

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE LINGUAGEM, CIÊNCIAS AGRÁRIAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

EVERALDO DUARTE RODRIGUES

**FIANÇA:
O NÃO PAGAMENTO ENSEJA PRISÃO POR DÍVIDA**

PONTES E LACERDA/MT

2020

EVERALDO DUARTE RODRIGUES

**FIANÇA:
O NÃO PAGAMENTO ENSEJA PRISÃO POR DÍVIDA**

Monografia apresentada ao curso de Direito, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Esp. Fernando Henrique Viola.

**PONTES E LACERDA/MT
2020**

EVERALDO DUARTE RODRIGUES

**FIANÇA:
O NÃO PAGAMENTO ENSEJA PRISÃO POR DÍVIDA**

Monografia apresentada ao curso de
Direito, como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovado em ____/____/____

Orientador: Prof. Esp. Fernando Henrique Viola de Almeida
Universidade do Estado de Mato Grosso

Prof. Leoncio Pinheiro da Silva Neto
Universidade do Estado de Mato Grosso

Prof. Matheus Salomé de Souza
Universidade do Estado de Mato Grosso

Dedico este trabalho à minha família, principalmente a minha esposa Cintya Marchiori pelo apoio incondicional em minha vida acadêmica, e ao meu irmão companheiro de todos os dias nessa jornada de 05 anos Dorival Duarte Rodrigues.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em especial aos seguintes professores:
**Fernando Henrique Viola de Almeida, Gean Carlos Balduino Júnior, Leôncio
Pinheiro da Silva Neto**

RESUMO

O objetivo deste estudo foi verificar as implicações contra a manutenção de custódia cautelar baseada na falta de pagamento de fiança, esta que encontra previsão no art. 325, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Assim, procurou apresentar de maneira ampla o instituto da fiança e indicar, como ficam as regras acerca deste instituto com as nuances invocadas pela Lei n.º 12.403/2011. Desta forma, cumpre aqui refletir acerca de como ficará a manutenção de prisão em razão da impossibilidade de pagamento de fiança, se haverá a prisão do devedor da fiança por falta de pagamento ou um mero título da dívida ativa como ocorre em casos de multas. Foi utilizada a pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa. Com o resultado da pesquisa foi possível concluir que no intuito de tornar mais limitado o cabimento da prisão no país o legislador excepcionou as hipóteses de encarceramento dos acusados e de um lado vinculou a lei o julgador ao dar efetividade ao que já era uma construção jurisprudencial, vedando por consequência a possibilidade de prisão cautelar e deu, por outro lado ao julgador a liberdade de aplicar medidas cautelares diversas e adequadas a cada caso em concreto, como o estabelecimento de uma fiança.

Palavras-chave: fiança; prisão; dívida.

ABSTRACT

The objective of this study was to verify the implications against the maintenance of precautionary custody based on the failure to pay bail, which is provided for in art. 325, items I and II, of the Criminal Procedure Code. Thus, it sought to present the bail institute in a broad way and indicate how the rules regarding this institute are with the nuances invoked by Law No. 12,403 / 2011. Thus, it is necessary to reflect here on how the maintenance of prison will be due to the impossibility of paying bail, if there will be the arrest of the bail debtor for non-payment or a mere title of the active debt as occurs in cases of fines. Bibliographic research with a qualitative approach was used. With the result of the research, it was possible to conclude that in order to make the prison's capacity in the country more limited, the legislator exceptioned the cases of incarceration of the accused and, on the one hand, bound the law to the judge by giving effect to what was already a jurisprudential construction, consequently forbidding the possibility of provisional arrest and, on the other hand, gave the judge the freedom to apply different and adequate precautionary measures to each specific case, such as the establishment of a bond.

Keywords: bail; prison; debt.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA DECRETAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES	11
2 O INSTITUTO DA FIANÇA NO PROCESSO PENAL	13
2.1 Definição	15
2.2 Objetivo e finalidade	17
2.3 Cabimento e fixação	18
2.4 A incongruência legislativa acerca da fiança	25
3 O PROCEDIMENTO DA FIANÇA: EXTINÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS	30
3.1 Quebramento da fiança	31
3.2. Perdimento do valor da fiança	33
3.3 Cassação da fiança	33
3.4 Fiança sem efeito (fiança inidônea)	34
3.5 Reforço	34
4 DAS IMPLICAÇÕES DECORRENTES DO NÃO PAGAMENTO DA FIANÇA E A JURISPRUDÊNCIA	35
5 CONCLUSÃO	39
REFERENCIAS	41

INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a analisar dentro do panorama jurídico da prisão penal o instituto da fiança que tem em sua essencial a finalidade precípua de simplificar o processo de soltura, daquele acusado que ao ter sua prisão preventiva fixada tem condições de efetivar o pagamento de valor em garantia real.

O direito de ser presumido inocente é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, constituindo-se em garantia processual penal que visa à tutela da liberdade pessoal. O Estado detém o ônus de comprovar a culpabilidade do indivíduo, posto que, constitucionalmente, o mesmo é presumido inocente, sendo tal garantia, também, o diferenciador entre o Estado de Direito e os regimes totalitários, nos quais impera o arbítrio estatal.

De tal modo no intuito de tornar mais limitado o cabimento da prisão no país o legislador excepcionou as hipóteses de encarceramento dos acusados e de um lado vinculou a lei o julgador ao dar efetividade ao que já era uma construção jurisprudencial, vedando por consequência a possibilidade de prisão cautelar e deu, por outro lado ao julgador a liberdade de aplicar medidas cautelares diversas e adequadas a cada caso em concreto, como o estabelecimento de uma fiança ao acusado para que possa aguardar em liberdade.

O objetivo geral pretendido com esta abordagem está em verificar as implicações contra a manutenção de custódia cautelar baseada na falta de pagamento de fiança, esta que encontra previsão no art. 325, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Dentro da temática escolhida nesta pesquisa para compreensão busca-se apresentar de maneira ampla o instituto da fiança e indicar, como ficam as regras acerca deste instituto com as nuances invocadas pela Lei n.º 12.403/2011, que acabou por delimitar a procedimentalização. Nessa toada, cumpre aqui refletir acerca de como ficará a manutenção de prisão em razão da impossibilidade de pagamento de fiança se haverá a prisão do devedor da fiança por falta de pagamento ou um mero título da dívida ativa como ocorre em casos de multas.

A novel norma trouxe em seu bojo algumas perplexidades, no entanto, de maneira oportuna visou a adequação do processo penal aos primados constitucionais vigentes a partir da constitucionalização do diploma penalista, dentre aos quais o princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência, desdobramento do princípio do devido processo legal, que assegura a liberdade do acusado até que seja lhe atribuída uma condenação.

Assim delineado, longe de pretender o esgotamento do tema deveras polêmico e, de certa forma, reacendido com as mudanças ocasionadas pelo advento da Lei n.º 12.403/11, evidente que, antes delas, houve considerável evolução na atuação do juiz no processo, deixando este de figurar como mero expectador para assumir papel ativo quanto a sua obrigação de pagamento da fiança sob pena. Depreende-se que várias foram às modificações trazidas por ela ao contexto da sistemática de prisão/medida cautelar previsto pelo Código de Processo Penal

Nesse desenvolver e a partir dessas inquietações justifica-se o tema aqui lançado ao debate uma vez que o instituto da fiança que recentemente recebeu novo regramento pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, traz a ideia de simplificar o processo de soltura, a quem pode pagar a garantia real terá a liberdade assegurada de pronto. Releva-se o problema uma vez que o assunto além de atual se mostra bastante polêmico no contexto social atual.

Para a exata compreensão da fiança deve ser levada em conta as mais diferentes doutrinas existentes no direito pátrio, a fim de apresentarmos a fiança e dar a definição mais adequada a fixar a compreensão, de que, nos termos do Código de Processo Penal, se trata de “uma caução que serve para eventual pagamento de multa, de despesas processuais e de indenização no caso de sua condenação judicial transitada em julgado (definitiva)

A fiança, temática desta abordagem e sua aplicação junto ao processo penal brasileiro, sofreu ao longo dos anos inúmeras e variadas modificações até chegar ao modelo atual de aplicação e vinculação do acusado afiançado à persecução criminal, quando confere um benefício ao acusado possibilitando-o de gozar de sua liberdade até que seja proferida sentença penal irrecorrível.

Deveras adota-se ainda o método exploratório em que se deve contemplar as acepções, implicações e nuances desta temática no contexto atual da sociedade brasileira e frente as inovações apresentadas ao instituto da fiança com o advento da prisão em flagrante trazida pela Lei n.º 12.403/2011, com vistas a cumprir os objetivos propostos ao trabalho, num posicionamento conclusivo sobre as questões abordadas e problematizadas nesta pesquisa.

1 DA DECRETAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES

Diante da periculosidade e dos antecedentes do agente, há a necessária aplicação das medidas cautelares, além das condições existentes do art. 312 do Código de Processo Penal, com a observância das condições estampadas pela nova Lei n.º 12.403/2011.

