impostos pela Constituição de 1988.

Para tanto, visando quebrar o continuísmo ao qual o instituto se vê atado, propomo-nos a uma breve análise das transformações sofridas pela fiança ao longo do tempo. E não foram poucas, o que já deveria ser suficiente a indicar que ela não é mais a mesma e que, justamente por isso, já não pode ser aplicada consoante parâmetros vigentes até a década de 70 do século passado.

1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA FIANÇA NO BRASIL

A abordagem da fiança, sob uma perspectiva histórica, lança-nos de volta ao século XIX, mais precisamente, à antiga *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*, datada de 3 de março de 1824, que introduziu o instituto no ordenamento jurídico pátrio pelo 9º inciso do art. 179 da carta constitucional, que assim dispunha:

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

³ BRANDÃO, J. de S. **Mitologia grega**. 20. edição. Petrópolis: Vozes, 2013. v. 3. p. 157-184.

A partir de então, a fiança fez-se presente em todas as Constituições brasileiras, ainda que nelas não constassem disposições específicas sobre o instituto. Dito de outro modo, ainda que as constituições que sucederam a de 1824 não tenham definido a fiança ou estabelecido os parâmetros de sua aplicação, em todas elas se constata a menção expressa ao instituto, afirmando-o, em algumas hipóteses, como garantia daqueles que se vissem investigados ou processados criminalmente, ou mesmo definindo os casos em que vedada sua imposição.

Quanto à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, a menção à fiança constava de seu art. 72, §14, a seguir transcrito: “Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admitir”, sendo complementado pela legislação criminal de 1832.

Já no século XX, observa-se que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, não se demorou no trato da fiança, limitando-se a rememorar sua aplicabilidade no Art. 113, § 22, em que reafirmou o tratamento até então conferido ao instituto⁴.

Por sua vez, a Constituição seguinte, de 10 de novembro de 1937, não tratou da fiança como direito dos cidadãos em geral, limitando-se a mencioná-la indiretamente ao assegurar o direito dos parlamentares de não serem presos sem a devida licença da respectiva Câmara, a menos que em flagrante ou no caso da prática de crimes inafiançáveis⁵.

No que concerne à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, seu Art. 141, §21, dispôs brevemente sobre a medida, abordando-a de forma semelhante à verificada na Constituição anterior⁶.

Quanto à Constituição da República Federativa do Brasil, de 17 de outubro de 1967, reservou as disposições específicas acerca da fiança à lei processual, apenas reiterando a vigência do instituto em seu Art. 150, § 12, assim redigido:

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

⁴ Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 22) Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos.

⁵ Art. 42 – Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

⁶ Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 21 – Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei.

Em relação à legislação ordinária, verificamos a presença da fiança desde o Código Criminal de 1832, sendo geralmente tratada como uma faculdade conferida ao acusado pela prática de crimes de menor gravidade, ou seja, aqueles ensejadores de penas mais brandas por razões da política criminal adotada em cada época. Assim, e em síntese, podemos afirmar que em torno da fiança foi se construindo um senso comum segundo o qual a medida termina associada a uma espécie de possibilidade (benefício) aberta ao indivíduo colhido em flagrante pelo sistema penal, que lhe possibilita reaver sua liberdade imediatamente após a prisão, desde que preste garantia pecuniariamente mensurável. Aliás, percebe-se que essa é a lógica – ou a falta de lógica – que, embora esteja há muito formalmente superada, ainda rege a compreensão e aplicação da fiança, seja nos meios leigos (quanto à compreensão), seja nos ambientes jurídicos (quanto à compreensão e aplicação).

Com isso, afirmamos que, apesar das profundas alterações que remodelaram o instituto ao longo desses quase dois séculos, os preconceitos que contemporaneamente ainda se mantêm e conformam a concepção corrente acerca da fiança nos enviam de volta ao século XIX, à lógica binária segundo a qual, tendo sido preso em flagrante, ao indivíduo restava submeter-se à persecução penal ou preso, ou solto (sem a prestação de fiança ou mediante sua prestação). Entre essas duas possibilidades – prisão e liberdade –, nada havia que pudesse harmonizar as garantias individuais dos cidadãos com os poderes e deveres do Estado no que diz respeito à tutela penal – inclusive sob o aspecto processual⁷.

Quanto a isso, cumpre observar que as transformações veiculadas pela Lei n. 12.403/11 representam verdadeira ponte entre as duas extremidades desse abismo que separa o aprisionamento da liberdade em processo penal. Afinal, o novo sistema cautelar por ela inaugurado trouxe verdadeira ampliação do leque de instrumentos postos à disposição do Judiciário quando se tem por objetivo o resguardo processual à ordem pública (face à possibilidade de reiteração criminosa), à persecução e à aplicação da lei penal. Ou seja, as cautelas hoje previstas na lei processual penal já não se restringem ao aprisionamento ou à simples soltura, sendo muitas as medidas que podem ser impostas segundo as especificidades do caso concreto, a prisão despontando como última e radical alternativa (nesse sentido, dentre outros, o disposto nos arts. 282, § 6º e 310, II, do CPP).

Porém, não obstante as muitas evoluções e o alargamento de horizontes observados na legislação, que atualmente prevê de forma expressa outras espécies de medidas cautelares, o olhar lançado sobre a fiança continua estreito, como se nada no mundo

⁷ Sobre a necessária harmonização entre as garantias do cidadão e a atuação do Estado no sentido de assegurar a tutela penal a direitos fundamentais, recomenda-se a leitura do excelente “Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais”, de Eugênio Pacelli (Editora Atlas, 3ª edição, 2012).

dos fatos e no plano jurídico houvesse se alterado desde o século XIX. Nesse sentido, é interessante notar que, na base da compreensão corrente sobre a fiança – uma espécie de intuição compartilhada –, identifica-se, como pressuposto, o entendimento de que a medida se trata de verdadeiro benefício previsto para acusados ou investigados presos, os quais, em determinados casos, contam com a possibilidade de galgar a liberdade *mediante paga* (ideia que resume qualquer prestação de garantia, enfim). Noutros termos, em seu simplismo, o sentido comum que se empresta à fiança parte da noção de uma espécie de *escambo*, em que se troca liberdade por alguma prestação pecuniariamente mensurável.

A compreensão do instituto como benefício talvez encontre sua origem na própria evolução de nossa legislação. A esse respeito, cumpre novamente destacar que, até bem recentemente – em termos históricos –, a prisão em flagrante ensejava verdadeira presunção de culpa, de modo que a liberdade no curso da persecução nessas hipóteses (prisão em flagrante) poderia ser denominada provisória e concedida como genuína benesse⁸.

Ainda a esse respeito, curioso observar que desde seu surgimento no Brasil, pelo texto da Constituição de 1824, a fiança é sempre prevista – e tem sido sempre interpretada – como uma espécie de garantia ou direito civil. É o que se extrai da análise das constituições de 1891, 1934, 1946 e 1967, estabelecendo-se a de 1937 como exceção à regra, uma vez que nela o instituto só é garantido em negativo, ou seja, no verso das previsões dos crimes inafiançáveis. Em outras palavras, desde o seu surgimento, a fiança sempre foi apresentada e compreendida como um benefício assegurado ao cidadão, compreensão que se arrasta até os dias de hoje.

Porém, enquanto medida cautelar prevista em um sistema que tem em seu vértice a presunção de inocência – e não a de culpa, mesmo diante da prisão em flagrante (CF, art. 5º, LVII) –, a fiança jamais poderá ser interpretada como benefício, mas sim como ônus imposto ao cidadão em restrição a direitos os quais, em circunstâncias normais, deveriam permanecer intactos. Não há dúvidas de que se trata de medida menos grave que a prisão; entretanto, fosse adequada e necessária a prisão, a fiança sequer seria aplicável, de modo que não se troca uma coisa por outra – o que nos levará, mais adiante, a um aprofundamento nas razões pelas quais não se pode conceber uma liberdade *mediante* fiança. É o que se infere do que expressamente prevê o art. 324, IV, do CPP, consoante se verifica:

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

[...]

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

⁸ Muito embora o princípio da presunção de inocência já fosse garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Brasil só veio a consagrá-lo expressamente no texto constitucional de 1988.

Mas nem a expressa previsão legal tem sido suficiente para transformar a mentalidade binária que ainda rege a interpretação e a aplicação das cautelares em processo penal, o que, segundo entendemos, bem reflete a história confusa do instituto em nosso ordenamento jurídico. A fim de ilustrar o que entendemos por *história confusa da fiança no Brasil*, cabe observar que, mesmo depois de transformado o próprio paradigma constitucional – especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração de 1948 –, nossa Constituição de 1988 manteve uma tradição que remonta à Carta de 1891, na medida em que previu expressamente em seu texto a inafiançabilidade relativamente a alguns crimes. Também manteve a expressa liberdade provisória, terminando, dessa forma, por contradizer o próprio sistema processual penal que estatuiu em contexto, o qual tem por fundamento a presunção de inocência e que, por ser assim, pressupõe a liberdade como regra, e não como exceção – como se dava em relação ao processo penal inaugurado pelo Código de 1941 que, a partir de então (1988), teve de ser reinterpretado.

Ainda: vale notar que a Constituição de 1988 e suas previsões de inafiançabilidade entraram em vigor em um contexto jurídico no qual a fiança restava praticamente esvaziada de aplicabilidade. Isso porque vigoravam as disposições inseridas na legislação processual pela Lei n. 6.416/77, a qual estabelecia na prática um sistema verdadeiramente binário, sem maiores alternativas entre a prisão e a liberdade para aqueles presos em flagrante, penalmente investigados ou acusados.

A nosso ver, portanto, em certa medida, o próprio texto da Constituição de 1988 termina por contribuir para a persistência de uma má interpretação e aplicação da fiança. Ou seja, contribui para a confusão generalizada acerca do instituto ao conservar em seu texto a expressão *inafiançabilidade* e a locução *liberdade provisória*⁹ – em si paradoxal, considerando a primazia da presunção de inocência –, as quais, fundidas em significação, acabam por concorrer para a perpetuação de um senso comum que toma a medida como verdadeiro *benefício* que assiste a investigados ou acusados os quais, em razão dela (a fiança), podem galgar a liberdade no curso da persecução penal *mediante* (condicionada à) prestação de garantia pecuniariamente mensurável.

Entretanto, considerando que a fiança deve ser interpretada enquanto medida inserida em um sistema que se estrutura a partir de princípios como o da presunção de inocência, é descabido que seja vista como um *benefício* ou que seja aplicada como *condicionante* de uma *liberdade provisória*. A perpetuação de uma cultura autoritária que parece não ter fim torna-se ainda mais injustificável após a reforma processual engendrada pela Lei n. 12.403/11, que incluiu a fiança em meio a diversas outras medidas cautelares

⁹ Vide art. 5º, LXVI, da CF.

cuja imposição deve preferir à prisão – a partir de então expressamente definida como *ultima ratio* –, a não ser que as circunstâncias demonstrem ser a privação provisória da liberdade a única medida adequada e necessária diante das circunstâncias.

Como se pode observar, harmonizando-se ao texto e contexto constitucionais, a reforma processual de 2011 buscou desvincular a fiança da ideia – equivocada, frise-se – de liberdade *provisória*, garantindo-a como medida cautelar autônoma no art. 319, VIII, do CPP. Todavia, apesar das notáveis evoluções, ainda não foi dessa vez que o legislador processual penal foi capaz de constitucionalizar-se, consoante se infere da expressão “da liberdade provisória, com ou sem fiança”, que se apresenta em abertura ao Capítulo VI do título reservado ao trato da prisão, das medidas cautelares e da liberdade – esta, mais uma vez, referida como *provisória* no Código de Processo Penal.

De todo modo, ainda que não se possa dizer de uma ruptura acabada com uma concepção ultrapassada de processo penal, certo é que foram muitas e louváveis as evoluções asseguradas pela Lei n. 12.403/11, sendo a elas que nos deteremos em seguida, especificamente no que concerne à fiança.

2 A FIANÇA ATUALMENTE

2.1 NOVAS FORMAS, VELHOS HÁBITOS

Conforme verificamos da breve análise histórica da fiança, em que pese a nova *roupagem* que lhe foi conferida pela Lei n. 12.403/11, alguns problemas persistem no que diz respeito à lógica – ou à falta de lógica – que teima em reger sua aplicação¹⁰.