O legislador primário já tinha deixado claras as condições para a aplicação das medidas cautelares, ou seja, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Logicamente que as condições explicitadas no ordenamento jurídico não é, e nem pode ser faculdade do juízo, mas deve o magistrado fundamentar quais são as garantias e comportamento do agente que enseja sua real afronta as condições constantes do art. 312 do CPP.¹

Tais fundamentos, não decorrem simplesmente da legislação infraconstitucional, artigos 131, 162 e 165 do Código de Processo Civil, mas constitucional no art. 93, inciso IX. A fundamentação das decisões judiciais é hoje um dever, sobretudo porque prevista na Constituição e é tratada como garantia fundamental inerente ao Estado de Direito e Estado Democrático de Direito.

Com isto os órgãos jurisdicionais do Estado têm o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos, afastando-se o arbítrio e interferências estranhas ao sistema legal em vigor (ideologias; arbitrariedades; subjetividades do pensar dos juízes), permitindo que os acusados tenham conhecimento e exerçam o controle da função jurisdicional.

¹ EMENTA: "HABEAS CORPUS". TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA. FIANÇA. DECOTE. IMPOSSIBILIDADE. LEGALIDADE DA PRISÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. Preenchidos os requisitos dos artigos 312 e 313, I, do Código de Processo Penal, diante da elevada gravidade concreta do delito imputado e da incessante reiteração delitiva do agente, respondendo, atualmente, a outras ações penais, uma das quais já com condenação proferida, o encarceramento mostra-se legal, sendo caso, em verdade, de decretação de prisão preventiva. 2. Tendo sido concedida liberdade provisória com fiança e sendo vedado, em sede de "Habeas Corpus", o agravamento da situação do paciente, impõe-se a manutenção da condição, a qual já foi demasiadamente favorável ao agente, constituindo benefício ao qual não fazia ele jus, visto que um dos pressupostos para o arbitramento de fiança é o descabimento da prisão preventiva. 3. Ordem denegada. (Habeas Corpus 1.0000.16.019419-7/000, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/05/2016, publicação da súmula em 12/05/2016).

A Constituição Federal confia ao processo a garantia do cumprimento dos princípios e direitos nela firmados ao homem, sob pena de ofensa ao Estado de Direito e, com isso, anseia-se que o processo judicial tenha mecanismo eficiente e necessário para o encontro da adequada solução, a qual só é alcançada quando o juiz atua segundo a lei, não sendo admissível que pudesse ele criar ou modificar regras de procedimento, por exemplo, mesmo quando pense ser imperfeitas as existentes, pois não exerce ele essa função em seu próprio nome, e sim em respeito aos postulados inscritos na lei, motivo pelo qual, quando profere decisão deve justificá-la, asseverando de maneira racional como chegou àquela conclusão.

Assim, percebe-se que a motivação dos atos jurisdicionais exigida pela Constituição acarreta a limitação dos poderes exercidos pelo magistrado, exigindo-se adequada aplicação do princípio da legalidade, demonstrando-se não ter aquele descumprido os direitos fundamentais, ou decidido contra a lei ou ter extrapolado de suas funções.

Dessa forma tem o jurisdicionado/réu assegurado a garantia de conhecer as razões que convenceram o juiz a julgar, cuja decisão, se correta, será aplicada em virtude da aplicação dos efeitos do princípio da coisa julgada. A motivação das decisões judiciais espelha, repercute a vereda do pensamento empregado pelo juiz para alcançar a conclusão apresentada para a solução do caso concreto e caso contenha erro será este prontamente verificado pelo conteúdo da motivação, podendo ser impugnada.

Portanto não se pode decidir pela prisão cautelar de forma abstrata e subjetiva, aplicando-se as condições de forma literária contida no artigo sem que o agente tenha ou mostre ser violador das condições legais, sob pena, de violação constitucional da legalidade.

2 O INSTITUTO DA FIANÇA NO PROCESSO PENAL

Preliminarmente se revela importante sublinhar que o texto Constitucional em estabelece seu art. 5º, inciso LXVI, que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Por este postulado fica assegurada a proteção à liberdade, o que evidencia a excepcionalidade de prisão e confere a fiança, a natureza jurídica de direito subjetivo constitucional do acusado (CAPEZ, 2009, p. 290).

Assim sendo, o direito de ser presumido inocente é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, constituindo-se em garantia processual penal que visa à tutela da liberdade pessoal. O Estado com esse ideário detém o ônus de comprovar a culpabilidade do indivíduo, posto que, constitucionalmente, o mesmo é presumido inocente por força do referido dispositivo acima, sendo tal garantia, também, o diferenciador entre o Estado de Direito e os regimes totalitários, nos quais impera o arbítrio estatal.

Nesse desenvolver a novel norma que alterou as disposições processuais penais trouxe em seu bojo algumas perplexidades, no entanto, de maneira oportuna visou a adequação do processo penal aos primados constitucionais vigentes a partir da constitucionalização do diploma penalista, dentre aos quais o princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência, desdobramento do princípio do devido processo legal, que assegura a liberdade do acusado até que seja lhe atribuída uma condenação.

De tal modo no intuito de tornar mais limitado o cabimento da prisão no país o legislador excepcionou as hipóteses de encarceramento dos acusados e de um lado vinculou a lei o julgador ao dar efetividade ao que já era uma construção jurisprudencial, vedando por consequência a possibilidade de prisão cautelar e deu, por outro lado ao julgador a liberdade de aplicar medidas cautelares diversas e adequadas a cada caso em concreto (SANTANA, 2011), como o estabelecimento de uma fiança, que jamais importará numa antecipação da pena possibilitando a liberdade do investigado ou réu durante a persecução criminal, numa forma de preservação da política criminal e o abaloamento das prisões, impossibilitando que aqueles que padecem da confirmação de inocência aguardem em liberdade.

Deverás, também importante lembrar que o referido instituto em comento restabeleceu recentemente sua importância no contexto penal, conforme leciona Silvio Maciel (2011, p. 194) ao dar conta que a fiança, enquanto única medida cautelar substitutiva da prisão, “havia perdido seu prestígio devido sua total inaplicabilidade. Isso porque, se houvesse motivos para a prisão preventiva, a fiança não era cabível”. Desta feita, quando inexistir as razões para a prisão, deve então o juiz conceder a liberdade provisória sem fiança, na forma prescrita pelo parágrafo único do art. 310² do CPP.

Ocorre que hodiernamente, em decorrência das alterações trazidas pela Lei nº 12.403, de 2011, que adequou a sistemática das medidas cautelares pessoais à lógica da presunção de inocência, consagrada em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal, a fiança pode ser decretada como uma medida acautelatória autônoma diversa da prisão, mesmo que não se encontrem presentes as hipóteses da prisão preventiva, conforme reza art. 321³ do mesmo diploma legal (PACELLI, 2013, p. 11).

A fiança que atualmente se regulamentada pelo Código de Processo Penal nos arts. 321 ao 350, sempre teve sua ideia vinculada ao instituto da liberdade provisória, no entanto, a doutrina maximiza o entendimento que com está não pode ser confundida, mas visto que, no caso desta encontra-se é um direito do acusado de permanecer em liberdade no curso da persecução penal desde que ele atenda ao condições legalmente estabelecidas e ainda, assuma todas as obrigações que lhe forem impostas, em contrapartida que a fiança, por sua vez, se trata de “uma caução (uma garantia real)”, prestada em muitas das vezes em dinheiro, mas admitindo, por exemplo, pedras preciosas, a fiança é uma caução (uma garantia real), prestada em dinheiro, que tem como objetivo o de colocar “o indiciado ou acusado em liberdade e vincular o afiançado ao processo”, elucida Braga (2017).

² Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (...);

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

³ Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código

Desde a inserção do instituto na processualista penal o instituto em testilha nestas linhas sofreu mudanças legislativas significativas, não somente to tocante ao seu conceito, mas também em relação à sua natureza jurídica e, sobretudo, quanto à sua aplicabilidade, pelo implemento financeiro e o comparecimento do acusado perante a autoridade (CPP, art. 328).

Inobstante sublinhar que com o advento da Constituição Federal de 1988 vieram considerações extraordinárias ao instituto da fiança, uma vez que havia a necessidade de preservação da ideia de um Estado Constitucional, regulamentando o controle do poder público, além da explícita consignação nos dispositivos constitucionais quanto ao rol de direitos e garantias fundamentais que haveriam de ser sopesados de forma integral.

Dito isto, cabe apresentar nas linhas seguintes a definição doutrinária do instituto da fiança.