Sem dúvida, as mudanças introduzidas em nosso processo penal pela referida legislação de reforma foram suficientes para resgatar a fiança do limbo a que havia sido atirada pela Lei n. 6.416/77, que praticamente lhe recusou aplicabilidade. Isso, em razão da redação dada ao art. 310 do Código de Processo Penal, vigente até ser totalmente alterado pela Lei n. 12.403/11.

Assim previa o referido dispositivo:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de

¹⁰ Algumas das abordagens aqui desenvolvidas são em desdobramento de análises feitas na seguinte obra: OLIVEIRA, E. P.; COSTA, D. B. da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei n. 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Ou seja, segundo as regras transcritas, depois de homologado o flagrante e ouvido o Ministério Público, deveria o juiz conceder a liberdade ao cidadão autuado, mediante simples assinatura de termo de comparecimento aos atos do processo, caso não verificados os requisitos ensejadores da prisão preventiva. Observe-se que não importava o delito praticado. Consoante se extrai do antigo dispositivo, homologado o flagrante e ouvido o Ministério Público, se da análise das circunstâncias não emergissem elementos determinantes à decretação da prisão preventiva, cumpria ao juiz restituir a liberdade ao autuado, mediante simples compromisso de comparecimento aos atos da persecução formalizada.

O raciocínio era assaz simples – especialmente no contexto da Constituição de 1988, em que, pelo princípio da presunção de inocência, a liberdade fez-se regra, e não exceção: não houvesse motivos legítimos para a decretação do aprisionamento preventivo, ao cidadão preso em flagrante era garantida a liberdade, “mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação”, e só. É dizer: de modo geral, o regramento estabelecido pela Lei n. 6.416/77 tornou inaplicável a fiança, na medida em que, diante do descabimento da prisão preventiva, não acolheu qualquer outra restrição a direitos que não a assinatura ao já referido termo de comparecimento aos atos do processo, destacando que, dada sua excepcionalidade, restrições a direitos devem contar não só com expressa previsão legal como também com acolhimento sistemático em coerência com o contexto constitucional em que se insiram – o que não era o caso.

Consideradas as circunstâncias descritas, portanto, não há dúvidas de que a Lei n. 12.403/11 foi eficaz em sistematizar o instituto da fiança, restituindo-lhe a aplicabilidade na medida em que o remodelou. Dentre as alterações e adequações promovidas, duas merecem especial destaque. Primeiramente, vale notar que a fiança atualmente se apresenta como uma dentre outras medidas cautelares aplicáveis em processo penal como alternativas à prisão (CPP, art. 319). Em segundo lugar – talvez se tratando da mudança mais relevante e menos observada –, verifica-se que a fiança, em seus atuais contornos, não pode, definitivamente, ser interpretada ou aplicada como medida condicionante da liberdade, seja porque o cabimento da prisão cautelar torna inaplicável a medida em questão (CPP art. 324, IV), seja porque não se pode admitir – nem indiretamente – que a liberdade tenha preço, especialmente no contexto da Constituição de 1988, que

firmou a liberdade como regra, e não como exceção, frise-se (art. 5º, *caput*, incisos LXI¹¹ e LVII, dentre outros).¹² Diga-se, inclusive, que, sob a égide de uma Constituição que tem na dignidade humana seu fundamento máximo, quanto à liberdade não podemos nos esquecer de que se trata de um *valor ideal*, e que, assim sendo, não há coisa que possa substituí-la como equivalente ao ponto de lhe conferir um preço. Oportuno, quanto ao exposto, resgatar a conhecida lição kantiana:

No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente; mas o que se eleva acima de todo preço, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade.¹³

Posto isso, inicialmente nos deteremos nas inovações introduzidas pela Lei n. 12.403/11 de cuja interpretação decorre que a fiança já não pode ser interpretada como medida condicionante da restituição da liberdade. E embora já não seja, definitivamente, uma condicionante para a restituição da liberdade, notamos que a absoluta maioria, talvez a quase totalidade dos que interpretam e aplicam o instituto quotidianamente ainda estão presos ao entendimento contrário, ou seja, à pré-história da fiança, a tempos idos em que assim dispunham os arts. 321 e 322 do CPP, com especial atenção para o advérbio *independentemente* (art. 321) e para a condicionante *se* (art. 322) – com amparo na sistemática do ordenamento jurídico outrora vigente:

Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, *independentemente* de fiança:

[...]

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

Interessante notar que o referido art. 322 do CPP já havia sido alterado pela Lei n. 6.416/77, a qual, no fim das contas, como visto, teve por efeito prático esvaziar de sentido a fiança, colocando-a em uma espécie de suspensão por mais de trinta anos, mais

¹¹ Em redação que se aproxima da conferida ao inciso LXI do Art. 5º da CF, assim dispõe o art. 283 do CPP, a partir da reforma da Lei n. 12.403/11:

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

¹² Aliás, quanto a isso, o art. 350 do CPP, tanto em sua redação atual, como na antiga, determina que, verificada a condição de pobreza do cidadão preso em flagrante, a prestação da fiança pode ser substituída pelas obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do mesmo código.

¹³ KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 1785/2009. p. 265.

precisamente até que entrou em vigor a Lei n. 12.403/11. Em síntese: diante da prisão em flagrante, a mentalidade continua sendo binária e, usualmente, regida por uma presunção de culpa, de modo que, ou se mantém o autuado preso, ou se solta, com a aplicação de uma ou mais cautelares sem qualquer atenção para a proporcionalidade que há de refletir um juízo de adequação e necessidade, fundamento indispensável para que se legitime a aplicação das diversas medidas que hoje estão à disposição dos magistrados – a prisão preventiva fixada como intervenção última e extrema (art. 282, § 6º, do CPP¹⁴).

Na prática, pois, constata-se que as grandes inovações cautelares introduzidas pela Lei n. 12.403/11 não foram capazes de exorcizar a prática jurisdicional da pesada influência de velhos fantasmas, sendo muitos e repetidos os casos em que a cautelar (fiança) é aplicada, embora desnecessária e obviamente inadequada, com destaque, ainda, para a indestrutibilidade da ideia que acriticamente persiste como verdade pronta e acabada segundo a qual a efetiva prestação da fiança se apresenta como condição inafastável à restituição da liberdade ao autuado.