2.1 Definição

Sintetizando a definição do instituto, que sofreu grandes modificações até chegar ao modelo atual, tem-se que a fiança é uma espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança, podendo se apresentar como real ou fidejussória. De modo geral, na seara do processo penal, é correto, pela doutrina de Tourinho Filho (2012, p. 611) afirmar “que a fiança se encaixa na espécie de garantia real”

Destarte, diz ser a caução fidejussória quando a garantia dada é pessoal, isso é assegurada pelo empenho da palavra de pessoa idônea, de que o réu vai acompanhar a instrução e apresentar-se, em caso de condenação, se apresentando este modelo de autêntica fiança. Com o passar dos anos, foi substituída pela denominada caução real, implicando o depósito ou a entrega de valores, desfigurando a fiança. Ainda assim, “é a caução real a feição atual da fiança”, conforme se deflagra no Código de Processo Penal comentado de o Rocha (1999, p. 109).

Esclarecendo e conceituando o instituto Júlio Mirabette (apud. Renato Brasileiro (2016, p. 1428) apresenta que:

(...) a palavra fiança vem de *fidare*, corruptela de *fidere*, que significa 'fiar-se', 'confiar em alguém'. Nesse sentido, fiança é a fidejussória, isto é, prestada por pessoa idônea, que se obrigava a pagar a determinada quantia se o réu, ao ser condenado, fugisse, furtando-se ao processo e à execução da pena. Nos termos legais, porém, fiança é caução, de *cavere*, que quer dizer 'acautelar', servindo para designar qualquer meio que sirva para assegurar o cumprimento de uma obrigação. Destarte, fiança é uma garantia real de cumprimento das obrigações processuais do réu. É garantia real porque tem por objeto coisas (art. 330), não existindo mais a fiança fidejussória no processo penal comum.

Numa visão distinta o jurista Eugênio Pacelli (2013, p. 515) entende que a fiança "nada mais é que uma medida de cunho essencialmente patrimonial, na qual se exige a prestação de certa quantia através do pagamento em dinheiro ou objetos, pedras e metais preciosos".

A despeito, as lições de Jose Carlos de Oliveira Robaldo (2011), dão conta da definição de fiança penal da seguinte maneira:

É o pagamento pela própria liberdade provisória, na forma de caução real, permitido constitucionalmente. A regra é que seja concedida pelo juiz e excepcionalmente pelo delegado de polícia. O CPP estabelece as hipóteses em que a concessão pode ser pelo delegado que formalizou a prisão em flagrante

Por seu turno o jurista Fernando da Costa Tourinho Filho (2009. p 655) traz a seguinte afirmativa:

Fiança, para o legislador processual penal, é uma garantia real, ou caução. É uma contracautela com o objetivo de deixar o indiciado ou réu em liberdade, mediante uma caução que consiste em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos de dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou até mesmo em hipoteca escrita em primeiro lugar. Prestada a caução o réu obterá a sua liberdade provisória, até o pronunciamento final da causa, em decisão passada em julgado.

Nesse desenvolver, para a exata compreensão da fiança deve ser levada em conta as mais diferentes doutrinas existentes no direito pátrio, cuja compreensão é

de que se trata de uma caução que serve para eventual pagamento de multa, de despesas processuais e de indenização no caso de sua condenação judicial transitada em julgado (definitiva), ou como nas palavras de Fernando Capez (2009, p. 290) é “uma caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu”. Vale aqui sublinhar que a fiança não significa uma antecipação da pena.

Então de uma maneira geral, consubstanciado nas lições acima é possível se concluir que a fiança se trata de uma quantia que é paga pelo autor do crime em favor do Estado, sendo este pagamento uma espécie de garantia para que seja concedida a liberdade provisória ao mesmo, sendo assim é dada ao acusado a possibilidade, para que solto, possa responder a aquela acusação imposta em liberdade e melhor apresentar sua defesa.

2.2 Objetivo e finalidade

Tem por fim, primordialmente, assegurar a liberdade provisória do indiciado ou réu, enquanto decorre o processo criminal, desde que preenchidas determinadas condições, ao passo que entrega valores seus ao Estado e vinculando se ao acompanhamento da instrução e manifestando interesse em se apresentar, em caso de condenação, para obter, de volta, o que depositou em favor do estado (NUCCI, 2012, p. 683).

Em linhas gerais, deve-se aqui exaltar que a fiança é nada mais que essa garantia que acima se mencionou e não significa que se trate de um mecanismo benéfico ao agente, a ponto de ser extraído do sistema prisional ou que se configure como ferramenta que fará com que todos os acusados sejam levados ao cárcere. Em definição semelhante Nucci (2013, 570-571) como uma garantia real:

A finalidade da fiança é assegurar a liberdade provisória do indiciado ou réu, enquanto decorre o inquérito policial ou o processo criminal, desde que preenchidas determinadas condições. Entregando valores seus ao Estado, estaria vinculado ao acompanhamento da instrução e interessado em apresentar-se, em caso de condenação, para obter, de volta, o que pagou. Além disso, a fiança teria a finalidade de garantir o pagamento das custas (quando houver), da indenização do

dano causado pelo crime (se existente), da prestação pecuniária (se couber) e também da multa (se for aplicada).

Além disso, a fiança teria a finalidade de garantir o pagamento de custas e também de eventual multa que for aplicada em desfavor do acusado. Nos dias de hoje, contudo o instituto da fiança ainda se encontra desmoralizado, muito embora tenha recebido do legislador novas disposições, pela edição da Lei nº. 12.403/11 ao expandir as hipóteses de aplicação deste instituto, modificando, sobretudo, a natureza jurídica da medida que é compreendida como “de contracautela substitutiva da prisão em flagrante para medida cautelar autônoma”, segundo Braga (2017).

2.3 Cabimento e fixação

Ao volver os olhares ao instituto da fiança deflagra-se que o instituto foi significativamente alterado com o advento da citada Lei n.º 12.403/2011, quando o legislador apresentou as duas situações diferentes onde é cabível a fixação da fiança. Assim ficou estabelecido, que pode se dar no momento da concessão da liberdade provisória e/ou como medida cautelar diversa da prisão (LIMA, 2017).

Deflagra-se que o Código de Processo Penal faz expressa previsão, sobre as possibilidades de cabimento e não cabimento da fiança, observando-se inclusive a previsão legal e constitucional para a inafiançabilidade de algumas infrações.

E assim, com a imposição legal das hipóteses para sua fixação, a fiança passou a ser adotada no âmbito pátrio associada com a liberdade provisória, naquelas situações de flagrante legal, como também de forma autônoma como medida cautelar distinta da prisão, sendo ainda admitida a aplicação de modo mais amplo, não restrita, contudo, unicamente naquelas hipóteses de flagrante delito como garantia para concessão da liberdade provisória (BADARÓ, 2011).

A priori denota-se da doutrina penalista consultada que a fiança somente deve ser imposta pelo juiz ao acusado, por meio, segundo Pacelli (2013, p. 596) “de uma ordem judicial devidamente fundamentada, tendo em vista sua condição de medida cautelar”, sendo inadmissível que sua fixação se apresente arbitrária e de valores elevados, bem como desacompanhado de qualquer fundamentação razoável,

não podendo, margem da finalidade do instituto, sujeitar-se ao alvedrio da autoridade policial ou do magistrado, sem a correta análise das circunstâncias legalmente estabelecidas.

A propósito disso, na redação antiga do art. 322 do CPP o legislador definia que a autoridade policial somente poderia fixar a caução em casos de contravenções penais e nos crimes punidos com pena de detenção, independentemente da pena máxima a ser cominada para estes, não podendo, em nenhuma hipótese, arbitrá-la em delitos punidos com a pena de reclusão, esclarece Maciel (2011, p. 196).

No entanto, por tratar-se de uma medida de ampla a proteção aos direitos e garantias fundamentais, o entendimento atual é no sentido de, conforme alinhamentos de Pacelli (2013, p. 596-597) que cabe à autoridade policial realizar a fixação do instituto da fiança naqueles casos em que estejam presentes os requisitos descritos no rol do art. 322 do CPP:

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.

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

Vê-se que antes da reforma operada nos dispositivos do Código de Processo Penal em 2011 o ordenamento jurídico dispunha acerca das situações de arbitramento da fiança Autoridade Policial que se daria unicamente nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples,⁴ atualmente a autoridade policial poderá conceder em todos os casos cuja pena máxima de prisão não seja superior a 04 anos, nos termos do artigo retro (PEREIRA, 2014)

Dessa regra fixada pelo artigo acima colacionado, fica cristalino que a legislação penal aboliu o critério de detenção versus reclusão, ao substituir pelo patamar máximo de 4 (quatro) anos de pena. Assim há a concessão da fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples na forma do caput do

⁴ Veja o texto anterior:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.

Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

dispositivo acima e, nos demais casos, observada a limitação do seu parágrafo único (CAPEZ, 2009, p. 292).

Como se deflagra somente pode ocorrer a fixação pela autoridade policial em infrações penais consideradas mais leves, como aquelas punidas com penas privativas de liberdade máxima não superior a quatro anos, haja vista que a nova sistemática processual penal com o advento da Lei n.º 12.403/2011, aboliu a distinção entre reclusão e detenção, para efeito de fiança, algo correto e proveitoso, segundo Nucci (2012, p. 684).

A despeito da temática aqui em análise, importa ser sublinhado, em que pese na hodierna posição que o legislador tenha adotado, no corpo do artigo consta a expressão “poderá”, e sobre essa a doutrina penalista é unânime em afirmar que quando estiverem presentes as circunstâncias autorizadoras para o arbitramento da fiança pela autoridade policial está “deve” fazê-lo em favor do acusado, que pode ser fixada desde a prisão em flagrante até o trânsito em julgado da sentença condenatória, acrescenta Capez (2009, p. 291).

A teor dos preceitos normativos da fiança declinados nas linhas anteriores quanto ao disposto pelo artigo transcrito, é manifesta em crimes com pena de prisão igual ou inferior a quatro anos, quando o juiz não poderá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, razão pela qual o indeferimento da fiança de nada adiantará nestes casos, segundo entendimento de Maciel (2011, p. 196) em sua obra sobre prisão.

Para o mencionado jurista Silvio Maciel (2011, p. 197) há que ser considerada as seguintes questões:

A autoridade policial deve considerar as causas de aumento e de diminuição de pena já que elas alteram a pena abstratamente cominada. Na causa de diminuição deve ser considerado o patamar mínimo e na causa de aumento o patamar máximo, chegando-se, assim, na maior pena abstratamente prevista.

Mudança fundamental se vislumbra com a leitura das disposições atuais do CPP onde com as novas disposições processuais um novo cenário surgiu na concessão de liberdade por meio de fiança, quando restou permitido que a autoridade policial conceder no caso de “infração punida com detenção ou prisão

simples” (CPP, art. 322, *caput*), esclarece Badaró (2011), observado ainda a existência de absoluta necessidade na decisão concessiva do Delegado de Polícia como esclareceu Jeferson Botelho Pereira

Esta [a prisão] só deve ser permitida em casos de absoluta necessidade, pois, em face do dano que acarreta à pessoa, sua oportunidade ocorre somente depois da sentença final. Consequentemente, para que se harmonizem os interesses sociais com o do acusado, deve limitar-se a custódia preventiva (em sentido lato) e ampliarem-se os casos de liberdade provisória. É o que nos parece indicar a boa política criminal.

O diploma processual penal com esse novo modelo normativo em relação ao instituto da fiança, inovador ao inserir em definitivo a figura da Autoridade Policial como importante ator social na promoção de justiça efetivação do exercício da legítima atividade penal, permitiu que o instituto alcançasse patamar importante na sistemática processual, sendo revitalizado assim para o mundo jurídico e na confirmação da justiça.

Acerca do cabimento da concessão pela autoridade policial Guilherme Nucci (2016, p. 654/655) pontua:

(...) somente pode ocorrer em infrações penais consideradas mais leves, como as punidas com penas privativas de liberdade máxima não superior a quatro anos. Aboliu-se, pela edição da Lei 12.403/2011, a distinção entre reclusão e detenção, para efeito de fiança, algo correto e proveitoso. Lembremos que o cálculo do máximo em abstrato previsto para o caso concreto (prisão em flagrante) deve envolver o concurso de crimes. Portanto, se o indiciado for detido por furto simples e receptação simples, em concurso material, não cabe a aplicação de fiança pela autoridade policial, pois o máximo abstrato da pena atinge oito anos de reclusão. Da mesma forma, insere-se eventual causa de diminuição da pena – utilizando a menor redução possível – para prever o máximo possível. No estelionato, a pena máxima é de cinco anos. O delegado não poderia arbitrar fiança. Porém, cuidando-se de tentativa de estelionato, diminuído um terço (mínimo possível) desse montante, passasse a um valor abaixo de quatro anos, permitindo à autoridade policial fixar a fiança. Ainda assim, a autoridade policial deve conceder a fiança na fase do inquérito, pois, em juízo, é sempre atribuição do magistrado fixá-la (pode ser o tribunal, quando o processo estiver em grau de recurso, ou mesmo o relator, nos crimes de competência originária). Nos demais casos, o pedido deve ser dirigido ao juiz, como prevê o parágrafo único deste artigo

Contempla-se aqui que essa competência da autoridade policial será determinada por aquele que tiver recebido o comunicado da prisão em flagrante e acompanhar sua lavratura, independentemente da comarca em que o processo venha posteriormente a tramitar.

Há que se falar ainda no arbitramento pelo magistrado, quando requerida por pleito do indiciado/réu ou do Ministério Público, quando então o juiz terá o prazo de 48 horas para decidir. Ultrapassado tal período, configura-se constrangimento ilegal, passível de impetração de habeas corpus. Cuidando-se de direito à liberdade, o prazo deve ser fielmente respeitado. Por óbvio, se o magistrado indeferir a fiança, igualmente, cabe o questionamento pela via do mesmo remédio constitucional do habeas corpus, lembra Nucci (2012, p. 684). Veja julgado neste sentido:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - DECISÃO QUE CONCEDEU A LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA - REFORMA - IMPOSIÇÃO DE FIANÇA - INVIABILIDADE - BENEFÍCIO PRISIONAL QUE PODE SER CONCEDIDO COM OU SEM A GARANTIA EM PECÚNIA, A CRITÉRIO DO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU - RECURSO DESPROVIDO. - O juiz de primeira instância conta com ampla liberdade para reconhecer, por meio da análise dos elementos do caso concreto, a necessidade ou inviabilidade do arbitramento de fiança, sendo certo que tal forma de condicionamento da restituição da liberdade a pessoas carentes de recursos financeiros configura verdadeiro constrangimento ilegal, que deve ser evitado. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0024.17.042744-7/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/06/2017, publicação da súmula em 10/07/2017).

Deverás, em ambos os arbitramentos, seja pelo delegado ou pelo magistrado, já que no art. 325 do CPP existente a expressão “autoridade”, sem denominar se autoridade policial ou judiciária, para a fixação do valor da fiança nos dias de hoje passou-se após a reforma processual penal a ter como parâmetro os elementos constantes da própria legislação processual, em seu art. 325, do CPP, com vinculação ao salário mínimo e as limitações da pena de prisão. Assim sendo, há

que ser observado, consoante lições de Pereira (2014) e na forma dada pelo art. 326 do CPP,⁵ os seguintes elementos:

- i) Natureza da infração;
- ii) Condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado;
- iii) Circunstâncias indicativas da periculosidade do acusado; e
- iv) Importância provável das custas do processo.

A redação do art. 326 do Código de Processo Penal que embasa os elementos para a determinação do valor da fiança não restou alterada pela nova legislação. Desta feita, consigne que permaneceu o estabelecimento de outrora dando cabo que compete a autoridade levar em consideração para essa finalidade aqueles aspectos para a valoração da fiança, onde, evidentemente, na apreciação do caso concreto, inadmissível a fixação de fiança em valor irrisório e afora os parâmetros legais trazidos pelo art. 325 e a exacerbação do valor, porque neste caso há clara afronta as disposições dadas pelo art. 326 do CPP, cujos excessos cometidos em violação ao princípio da razoabilidade restaram superados e reformados pelos tribunais:

HABEAS CORPUS. FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. FIANÇA. RAZOABILIDADE. VALOR EXCESSIVO. 1. A concessão posterior da liberdade provisória ao paciente afasta qualquer alegação de coação ilegal decorrente de sua prisão provisória. Writ prejudicado neste ponto por perda de objeto. 2. O descumprimento pelo paciente de uma das condições impostas para a concessão da liberdade provisória concedida nos autos de outro processo é suficiente para fundamentar a exigência de prestação de fiança. Imposição da medida cautelar foi adequada. 3. O arbitramento de fiança em valor excessivo equivale à própria negativa de fiança, transformando-se em medida injusta que obsta sua prestação. 4. Além de não ser razoável, a fixação de valor excessivo é ilegal, vez que em desacordo com os parâmetros estabelecidos nos artigos 325 e 326 do CPP, gerando constrangimento ilegal passível de apreciação por esta via. 5. Apesar de o impetrante não ter juntado elementos que comprovem a capacidade econômica do paciente, o valor da fiança estabelecida mostra-se, dentro de um juízo de razoabilidade, excessivo, devendo ser reduzido para que seja possível ao paciente arcar com o ônus. 6. Pedido de liberdade provisória prejudicado. Ordem parcialmente concedida para reduzir o valor da fiança. (TRF-2 - HC: 201202010046985, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 24/04/2012, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 03/05/2012.

⁵ Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento

Infelizmente o que ocorre no judiciário nas pequenas e médias comarcas apresenta uma realidade bastante diferente entre elas no Brasil, em sua maioria das vezes indiciados ou acusados que são presos fatalmente não dispõe de recursos e condição de arcar com a penalidade da fiança sem que com isso haja prejuízo a sua subsistência e de seus familiares, prejudicando assim que cumpra com essa ordem.