Para não nos restringirmos à abordagem teórica da questão, cabe trazer ao debate um exemplo clássico de inadequada interpretação e aplicação da fiança segundo o entendimento que ora defendemos, com arrimo na Lei n. 12.403/11, enquanto inserida no contexto da Constituição de 1988. Referimo-nos, portanto, à insistência na imposição de fiança como condicionante à restituição da liberdade para cidadãos presos em flagrante pela prática de conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro¹⁵), sem danos ou lesões a terceiros¹⁶.

¹⁴ “Art. 282. [...]”

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

¹⁵ “Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I – concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II – sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora”.

¹⁶ Em termos gerais, o mesmo raciocínio que será desenvolvido em seguida se aplica às hipóteses de prisão em flagrante pela prática de receptação ou furto simples (arts. 180, *caput*, e 155, *caput*, do CP). Também nesses casos, embora se tratem de condutas tipificadas para as quais a lei comina penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos (que não autorizam a preventiva – art. 313, I, do CPP), corriqueira é a fixação de fiança como medida condicionante à restituição da liberdade, não raro a partir de valores

Em casos tais, a perplexidade não se limita à realidade corrente de a fiança ser imposta de imediato pela autoridade policial – disso trataremos um pouco mais adiante. Ainda mais bizarro é o fato corriqueiro de a cautelar ser mantida como condicionante da liberdade pela autoridade judicial à qual cabe analisar a prisão em flagrante, nos termos do art. 310 do CPP. Ou seja, muito usual – trivial até, quase um costume – é que a fiança imposta pela autoridade policial em restrição a direitos fundamentais (dentre eles, a liberdade) e como condicionante à restituição da liberdade seja mantida pela autoridade judicial nos casos de prisão em flagrante pela prática tipificada no art. 306 da Lei n. 9.503/97. E isso, sem maiores aprofundamentos críticos ou atenção para o descabimento da prisão preventiva nessas hipóteses – é o que só se admitiria em casos excepcionalíssimos, uma vez que a pena máxima abstratamente prevista para o delito em questão (três anos) sequer atinge o patamar mínimo autorizativo do encarceramento preventivo (art. 313, I, do CPP¹⁷). Temos, então, a realização do absurdo: uma prisão preventiva não autorizada por lei, mas que é aplicada na prática caso o cidadão não pague pela sua liberdade – o que se dá pela prestação de fiança. E não esqueçamos que, fosse adequada e necessária a prisão preventiva, inaplicável seria a fiança (art. 324, IV, do CPP), de modo que as práticas quotidianas postas em xeque nos colocam diante de uma espécie de quadratura do círculo, em absoluto prejuízo à coerência que deve estar na base de qualquer processo de interpretação e aplicação das normas que conformam um ordenamento jurídico que se pretenda legítimo. Fora desse plano de coerência espreita o arbítrio, que em nada se coaduna com o Estado Democrático de Direito fundado pela Constituição de 1988.

A fiança passa a se revelar, então, como uma espécie de coerção penal provisória, despida de aferição judicial da culpabilidade do indivíduo no momento em que imposta, apresentando o caráter *conjugado* de cominação penal, pela qual se impõe uma *pena* de alcance patrimonial – tal como uma espécie de multa – e com efeitos restritivos à liberdade –

impagáveis por parte de investigados – futuros acusados – que inclusive serão *beneficiários* da assistência judiciária gratuita. Em suma, portanto, a fiança termina por ser aplicada como medida *legitimante* da manutenção de um aprisionamento ilegal, seja pelo que prevê o inciso I do art. 313, seja pelo que consta do inciso IV do art. 324, ambos do CPP, consoante abordaremos adiante. Mais ainda: em casos tais, observa-se que a imposição da fiança como condicionante da restituição da liberdade acaba por perverter a cautelar, ao instrumentalizá-la para o fim de *esquentar* um encarceramento preventivo ilegal que antecipa as consequências de uma condenação e, mesmo, as excede, na medida em que as penas aplicáveis dentre as previstas abrem à possibilidade, por exemplo, da suspensão condicional do processo ou da substituição da privação de liberdade eventualmente aplicada por medidas restritivas de direitos. As restrições cautelares, assim, ultrapassam em gravidade as próprias sanções que poderão ser aplicadas ao final da persecução, em caso de sentença condenatória, o que expõe ainda mais o absurdo das situações que se tomam por objeto de análise neste estudo.

¹⁷ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; [...]

no ponto em que condiciona sua restituição ao adimplemento patrimonial mencionado –, ainda que se trate de medida cautelar. Ao contrário do preço que é colocado na liberdade do indivíduo, o prejuízo decorrente do uso incorreto da fiança que prejudica a concessão da liberdade ao indivíduo, e ainda o onera patrimonialmente, não pode ser apurado, embora potencialmente enseje a responsabilização civil do Estado.

Mas ainda há a ser dito, uma vez que não se pode olvidar da vulnerabilidade socioeconômica que se impõe como realidade à boa parte dos apanhados pela teia do sistema penal, agregando contornos ainda mais perversos às práticas analisadas. Isso porque os valores arbitrados a título de fiança – como condicionantes da liberdade – são, em muitos casos, inalcançáveis pelos cidadãos presos em flagrante, que, assim, veem-se submetidos a uma prisão preventiva descabida por violação a pressuposto básico (tempo mínimo de pena abstratamente cominada que a autorize – art. 313, I, do CPP) e a condicionante primária (uma vez que, fosse cabível a preventiva, inaplicável seria a fiança – art. 324, IV, do CPP), sem, por fim, qualquer consideração ao que dispõe o art. 350 do CPP – cuja força é realçada pela essência da Constituição de 1988:

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

Tais contradições, além de evidenciarem a inobservância da lei e da Constituição no que tange à imposição da fiança, desvelam-na, na prática, enquanto instrumento versátil para o encarceramento da pobreza, expressão processual de velhas e conhecidas funções não declaradas do sistema penal, em sua intervenção seletiva¹⁸.