Indubitavelmente que o arbitramento do valor deve vir consubstanciada ainda em uma fundamentação razoável, sob pena de suportar revisão, já que neste ponto as decisões com certa frequência são dadas de forma incerta, não apreciando principalmente as condições econômicas do afiançado para a obtenção de um valor suficiente para a garantia do juízo, inviabilizando a sua efetiva prestação e impeça a configuração de constrangimento ilegal (LACERDA, 2013) ou medida injusta, além, ainda de questões como a gravidade do crime e circunstâncias do fato que devem orientar a fixação do valor à título de fiança⁶, sem deixar de observar a irrisoriedade ou excessividade do valor, maximizando a razoabilidade.

Como se pode perceber dentre os critérios para a fixação e aplicação da fiança prevista pela atual codificação processual a situação financeira do indivíduo deve ser sopesada, de modo que não represente um fardo impagável, pois se estaria violando um direito, e promovendo até constrangimento ao afiançado, como foi o entendimento emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, sopesando sobre tudo que a exigência do pagamento de fiança deve levar em conta as condições econômicas do afiançado, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal, veja ementa do acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. EXIGÊNCIA DE FIANÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. É bem verdade que o enunciado da Súmula n.º 691 do STF, observado também por esta Corte, preceitua que não cabe habeas corpus contra indeferimento de pedido liminar em outro writ. 2. Contudo, impunha-se, na espécie, o abrandamento do enunciado, pois o paciente somente foi mantido preso cautelarmente por não ter condições de prestar a fiança arbitrada pelo Juiz de primeiro grau, embora ausentes os requisitos da custódia cautelar. 3. Ademais os coinvestigados já haviam obtido, nesta Corte, a liberdade provisória,

⁶ Nesse sentido: TJSP, Habeas Corpus nº 0030737-69.2012.8.26.0000, 22 de maio de 2012

situação objetiva que deveria ser estendida ao paciente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 131.418/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 12/03/2012)

Em sentido semelhante o Tribunal de Justiça de São Paulo em análise de Habeas Corpus em torno da necessidade da concessão da fiança e do valor fixadas arbitrária e abusivamente, de modo a adequar-se proporcionalmente às condições financeiras do afiançado, que como se pode deflagrar das lições até aqui tecidas, deve ser considerados e observados, no sentido de ser arbitrada a fiança naqueles casos em que a lei permite.⁷ Nesse desenvolver fica posto que na sistemática processual brasileira atual, a fiança pode ser aplicada, caso a infração permita, tanto pela autoridade policial, quanto pelo juiz após verificar a legalidade da prisão e o preenchimento dos requisitos normativos, que são bem elencados no rol do art. 326 do CPP, dispensada nos casos prescritos pelo art. 350 do mesmo diploma, que não se pode pensar na indenização pelo crime, nem na multa. (NUCCI, 2017, p. 608).

Ressaltado todos os critérios que norteiam os aplicadores para mensuração do valor para arbitramento da fiança, art. 325 do CPP, bem como os critérios de natureza subjetivos determinados pelo art. 326 do mesmo diploma, cabe advertir aqui que inexistente, por definição normativa, qualquer relação entre a multa que é atribuída ao acusado como parte da pena pela infração e do dano causado à vítima com os critérios contidos nos dispositivos outrora indicados, não podendo se prestar como elementos influenciadores na aplicação da fiança.

2.4 A incongruência legislativa acerca da fiança

A questão sob enfoque desde duas décadas passadas vem sendo alvo de debates em torno da inconstitucionalidade legislativa por omissão do legislador e da evidente da discrepância da norma, ocorridas pelas alterações instadas, inclusive pela Lei nº. 6.416/77, e ocorridas ao longo dos anos pelas inúmeras legislações esparsas e jurisprudência acerca da liberdade provisória que minimizaram o âmbito de aplicação da fiança e aumentaram as disparidades sobre o seu regramento.

⁷ Nesse Sentido: TSP, Habeas Corpus nº 0003190-54.2012.8.26.0000, 10 de maio de 2012

Interessa saber aqui que no transcorrer do desenvolvimento da liberdade provisória no país, ficou cristalino a existência do elemento presunção de culpa como base para a legislação penal, tendo como parâmetro a lógica que quando preso o autor do crime, assim ficaria até o final do julgamento do processo, sendo a concessão da liberdade provisória uma exceção a essa regra, no entanto, se no caso de restarem presentes qualquer umas das causas de excludente de ilicitude, poderia o magistrado modificar a presunção de culpa, inerente a prisão em flagrante para uma presunção de inocência, assim confirmava a redação do antigo art. 310 do CP, esclarece Pacelli (2013. p 12).

Nota-se assim que quando a ocorrência se enquadrar naqueles casos de infrações penais sem qualquer previsão da admissão de pena privativa de liberdade, ou de previsão menor que três meses, havia o permissivo legal da imediata restituição da liberdade ao acusado sem a imposição de qualquer ônus ou obrigação, conforme preceituado pelo art. 321 do CPP. Desta feita a única forma de ter concedida a liberdade provisória com a prisão em flagrante, vinha por ocasião do pagamento do valor arbitrado em fiança, ressalvados os casos em que existente alguma das excludentes de ilicitude (PACELLI,2013. p 12).

Deverás, com o advento da Lei n.º 12.403/2011 o legislador ampliou a aplicabilidade da fiança abarcando outras hipóteses, principalmente incluindo aquelas situações fáticas em que o delegado de polícia tem a autonomia de arbitrá-la de pronto. Contudo, essas inovações ainda não fizeram com que o emprego da fiança restasse satisfatório no cenário pátrio, em especial porque para o alcance de todas as finalidades e os consequentes benefícios para a persecução penal, questões ainda são controvertidas.

Depois da vigência desta lei, mudanças vieram e fizeram potencializar a aplicação das medidas cautelares, conforme sublinhado por Fabrício Correa Matos (2014), ao destacar que:

O instituto da fiança sempre foi respeitável, mas depois da referida lei e principalmente pelas mudanças ocasionadas com seu surgimento, toda sua importância foi potencializada. Pode-se dizer que ela passou a ter uma tríplice importância, a primeira delas é que serve como meio de se garantir a liberdade; noutro ponto, serve ao processo garantindo que o suspeito se apresente a todos os atos, sob pena de ser quebrada a fiança; e por fim, porém não menos importante, é que a fixação da fiança em valores consideráveis serve

para garantir à vítima ou à seus familiares, com a condenação do afiançado, uma justa e devida indenização.

Ademais, com efeito, mesmo se tratando a fiança de uma medida cautelar autônoma e diversa da prisão como outrora pontuado, a concessão da garantia que se espera alcançar com sua concessão ainda encontra limitações aos crimes em que ela é cabível, conforme preconiza o art. 319, inciso VIII, do CPP⁸, o que, parece possibilitar o esvaziamento das prisões ao deixar de prender cautelarmente os que são presumidos inocentes pela Constituição Federal (GOMES, 2011).

O que vem à tona, insurge a partir das alterações que quanto aos crimes inafiançáveis estabelecidos no rol do art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, do Texto Constitucional contra a ordem constitucional atribuída ao Estado Democrático de Direito as incongruências gerada pela concessão da liberdade provisória mediante o pagamento de quantia em fiança, posto que algumas das legislações específicas sobre os crimes de que tratam esses dispositivos, em sua origem, vetam a concessão da liberdade provisória, diante da inafiançabilidade editada na Lei Maior (BRAGA, 2017).

Considerando o que prescreve o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal de que: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, por certo, salta aos olhos as pretensões do legislador constituinte ao ordinário, bem como ao Judiciário, quanto a excepcionalidade da prisão cautelar, estabelecendo que seu decreto é cabível

⁸ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

quando realmente indispensável. Nesse passo, fica entendido que não poderia se apresentar como uma regra, porque se assim fosse, nenhum sentido teria de ter sido feito alusão à liberdade provisória no contexto dos direitos e garantias humanas fundamentais, disse Nucci (2014).

Ainda no art. 5º o legislador constituinte designa quais as formalidades necessárias para que seja decretada a prisão, estabelecendo inclusive que mesmo frente a esse primado constitucional não se afasta a constitucionalidade das espécies de prisão provisórias, reconhecidas amplamente pela jurisprudência. Pelo princípio da presunção de inocência, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um processo com a garantia da ampla defesa (MORAES, 2007, p. 277).

A despeito da citada inconstitucionalidade legislativa por omissão que fora sublinhada nos parágrafos anteriores os ensinamentos tecidos pelo autor João Gualberto Garcez Ramos (1998, p. 220), já há muito tempo indicavam que se trata de uma “clara violação do direito da coletividade a ter, para os criminosos, tratamento processual penal coerente com a gravidade dos crimes cometidos”.

O fato, a partir desse apontamento é que o tratamento legislativo que foi dado a fiança e a liberdade provisória é que estes institutos violam o princípio da proporcionalidade, pela ótica expositiva de Karl Larens, Coelho (Apud. LENZA, 2008, p. 75) ao elucidar que:

(...) utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, pra dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios -, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Advém ao estudo apresentar que além da questão acima posta, que no contexto do arbitramento da fiança não de ser observados todos os requisitos que foram mantidos com as alterações que foram sendo trazidas. Desta feita, sopesando as demais medidas cautelares diversas da prisão existentes no âmbito nacional, são

disponibilizadas outras opções ao magistrado para os fins de concessão da liberdade provisória ao acusado e para vinculá-lo ao processo que, a bem da verdade, se apresentam, muito mais fáceis de serem cominadas, o que, forçosamente torna inútil o emprego da garantia para o alcance desses objetivos (BRAGA, 2017).

Apesar disso tudo que até então foram esclarecidos, a doutrina de Aury Lopes Junior (2016, p. 706) ao elucidar sobre o instituto indica que este tem outras finalidades que são também relevantes para a aplicação da lei penal, veja seus esclarecimentos:

Para iniciar, é necessário esclarecer que a fiança criminal é uma garantia patrimonial efetuada pelo imputado e visa assegurar a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação, servindo ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização e também como fator inibidor da fuga.

Muito embora a desordem que se pode observar com a noticiada incongruência, ao analisar o conteúdo normativo do art. 344 do CPP vê-se estabelecido as perdas que recairão ao acusado na situação de fuga, quando impõe o legislador que perderá, na totalidade, o valor recolhido aos cofres públicos ao título de fiança se, condenado, o acusado não cumprir com a determinação de se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta a ele. De tal modo, quando houver a fixação de fiança com elevado valor, a fuga do réu será desestimulada pela possibilidade de perder o que afiançou.

A lógica aqui é simples, e de igual modo, por representar uma garantia, nos casos de condenação, a vítima poderá com maior facilidade ressarcir-se dos valores que corresponderem à indenização e aos danos decorrentes do delito, pelo que, resta evidente que a prestação da fiança deve ser a regra para a concessão da liberdade provisória, sendo imprescindível a sua reformulação legislativa e jurisprudencial, para se validar modernidade funcional ao processo penal.

3 O PROCEDIMENTO DA FIANÇA: EXTINÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Consigna-se aqui que, ao ser concedida à liberdade provisória mediante arbitramento da fiança, seja ela atribuída pela autoridade policial ou judiciária, caberá ao investigado prontamente dar cumprimento à essa obrigação legalmente prevista e inerentes ao instituto em comento nestas linhas, em vista do teor do art. 327 do CPP. O pagamento da fiança se dá mediante assinatura do afiançado ao termo de compromisso, perante autoridade que houver arbitrado a fiança, fazendo constar a assinatura dessa autoridade e inclusive de quem prestou a fiança. Ainda, será dado conhecimento ao investigado e aquele que prestou a fiança todas as obrigações e punições decorrente de seu descumprimento e dos termos impostos pelo instituto, conforme previsão dos artigos 327 e 328 do, ambos do CPP.

Em relação ao rol de obrigações processuais advindas a partir do gozo da liberdade provisória mediante a concessão de fiança, Renato Brasileiro Lima (2016, p. 1439) enumera algumas delas, que são:

- 1) Comparecimento perante a autoridade todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento, reputando-se quebrada a fiança em caso de não comparecimento;
- 2) O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado;
- 3) Se o réu praticar nova infração penal dolosa, julgar-se-á quebrada a fiança.

Todas as imposições obrigacionais que são impostas por força de lei tem como objetivo a localização do acusado sempre que este for solicitado no curso da investigação criminal ou do procedimento processual, livre de óbices que importem em entraves na confirmação da sanção penal, além de criar obstáculos para que o acusado venha a promover a prática de novos delitos em caso que estiver em liberdade, possibilitando ao juízo assegurar o cumprimento de futuras obrigações financeiras.

E foi nesse sentido que Decisão emanada do STJ,

(...) o instituto da fiança tem por finalidade a garantia do juízo, assegurando a presença do acusado durante a persecução criminal e o bom andamento do feito. Interpretando sistematicamente a lei, identifica-se uma finalidade secundária na medida, que consiste em assegurar o juízo também para o cumprimento de futuras obrigações financeiras. (STJ. 6ª Turma. RHC 42.049/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17/12/2013).

Contudo, no contexto pátrio existente algumas maneiras de extinguir da fiança, e ainda, podendo torná-la sem efeito, vicissitudes que com a reforma no diploma processual penal ocorrida em de 2011 pela Lei n.º 12.403, tiveram seus aspectos alterado, mas mantidos essencialmente o tratamento da matéria da forma anterior. Vejamos essas hipóteses:

3.1 Quebramento da fiança

A quebra, ou quebramento, da fiança está prevista no art. 341 do CPP que apresenta em seus incisos um rol de situações que a ensejam. A teor do que dispõe o art. 343 do CPP, com a reforma introduzida pela Lei n.º 12.403/2011, que sem dúvida significou grandes avanços no cenário brasileiro, pelo legislador ao inserir o termo injustificado ficou estabelecido que “o quebramento injustificado da fiança importará na perda da metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva” (NUCCI, 2012, p. 698).

Nesse passo, oportuno os apontamentos de Tourinho Filho (2012, p. 622), ao dar conta que “o quebramento da fiança ocorrerá em inúmeras situações, todas a partir do descumprimento do ônus processual imposto ao afiançado na oportunidade da concessão do benefício”, conforme entendimento dos tribunais:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 334, CAPUT, DO CP. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PERDIMENTO DO VALOR DA FIANÇA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. É possível ao magistrado a fixação de outras condições para o *sursis*, além daquelas obrigatórias previstas nos incisos do § 1º do art. 89 da Lei 9.099/95, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. 2. Essa liberdade de fixação de outras condições (art. 89, § 2º da lei

9.099/95) permite ao magistrado que imponha o perdimento do valor da fiança como forma equivalente à prestação pecuniária.
3. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (RHC 53.172/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016)

Ainda alerta sobre o tema o autor Nucci (2014, p. 580) que “o quebramento da fiança é sempre realizado pelo magistrado, nunca podendo ser decretado a partir de uma decisão da autoridade policial.

Por seu turno, Paulo Rangel (2011, 828) conceitua a quebra da fiança assegurando que consiste “no inadimplemento das obrigações, na violação da confiança, na inobservância dos ônus processuais a que está sujeito o afiançado, pois a obriga-o”.

Fatalmente em consequência da quebra da fiança alguns efeitos são vislumbrados, da qual o acusado perde metade do valor, que será destinado aos cofres públicos, devendo o magistrado decidir se aplica em relação aquele acusado outra medida cautelar (ou outras) ou, se presentes os requisitos de que trata o art. 312 do CPP, converter a prisão em flagrante em preventiva (NUCCI, 2012, p. 698), como dito em linhas precedentes.

Há que se aquilatar que acerca desse dispositivo retro, que o legislador primário já tinha deixado claras as condições para a aplicação das medidas cautelares, ou seja, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Logicamente que as condições explicitadas no ordenamento jurídico não é, e nem pode ser faculdade do juízo, mas deve o magistrado fundamentar quais são as garantias e comportamento do agente que enseja sua real afronta as condições constantes do art. 312 do CPP.

Sendo o nosso sistema presidido pelo regime de liberdade individual, qualquer medida que vise à privação da liberdade do cidadão deve ser revestida da indispensável fundamentação, declinando o magistrado as razões pelas quais se faz necessária a medida acauteladora, não bastando a simples alusão à aplicação da lei penal e à ordem pública, ou mesmo referir-se à presença dos requisitos do art. 312 do CPP, vez que o princípio constitucional, exige concreta motivação

3.2. Perdimento do valor da fiança

O perdimento do valor é uma consequência, basicamente, da quebra da fiança. Num outro dispositivo processual ficou assentado que ocorre a perda total do valor recolhido ao título de fiança, quando o réu, condenado definitivamente, não se apresentar para o cumprimento da pena que lhe foi imposta. É, por assim dizer a sanção imposta por não ter respeitado o compromisso, sustentado pela fiança, de se mostrar toda vez que for regularmente intimado (NUCCI, 2012, p. 698).

E, ainda que não acarrete recolhimento à prisão, de forma a esquivar-se ou mesmo de evadir-se para não ser encontrado, e dessa forma, frustrando a efetivação da punição na forma do art. 344 do Código de Processo Penal, anota Lima (2012, p. 461)

3.3 Cassação da fiança

Ocorre a cassação quando a autoridade judiciária percebe ter sido incabível a sua fixação, seja porque o crime não comporta, seja porque a lei expressamente veda, como se dá, por exemplo nos crimes hediondos, ou seja, ainda, porque o réu é reincidente em crime doloso, ou qualquer outro motivo a demonstrar ter sido indevida a concessão, prescreve o art. 338, segundo comentários de Nucci (2012, p. 694-695).