No que concerne à análise acerca da *necessidade e adequação* quando da aplicação das cautelares, trata-se de um fundamento elementar à formação do juízo de proporcionalidade que é pressuposto para a legítima imposição da restrição a direitos instrumentalizada por tais medidas, eis que limitam a liberdade de que o sujeito deveria gozar amplamente em circunstâncias *normais*. Nesse sentido, cabe transcrever o art. 282 do CPP, bem como seus incisos I e II, que sintetizam o regramento geral para interpretação e aplicação das cautelares:

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

¹⁸ O que remete à concepção trabalhada por Giorgio Agamben acerca do *homo sacer*, os contornos da aplicação prática da fiança envolvendo o indivíduo a ela submetido numa espécie de limbo jurídico, em que não há pena formalmente considerada, mas medidas que, embora processuais, a ela equivalem em coerção violadora de direitos fundamentais (AGAMBEN, G. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. v. 1).

- I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Nota-se, portanto, que os dispositivos citados correspondem a verdadeiro regramento geral no que tange à aplicação das cautelares, as quais sempre deverão seguir uma linha de pertinência em relação às circunstâncias do fato delitivo e condições pessoais de seu agente, considerando, especialmente, as finalidades a que se prestam as medidas, quais sejam, assegurar a aplicação da lei penal, resguardar a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, evitar a prática de infrações penais. Oportuno e conveniente lembrar, a propósito, que nas hipóteses de infrações às quais se apliquem as disposições da Lei n. 9.099/95, diante de situações de flagrância, a referida lei traz autorizativo específico. Ou seja, diante de lavratura de termo circunstanciado de ocorrência (TCO) por parte da autoridade policial que tomar conhecimento da prática de infração, seu art. 69, § 1º, permite àquele apontado como autor do fato liberar-se da prisão em flagrante (e da fiança) caso assuma formalmente o compromisso de comparecer perante o Juízo Especial, a fim de se submeter aos procedimentos previstos na legislação de regência (arts. 72 e seguintes da Lei n. 9.099/95). Nesse sentido:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Mas não é só. Para além do cuidado necessário em relação às hipóteses abrangidas pela Lei n. 9.099/95 – diante da situação de flagrância –, não menos importante se mostra a atenção em relação ao disposto no § 1º do art. 283 do CPP (com redação dada pela Lei n. 12.403/11), a seguir transcrito:

Art. 283. [...]

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Como se pode notar, o dispositivo em questão se apresenta como verdadeiro fio pelo qual se alinhava o direito processual ao direito penal, na medida em que a própria natureza cautelar das medidas em análise não autoriza que instrumentalizem restrições a direitos mais graves que as decorrentes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. É dizer, no que concerne aos reflexos desse dispositivo para toda a sistemática

de manejo das cautelares: as medidas restritivas de direitos aplicáveis para assegurar a aplicação da lei penal, em resguardo à investigação ou à instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (no que está contida a garantia da ordem pública e da ordem econômica – art. 312 do CPP) devem observar, em seu horizonte, as sanções aplicáveis em caso de sentença penal condenatória. Diz-se, pois – e mais uma vez –, de um juízo de proporcionalidade – necessidade e adequação – que deve motivar e se expressar como fundamento das decisões pelas quais se imponham medidas cautelares em restrição a direitos de investigados ou acusados em persecução penal, sempre voltado às possibilidades abertas pela lei no que tange à transação penal e à suspensão condicional do processo (previstas pela Lei n. 9.099/95), além das possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade (arts. 43 a 48 do Código Penal) ou, até mesmo, de sua suspensão – *sursis* –, aplicável inclusive pelo juízo da execução (arts. 77 a 82 do CP e arts. 156 a 163 da Lei n. 7.210/84 – LEP).

Essa influência reflexa, mas decisiva do direito penal sobre os limites a serem observados no manejo das cautelares tem importância restritiva de marcada relevância, especialmente no que diz da imposição da prisão preventiva. Todavia, essas *contenções reflexas* determinadas pelo direito em relação aos instrumentos cautelares previstos em processo penal terminam por interessar ao estudo proposto na medida em que, considerados os vícios já denunciados relativamente à aplicação da fiança como condicionante à liberdade – em franco desrespeito ao expressamente previsto no art. 324, IV, do CPP e à própria Constituição –, desbordam o âmbito da imposição da prisão preventiva para também restringir a aplicação da fiança.

Afinal, consoante exposto – especialmente a partir de exemplo vulgarizado em nossas práticas quotidianas¹⁹ –, ao fim e ao cabo, o que se observa é a imposição perversa, pela via do arbitramento de fiança como condicionante à liberdade, de um encarceramento preventivo muitas vezes descabido, inclusive por ausência de pressuposto básico (pena abstratamente cominada para o delito – art. 313, I, do CPP). Tem-se, aí, uma dupla violação, que atinge tanto os parâmetros legais de manejo das medidas (fiança e prisão preventiva), como a própria proporcionalidade que lhe é pressuposto, enquanto juízo obrigatório de adequação e necessidade que há de justificar a imposição das cautelares.

Em resumo, são bem corriqueiros os casos em que a fiança é aplicada como medida impeditiva à liberdade, de prolongamento ou mesmo manutenção de um aprisionamento

¹⁹ Imposição da fiança em casos de prisão em flagrante pela prática da conduta tipificada no art. 306 da Lei n. 9.503/97.

ilegal²⁰, ao arrepio das finalidades e limites que a lei impõe a essa cautelar específica – que não é condicionante da liberdade! – e, ainda, sem o necessário juízo de adequação e necessidade em relação às circunstâncias do caso e às condições pessoais do agente colhido pelo sistema penal por lhe ser imputada a prática de infração.

Nessas dinâmicas, nas sombras do franco desrespeito à lei e à Constituição, o que floresce é o arbítrio tributário de ideologias autoritárias, que nos lança em retrocesso histórico na medida em que reaviva o espírito de um tempo em que a liberdade era direito provisório, tendo em vista a presunção de culpa decorrente do estado de flagrância. Entretanto, o pior é constatar que nem a experiência, nem as próprias leis – e a Constituição – são suficientes a conter os abusos do aparato repressivo estatal, o poder superando o saber na funesta marcha que corrói as bases do Estado de Direito.

Certo é, entretanto, que a própria lei concorre para tais abusos, na medida em que não se restringe aos limites impostos pelo texto e pelo contexto da Constituição de 1988. É o que se verifica, por exemplo, quando confere à autoridade policial o poder de limitar direitos individuais fundamentais impondo a fiança ou quando repete imprecisões constitucionais, conferindo importância destacada – mas meramente retórica – ao termo *inafiabilidade*. A essas contradições dedicaremos doravante nossa atenção.

2.2 INCONGRUÊNCIAS SISTEMÁTICAS CONCERNENTES À FIANÇA

2.2.1 A Autoridade Policial e a Fiança

Embora o tema já tenha sido introduzido, a problemática relativa à possibilidade de arbitramento da fiança pela autoridade policial reclama maior aprofundamento crítico, razão pela qual retomamos a análise do tema.

Nesse sentido, cabe já de início pontuar que a fiança não é benefício ou garantia, mas medida cautelar processual penal de restrição a direitos, cuja imposição é reservada à autoridade judicial, como expressão de poder. Assim sendo, não é dado à legislação infraconstitucional atribuir poderes estritamente jurisdicionais ao delegado de polícia, ao qual são atribuídas funções administrativas, de polícia judiciária, que não se veem limitadas, por exemplo, pelo dever de imparcialidade. Em suma, do mesmo modo que é da autoridade judicial o poder – e o dever – de ordenar a soltura, também lhe são exclusivos

²⁰ Destacando, mais uma vez que, se aplicável a fiança, descabida a prisão preventiva (CPP, art. 324, IV).

os poderes – e os deveres – de determinar a prisão, manter preso ou impor restrições a outros direitos e garantias fundamentais do cidadão, tudo isso a se legitimar por decisão fundamentada, passível de controle segundo o contraditório e a ampla defesa (consoante se infere, dentre outros, do previsto no art. 283, *caput*, do CPP, bem como nos arts. 5º, LIV, LV, LXI, e 93, IX, da CF).

No entanto, não somente por questões fundamentais, a discrepância é manifesta e causa perplexidade diante da ruptura que enseja entre a legislação processual penal e a Constituição. A assistemática em questão decorre também das próprias contradições internas que a reforma promovida pela Lei n. 12.403/11 trouxe em seu bojo.²¹ A título de exemplo – ultrapassadas as inconstitucionalidades flagrantes –, verifica-se que o próprio Código de Processo Penal, ao prever uma regra de exceção para que a fiança possa ser arbitrada pela autoridade policial (estampada em seu art. 322, *caput*), incorre em evidente paradoxo, considerando o pressuposto geral estabelecido no art. 282, § 2º, do qual se extrai expressa disposição no sentido de que as cautelares somente serão impostas pelo juiz, facultando-se à autoridade policial apenas a representação por sua aplicação ao cidadão investigado.

Seguem transcritos os dois artigos referidos, observada a ordem em que se apresentam no Código, a qual deve ser levada em conta para sua interpretação coerente:

Art. 282. [...]

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

[...]

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Como resultante prática de tais incongruências, assiste-se quotidianamente à imposição de fianças impagáveis por delegados de polícia, não raro – ou frequentemente – chanceladas por juízes, o que, em verdade, representa a manutenção de uma prisão preventiva indevida – e ilegal –, seja por desatender a pressupostos básicos (como o relativo à pena abstratamente cominada para o delito – art. 313, I, do CPP), seja porque, conforme já

²¹ A esse respeito, convém destacar que a forma final de qualquer texto normativo depende da aprovação do Legislativo, de modo que as atecias e incoerências observadas não podem, em regra, ser atribuídas aos juristas que trabalham em sua elaboração.

exposto, a fiança não poder ser aplicada como condicionante da liberdade – afinal, sendo ela cabível, descabida a preventiva (mais uma vez, art. 324, IV, do CPP).

É válido ainda questionar: se somente o juiz pode homologar prisões em flagrante, impor cautelares ou substituí-las, qual seria o fundamento legitimante do mencionado art. 322, *caput*, do Código de Processo Penal ao conferir poderes à autoridade policial para arbitrar a fiança? Uma vez que se exige um juízo de proporcionalidade – adequação e necessidade – para aplicação das cautelares, de modo a alinhá-las em pertinência às circunstâncias do fato e condições do agente, o que poderia fazer da fiança uma espécie de *remédio geral*, abrangente ao ponto de poder ser imposta por autoridade que não a judicial – não obstante a esta seja reservada a aplicação de medidas restritivas a direitos fundamentais ao longo da persecução penal²²? São indagações que se reputam necessárias, as quais, à míngua de respostas razoáveis e que resistam a um leve toque crítico, apenas agravam a perplexidade gerada pela abertura legal à possibilidade de imposição da fiança por autoridade policial no sistema cautelar engendrado pela Lei n. 12.403/11, no contexto da Constituição de 1988.

Ao imaginarmos a autoridade policial impondo proibições de acesso a determinados locais, comparecimento periódico em juízo, monitoração eletrônica, recolhimento domiciliar, ou qualquer outra medida de caráter cautelar, a qualquer indivíduo preso em flagrante em razão de conduta à qual seja cominada pena máxima inferior a quatro anos, antecipando-se à análise judicial do caso, torna-se nítida a porta que se abre ao abuso de poder pelo *caput* do art. 322 do CPP. Em síntese: não há justificativas plausíveis para que a fiança se apresente como uma exceção à lógica do sistema cautelar fundado pela Lei n. 12.403/11 no contexto da Constituição de 1988, vislumbrando-se, na possibilidade aberta à imposição da fiança por autoridade policial, verdadeira via – inconstitucional – para ampla expressão de abusos e discricionariedades que remontam a épocas ditatoriais.