A cassação, a despeito do que afirma Nucci (2014, p. 579) poderá ser decretada tanto de ofício como a requerimento do representante do Ministério Público. No entanto, assegura o jurista que em hipótese alguma poderá se operacionalizada através da autoridade policial de forma isolada. Além disso, poderá, segundo este “ser reconhecida em segundo grau, quando houver recurso do Órgão Ministerial contra a irregular concessão”.

3.4 Fiança sem efeito (fiança inidônea)

Com suporte nas lições de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 279) em regra torna-se a concessão da fiança sem efeito “diante da negativa ou omissão do indiciado ou réu em complementar o valor da fiança, reforçando-a, quando necessário”. Logo e forçosamente, acrescenta o autor “o valor que ele recolheu, no entanto, será integralmente restituído” (CPP, art. 337).

Impõe-se dizer que o reforço acontece nos casos em que o valor da fiança torna-se insuficiente, por alguns motivos, como pontua Tourinho Filho (2012, p 627) “seja por motivo de depreciação ou perecimento do bem caucionado ou hipotecado, seja por inovação do crime, realizada pelo Ministério Público na denúncia, ou pelo magistrado na ocasião da sentença condenatória”

3.5 Reforço

Toda a vez que a fiança tomada for considerada ou tornar-se insuficiente, pode-se exigir que seja promovido um reforço: inexistente a ocorrência da preclusão em sua fixação. Os casos em que será exigido reforço da fiança são as seguintes situações, quando: (i) a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente; (ii) houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas; (iii) for inovada a classificação do delito (LACERDA, 2013).

4 DAS IMPLICAÇÕES DECORRENTES DO NÃO PAGAMENTO DA FIANÇA E A JURISPRUDÊNCIA

A temática aqui trazida ao debate e que se volta a identificação das implicações que hão de ser levadas ao acusado e contra a manutenção da custódia cautelar que tem por base a falta de pagamento de fiança, é causadora é causadora de indagações e suscita melhor análise, como aqui se pretende fazer.

Supondo que tenha a autoridade policial arbitrado a fiança com fulcro nas disposições editadas pelo art. 322, CPP ou ainda que o magistrado a faça apoiado no art. 310, inciso III, “*in fine*”, do mesmo diploma, a regra é clara, se acusado pagar o valor arbitrado ao título de fiança prontamente será posto em liberdade, mas, o que vai implicar se não houver o pagamento desta, permanecerá preso até a satisfação da caução ou implica em prisão por dívida?

Essa questão apesar de interessante não tem ganhado espaço nas pautas de debate entre os doutrinadores em geral, inobstante tratar-se de uma problemática de de cunho teórico acentuada e que pode ter uma resposta bem mais simples do que se pode imaginar.

O cerne aqui permeia o seguinte raciocínio inicial, tomando por base o que já fora explanado no tocante a concessão da liberdade provisória por meio do arbitramento da fiança nada mais é do que a aplicação ao caso concreto de uma cautelar na forma do CPP. Em linhas gerais essa medida de natureza cautelar denominada de liberdade provisória é condicionada ao pagamento do valor da fiança criminal arbitrada ou pela autoridade e policial ou pelo magistrado, de modo que, basicamente, sem o pagamento, conclui-se que ela não se aperfeiçoaria.

Esse afirmativo é o mesmo que dizer que a liberdade provisória nesses casos se aperfeiçoa a partir do fechamento de um ciclo de etapas, sendo num primeiro momento do arbitramento, e o segundo do pagamento e o terceiro da colocação do indiciado ou réu em liberdade até concluído o processo crime. Inegavelmente que esse ciclo se mostra sequencial e imprescindíveis, donde se pode entender que a não ocorrência de um, não aperfeiçoa o seguinte. E assim, tornando sequencial o ciclo, portanto, o arbitramento, será efetivada a liberação do preso. De modo contrário, parece claro que enquanto não satisfeitos todos os requisitos legais essa

cautelar não se completa ou se aperfeiçoa, o que mantém o envolvido no cárcere (CABETTE, 2018).

Contudo, carece ser sublinhado aqui que essa situação não se pode prostrar por muito tempo, sob pena de violação de certa razoabilidade temporal. Se acontecer isso, deve a autoridade responsável analisar as circunstâncias a fim de tomar uma providência que solucione o caso, aplicando ao acusado outras das medidas constantes do próprio texto normativo, aplicáveis inclusive em caso de que o acusado não dispõe de aporte financeiro, o que se assim fosse admitido, como ficariam as pessoas de baixa renda, não seria contemplados por este benefício.

E assim deve ser efetivada a questão, visto que a manutenção de prisão preventiva em razão da impossibilidade de pagamento de fiança configura constrangimento ilegal, como é o entendimento da 11ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em sede de apreciação de Habeas Corpus⁹, já que a fiança é admitida nos casos previstos em lei e tem como finalidade precípua uma espécie de “contrato” de liberdade provisória no qual o devedor das “obrigações criminais”, pode ter outras medidas em seu desfavor aplicadas.

O objetivo do instituto da fiança tratado no ordenamento penal pátrio é o garantir a aplicação da lei penal de forma integral, além de permitir ao acusado aguardar a condução do processo em liberdade e também, e se seu não pagamento implicar na ausência de manutenção da sua liberdade mesmo diante da confirmação de todos os requisitos, além de estar negando os benefícios da norma penal, estaria minimizando as garantias constitucionais, que tem como base que a liberdade do indivíduo não é exceção, sendo a manutenção do direito de ir e vir uma regra, principalmente porque vigora o postulado de ninguém é culpado até que exauridas todas as possibilidades de se provar que é inocente.

De tal modo que a liberdade provisória é um direito fundamental constitucionalmente assegurado, inclusive aos acusados pela prática de um determinado crime, em favor deste não poderá ser negado se estiverem presentes os motivos legalmente prescritos que a autorizam, mesmo que não tenha sido pago o valor arbitrado ao título de fiança.

⁹ HC 0003402-74.2017.4.03.0000/SP

Neste passo, no que diz respeito à fiança, tem-se que concluir que a medida cautelar da fiança deve obedecer com cautela aos requisitos legais e inclusive da adequação à situação econômica do réu, não devendo ser utilizada quando se tratar de réu pobre e esse é o entendimento da lavra da Ministra Laurita Vaz na decisão que deferiu a liminar em habeas corpus a medida cautelar de fiança não pode subsistir, pois “ofende a sistemática constitucional que veda o fato de pessoas pobres ficarem presas preventivamente apenas porque não possuem recursos financeiros para arcar com o valor da fiança arbitrada”, concluiu.

(...) Além disso, no julgamento do HC 118.533, o STF considerou que o tráfico privilegiado não é crime equiparado a hediondo, ou seja, é possível a fixação de fiança. Assim, considerando que 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança' (art. 5º LXVI da C. Federal), concedo a ele, o benefício da 'liberdade provisória COM FIANÇA e mediante a obrigatoriedade de comparecer a todos os atos da ação penal, (...)

Esse inclusive é o entendimento do STJ, quando a medida cautelar de fiança não pode subsistir, pois ofende a sistemática constitucional que veda o fato de pessoas pobres ficarem presas preventivamente apenas porque não possuem recursos financeiros para arcar com o valor da fiança arbitrada.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DANO QUALIFICADO. AFASTAMENTO DA FIANÇA ARBITRADA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. HIPOSSUFICIÊNCIA DOS PACIENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1 A decisão judicial que homologa a fiança arbitrada pela autoridade policial e a decisão que reduz o valor fixado não demonstraram, à luz do que dispõe o art. 282 do CPP, a necessária presença de exigência cautelar a justificar a medida, 2. Tem-se como evidenciada a hipossuficiência financeira dos pacientes, pelas particularidades do caso, visto que, após dois meses, continuam presos e não demonstraram possuir meios para pagar a fiança. 3. Habeas corpus concedido, para que, confirmada a liminar, os pacientes sejam colocados em liberdade, independentemente do pagamento da fiança arbitrada, sem prejuízo da decretação de outra providência cautelar, se efetivamente demonstrada sua necessidade e adequação, nos termos dos arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal." (HC 305.614/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe de 21/05/2015)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691 DO STF. FIANÇA. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ NA

DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DA FIANÇA. TEMPO DE PRISÃO CONCRETAMENTE CUMPRIDO. ILEGALIDADE. PRESENÇA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. In casu, o arbitramento da medida cautelar de fiança não apresentou qualquer fundamentação específica quanto à necessidade e adequação da medida, bem como a finalidade pela qual se impunha a referida cautelar, o que evidencia ausência de fundamentos para a imposição da cautelar. 2. Esta Corte tem compreendido que o inadimplemento da fiança arbitrada, por si só, não é capaz de fundamentar a manutenção da custódia cautelar, nos termos do art. 350 do Código de Processo Penal. 3. Habeas corpus concedido, para a soltura do paciente, DANILO HENRIQUE SILVA, independentemente do pagamento da fiança que deve ser isenta, sem prejuízo de novo e fundamentada decisão de necessária medida cautelar penal diversa de prisão." (HC 385.922/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017 - grifei.)