Tal abordagem auxilia na compreensão da problemática que envolve a fiança, bem como sua adequada interpretação e aplicação, possivelmente dificultadas em razão de a medida cautelar ser ainda analisada sob lentes que reportam a tempos passados da história de nosso país e de nosso processo penal. Mas há quem faça questão de se esquecer do passado, talvez para melhor reeditá-lo no presente e, dessa forma, resguardar-se com alguma segurança ante as incertezas que se anunciam do futuro, o que se traduz na preguiça

²² Fosse observado qualquer princípio lógico na abertura de semelhante exceção – ainda que em violação à Constituição –, em se optando por atribuir à autoridade diversa da judicial o poder cautelar, tal delegação deveria abranger todas as medidas previstas, e não se limitar à fiança, considerando a pertinência exigida entre a(s) cautelar(es) aplicada(s) e as circunstâncias do fato e condições do agente, das quais se pode aferir sua adequação e necessidade.

hermenêutica ideologicamente pouco inocente que reveste a interpretação que ainda se faz da fiança, mumificada no senso comum.

Além disso, há o que se dizer em relação às contradições de nosso ordenamento jurídico no que concerne à fiança, de modo que doravante analisaremos a insistência – inclusive constitucional – na referência à *inafiançabilidade*.

2.2.2 Da Inafiançabilidade

Os fetiches que rondam o acoplamento da *inafiançabilidade* a determinadas infrações também remetem a tempos idos. Nestes, a liberdade era provisória diante da prisão em flagrante e a fiança, verdadeira condicionante de sua restituição (da liberdade) ao cidadão que, em estado de flagrância, era colhido pelo sistema penal. Noutros termos, a insistência na previsão de *crimes inafiançáveis* bem expressa o amálgama de incompreensões, mitos e refugos autoritários que ainda impregnam o senso comum estabelecido em torno da fiança, impedindo sua compreensão e aplicação segundo o contexto legal e constitucional em que se insere, o que, diga-se, afeta não só o legislador, mas também os próprios profissionais dos quais se espera a adequada interpretação da cautelar.

Ao que tudo indica, o adjetivo *inafiançável* tem poderes mágicos sobre o inconsciente de quem legisla, de quem concorre para a aplicação da lei e de quem vota, na medida em que parece acrescentar rigor repressivo ante a prática de determinadas condutas. No entanto, como é próprio dos fetiches, o rótulo da inafiançabilidade apenas parece acrescentar o rigor repressivo ansiado por ancestrais clamores punitivistas²³. Isso porque, como sabemos – ou deveríamos saber –, se inaplicável a fiança, são cabíveis, por outro lado, todas as demais cautelares admitidas em nosso processo penal, sendo notório que já não há presunção de culpa diante da prisão em flagrante, de modo que a liberdade, mesmo nessas circunstâncias, não é provisória, sendo muitas as alternativas à prisão preventiva, que, inclusive, é medida excepcionalíssima, *ultima ratio* entre as demais.

Diante disso e das restrições que se impõem ao aprisionamento preventivo – inclusive no que tange ao tempo de pena abstratamente previsto²⁴ –, conclusão certa é que a previsão de inafiançabilidade se esvazia em mero recurso simbólico, pelo qual se busca

²³ Cada vez mais estimulados pela mídia e transformados em atos concretos, como bem demonstram os recentes linchamentos e as mais diversas manifestações violentas de intolerância observáveis no Brasil.

²⁴ Sem perder de vista a necessidade de se manejar as cautelares com análise das possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade ou mesmo de sua suspensão, segundo a legislação penal.

afirmar uma grave preocupação quanto à repressão de certas condutas, o que, contudo, não se confirma na prática, por razões óbvias e diversas, que, é de se pressupor, deveriam ser conhecidas por parte de quem legisla. Em português claro, a inafiançabilidade é uma falsa promessa que se sabe impassível de cumprimento e pela qual se busca aplacar – com boa margem de *lucro* populista e eleitoreiro – a insegurança e os anseios punitivistas da população em face de certas condutas, como se dá com o racismo, com a tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e aqueles definidos como crimes hediondos, além da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da CF, e art. 323, I, II e III, do CPP).

Portanto, despida dos adornos retóricos e do conteúdo inconsciente que veicula a partir do senso comum construído em torno da fiança, a previsão de *inafiançabilidade* emerge, em realidade, apenas como mais uma limitação a quem compete aplicar as cautelares do processo penal, uma vez que lhe abre a possibilidade de impor todas as medidas previstas no ordenamento de regência, menos a fiança – ainda que fosse ela necessária e, segundo as circunstâncias do caso e condições do agente, a mais adequada. Quanto às conclusões alcançadas, é oportuno destacar que a falácia da *inafiançabilidade* já se poderia detectar quando da elaboração e promulgação da Constituição de 1988, considerando o esvaziamento do instituto da fiança antes promovido pela Lei n. 6.416/77 (em vigor há até bem pouco tempo), tal como anteriormente abordado.

Posto isso, uma vez que *mentiras sinceras não interessam*, quanto à *inafiançabilidade* não mais nos alongaremos, até para não conferirmos prestígio desnecessário à questão que já deveria estar superada, tão ultrapassados os conceitos que ativa e os fetiches que aviva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas as análises, considerações e ponderações que entendemos necessárias e adequadas ao desenvolvimento deste trabalho, fica, por fim, a seguinte indagação: afinal, o que é a fiança e como ela pode ser corretamente aplicada? É a essa pergunta que procuraremos responder, de forma desmistificada, à guisa de encerramento do estudo proposto.

Trata-se a fiança, portanto, de medida cautelar processual penal – espécie que sempre deve ser compreendida como um ônus ao acusado, ainda que menos gravoso do que a prisão preventiva –, tal qual prevista no art. 319, VIII, do CPP, que pode ser aplicada de forma autônoma – cumulada ou não com outra(s) cautelar(es), consoante art. 282, § 1º, do CPP – ou em substituição à prisão preventiva já imposta (art. 282, §§ 4º, 5º e 6º, do CPP), desde que se justifique, inclusive por motivação expressa na decisão que a imponha (arts. 283 do CPP e 93, IX, da CF), como medida restritiva de direitos necessária

e adequada – considerando sua natureza cautelar, as circunstâncias do fato, a gravidade do crime e as condições do indiciado ou acusado (art. 282, I e II, do CPP).

Note-se que, observado o juízo de proporcionalidade, enquanto medida cautelar restritiva de direitos fundamentais, a fiança só pode ser imposta diante de infrações para as quais seja prevista pena privativa de liberdade (art. 283, § 1º, do CPP)²⁵, sendo descabida se adequada e necessária a prisão preventiva (art. 324, IV, do CPP). É válido ressaltar que a análise até aqui desenvolvida acerca das previsões constitucionais e legais concernentes à fiança é suficiente para evidenciar claros impedimentos de texto e contexto no que se refere à sua imposição por autoridade que não seja judicial ou à sua aplicação como medida condicionante de restituição da liberdade. Quanto a essa última questão, certo é que, posto em liberdade e submetido à fiança, caso venha a *quebrá-la* – já em liberdade –, seja no que respeita à prestação da garantia estabelecida (arts. 325 a 330 do CPP), seja no que tange às demais obrigações cujo cumprimento a fiança visa resguardar (arts. 319, VIII – segunda parte –, 327 e 328 do CPP)²⁶, o cidadão indiciado ou acusado poderá tê-la substituída por outra(s) cautelar(es) e, em último caso, inclusive pela prisão preventiva (art. 282, §§ 4º, 5º e 6º, do CPP). Ou seja, a restituição da liberdade não pode ser condicionada ao pagamento da fiança (com destaque para as circunstâncias abrangidas pelo art. 350 do CPP), mas o descumprimento do que se impõe por esta cautelar pode ensejar o aprisionamento do sujeito que a suas restrições se faça refratário.

De todo modo, uma vez que a imposição da fiança pressupõe um juízo de proporcionalidade a exigir a análise de sua adequação às condições pessoais do indiciado ou acusado, tem-se que a cautelar será aplicável apenas em hipóteses excepcionálíssimas, conclusão que é resultante do cotejo entre as possibilidades socioeconômicas da parcela

²⁵ Ressaltamos que o juízo não se faz obrigado a impor medidas cautelares diante de toda e qualquer prisão em flagrante pela prática de conduta punível com pena privativa de liberdade. Cabe-lhe aplicar medidas cautelares, desde que necessárias e adequadas, *se for o caso*, como expressamente prevê o art. 321 do CPP, segundo o qual – com algumas imprecisões técnicas, a nosso sentir –, se “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, *se for o caso*, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código” (grifo nosso).

²⁶ Sem dispor expressamente sobre o descumprimento da prestação economicamente mensurável que é de sua essência, as hipóteses de quebramento da fiança estão definidas no art. 341 do CPP, que assim prevê:

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

I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV – resistir injustificadamente a ordem judicial

V – praticar nova infração penal dolosa”.

majoritariamente atingida pela intervenção penal e as exigências da medida em questão, que implicam o depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou hipoteca de bens (art. 330 do CPP). Diante disso, considerando que a pobreza não pode ser causa de recusa da fiança (art. 350 do CPP), tampouco fator que se possa admitir como impeditivo ou condicionante da liberdade, tem-se que, na ampla maioria dos casos ensejadores de persecução penal em nosso país²⁷, outras medidas serão mais adequadas para o acautelamento necessário, que não a prevista no inciso VIII do art. 319 do CPP. Aliás, por oportuno, cumpre ressaltar a incongruência que então se desvela entre a concessão da assistência judiciária gratuita – por si só indicativa de uma condição de pobreza marginalizante – e a imposição da fiança, que, em caso de condenação, tem, dentre suas destinações, o pagamento das custas processuais (art. 336 do CPP).

Desse modo, compreendida a fiança segundo o contexto em que se insere como medida cautelar processual penal, tem-se que sua adequada aplicação dependerá, para além da verificação dos pressupostos legais que abstratamente a autorizem, do enfrentamento de hipóteses em que as circunstâncias do fato façam vislumbrar a necessidade de indenização à vítima ou indiquem a possibilidade de imposição de prestação pecuniária ou multa ao final da persecução penal, sem nos esquecermos da indispensável análise acerca das condições pessoais do indiciado ou acusado que, não sendo beneficiário da justiça gratuita, deve contar com patrimônio (dinheiro, imóveis, pedras preciosas etc. – art. 330 do CPP) cuja perda lhe onere ao ponto de vinculá-lo ao processo. Em suma, toma-se a fiança como cautelar assaz específica, cuja imposição não se coaduna com a realidade da grande maioria dos que se fazem atingidos pelo sistema penal, o que torna evidente que a banalização de seu manejo veicula boa dose de abuso e violência institucional, em clara expressão das funções não declaradas do aparato repressivo estatal, mais precisamente quanto à sua seletividade e às dinâmicas perversas segundo as quais opera, enquanto instrumento de contenção da miséria pelo aprisionamento.

Por este estudo, portanto, pretende-se positivamente *quebrada* a fiança tal como ainda se insiste em compreendê-la, segundo mitos, crenças e ideologias ultrapassados, os quais, mesmo formalmente distantes, ainda compõem um senso comum muito vivo na prática, em detrimento da lei e da Constituição. É o que não se pode admitir e deve

²⁷ Que envolve indivíduos privados até mesmo do que se pode considerar um *patrimônio mínimo* necessário a uma existência digna, no que destacamos que a imposição da fiança e a correta compreensão da cautelar não podem desconsiderar o disposto no art. 548 do Código Civil, dada a necessidade de sistematizar com coerências previsões legais submetidas a um mesmo ordenamento constitucional.

motivar esforços no sentido de transformar a cultura corrente acerca da fiança, sob pena de, pelas mãos de um passado que inspira as práticas abusivas instrumentalizadas na imposição quotidiana dessa cautelar, assistirmos à progressiva corrosão do próprio Estado Democrático de Direito que se anunciou como presente e futuro da sociedade brasileira pela Constituição de 1988, em cujo enredo ainda busca frágil sustentação.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.
- BRANDÃO, J. de S. **Mitologia grega**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. v. 3.
- BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Congresso Nacional Constituinte: Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Assembleia Nacional Constituinte: Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Assembleia Nacional Constituinte: Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)**. Assembleia Nacional Constituinte: Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- BRASIL. **Constituição (1967)**. Brasília: Planalto do Governo, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- _____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. **Coleção das Leis do Brasil**. Rio de Janeiro, 1933. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.
- _____. Lei n. 9.099, de 23 de setembro de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

KANT, I. (1785). **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009.

OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Processo e hermenêutica na tutela penal de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012

OLIVEIRA, E. P. de; COSTA, D. B. da. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei n. 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.