Não se pode ignorar que a liberdade que é chamada de provisória pelo ordenamento pátrio o vez assim denominar porque pode, essa medida a qualquer tempo ser rechaçada, notadamente em ocorrendo alguma das hipóteses previstas na mesma norma, assim sendo ao ser esta medida revogada e o acusado por consequência será recolhido à prisão. O que salta aos olhos aqui é uma correta contracautela, uma vez que a cautela é a prisão e a liberdade provisória a sua contraposição. Nesse passo, fica evidente que a liberdade é definitiva até que apareça um motivo legal para cerceá-la como o caso de restar condenado o acusado o aquele crime que lhe fora atribuído.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo que teve como objetivo principal analisar a temática da fiança e verificar as implicações contra a manutenção de custódia cautelar baseada na falta de pagamento dessa medida pelo acusado.

Assim ao buscar apresentar o tema aos leitores, construiu-se um panorama jurisprudencial comparativo com a norma especializada, sem perder de vista o viés doutrinário, foi possível exaltar que a fiança é nada mais que essa garantia que acima se mencionou e não significa que se trate de um mecanismo benéfico ao agente, a ponto de ser extraído do sistema prisional ou que se configure como ferramenta que fará com que todos os acusados sejam levados ao cárcere.

Nesse prisma, corroborando com o exposto, foram trazidas doutrinas, conceituando o instituto da fiança na seara pátria, bem como pontos como seu cabimento; natureza jurídica pela ótica da jurisprudência, até culminar com a abordagem deste estudo de verificar as implicações decorrentes do não pagamento da fiança, relatando os principais aspectos concernentes ao tema que encontra hoje posição de destaque no ordenamento jurídico social.

Ficou demonstrado que teor da regra editada pelo ordenamento jurídico para a prisão em Flagrante tem-se que está se trata de um ato administrativo, como deixa entrever o artigo 301 do Código de Processo Penal, sendo uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, LXI) e como ficaria quando o pagamento da fiança não se efetivar.

Contemplou-se que com as mudanças ocasionadas pelo advento da Lei n.º 12.403/11, evidente que, antes delas, houve considerável evolução na atuação do juiz no processo, deixando este de figurar como mero expectador para assumir papel ativo quanto a sua obrigação de pagamento da fiança sob pena. Depreende-se que várias foram às modificações trazidas por ela ao contexto da sistemática de prisão/medida cautelar previsto pelo Código de Processo Penal

Nada obstante como foi trazido neste estudo a novel norma trouxe em seu bojo algumas perplexidades, no entanto, de maneira oportuna visou a adequação do processo penal aos primados constitucionais vigentes a partir da

constitucionalização do diploma penalista, dentre aos quais o princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência, desdobramento do princípio do devido processo legal, que assegura a liberdade do acusado até que seja lhe atribuída uma condenação.

Nesse contexto em que se insere o tema aqui lançado ao debate neste trabalho, diante dos entraves que engendra, e das peculiaridades legislativas e jurisprudência moderna que conferem ao assunto relevância e ampliam o interesse por uma explanação detalhada e inovadora do instituto no intuito de tornar mais limitado o cabimento da prisão no país o legislador excepcionou as hipóteses de encarceramento dos acusados e de um lado vinculou a lei o julgador ao dar efetividade ao que já era uma construção jurisprudencial, vedando por consequência a possibilidade de prisão cautelar e deu, por outro lado ao julgador a liberdade de aplicar medidas cautelares diversas e adequadas a cada caso em concreto, como o estabelecimento de uma fiança.

Por fim, com tudo que foi apresentado e discutido conclui-se que o não pagamento da fiança por impossibilidade do agente acarreta uma espécie de prisão inconstitucional, pois, se levarmos em conta que a nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, LXVI, dispõe o seguinte “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, desta feita, o não pagamento da fiança diante da impossibilidade do agente acarreta sim uma espécie de prisão por dívida, que não é formal pois não existe no ordenamento, mas tecnicamente falando, prisão por dívida, uma vez que com o adimplemento cessa a constrição.

REFERENCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TAVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª Ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

ARAUJO, Renata. **Breve análise acerca da Lei nº 12.403/2011 e as medidas cautelares alternativas à prisão**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55426/breve-analise-acerca-da-lei-n-12-403-2011-e-as-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao>. Acesso em dez.2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuros de complicado relacionamento, In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). **Setenta Anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanços e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRAGA, Luciana de Oliveira Bottosso. **Fiança penal: aplicabilidade, finalidades e a necessidade de sua reestruturação no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/fianca-penal-aplicabilidade-finalidades-e-a-necessidade-de-sua-reestruturacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>. Acesso em dez.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6 turma). **Recurso Ordinário de Habeas Corpus 53172/PR (2014/0285884-8)**. Penal. Processual Penal. Recurso em habeas corpus. Art. 334, *caput*, do CP. Suspensão condicional do processo. Perdimento do valor da fiança. Possibilidade. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recorrente: Maria Pereira de Freitas. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53996212&num_registro=201402858848&data=20160205&tipo=5&formato=PDF. Acesso em jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6 turma). **Habeas Corpus 385922/SP (2017/0011872-0)**. Processual penal e penal. Habeas corpus. Superação da súmula 691 do STF. Fiança. Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor. Embriaguez na direção de veículo automotor fundamentação abstrata. Impossibilidade de pagamento da fiança. Tempo de prisão concretamente cumprido. Ilegalidade. Presença. Habeas corpus concedido. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 28 de março de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=70324186&num_registro=201700118720&data=20170404&tipo=5&formato=PDF. Acesso em jan. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Resumo em 15 tópicos sobre as mudanças da Lei 12.403/11**. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/revistas-juridicas/ivan-luis-marques/resumo-em-15-topicos-sobre-as-mudancas-da-lei-12.403>. Acesso em jan.2020.

ISASCA, Frederico. A prisão preventiva e restantes medidas de coação. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

LACERDA, Fernando Hideo Iochida. **O renascimento da fiança**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24491>. Acesso em: jan. 2020.

LAUX, João de Mesquita; KRIEGER, Jorge Roberto. A aplicação da fiança penal. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.2, p. 1085-1104, 2º Trimestre de 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Daniel. **O que deve ser observado para o correto arbitramento da fiança?** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/correto-arbitramento-fianca/>. Acesso em dez.2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm. 2016

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACIEL, Silvio [et al]. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. **Prisão e medidas cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (7 câmara criminal). **Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.042616-9/000**. Receptação. Arbitramento de Fiança. Concessão de liberdade provisória mediante pagamento de fiança - Hipossuficiência demonstrada - Aplicação de medidas cautelares diversas da prisão - Possibilidade - Expedição alvará de soltura - Medida afeta ao magistrado de base. Paciente: Reginaldo Anselmo da Costa. Autori. Coatora: JD V CR Comarca João Monlevade. Relator: Des. Sálvio Chaves, 04 agosto de 2016. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B77AA8AA97199517979F857A79FF8DF4.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.042616-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em jan. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (2 câmara criminal). **Rec. em Sentido Estrito 1.0024.17.042744-7/001**. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Decisão que concedeu a liberdade provisória sem fiança - Reforma - Imposição de fiança - Inviabilidade - Benefício prisional que pode ser concedido com ou sem a garantia em pecúnia, a critério do juiz de primeiro grau - Recurso desprovido. Recorrente: Min. Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: David Ferreira de Souza. Relator:

Desa. Beatriz Pinheiro Caires, em 29 de junho de 2017. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B77AA8AA97199517979F857A79FF8DF4.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.17.042744-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em jan. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (7 câmara criminal). **Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.019419-7/000**. Tráfico de drogas. Liberdade provisória concedida. Fiança. Decote. Impossibilidade. Legalidade da prisão. Gravidade concreta do delito. Reiteração delitiva. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada. Paciente: Marco Vinício de Souza Júnior. Autori. Coatora: JD V CR Inf Juv Comarca Uba. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos, em 05 de maio de 2016. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B77AA8AA97199517979F857A79FF8DF4.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.019419-7%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em jan. de 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (7 câmara criminal). **Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.051747-8/000**. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Liberdade provisória concedida. Fiança. Reincidência. Presença dos requisitos dos artigos 312 e 313 do CPP. Vedação do agravamento da situação em "habeas corpus". Decote. Necessidade. Hipossuficiência. Fixação de outras medidas cautelares. Comparecimento periódico em juízo e proibição de se ausentar da comarca sem autorização judicial. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida em parte. Alvará. Paciente: Alex Alves Pereira Porto. Autori. Coatora: JD 2V Criminal de Execuções Penais de Cartas Precatórias Criminais da Comarca de Araguari. Relator: Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama, em 19 de julho de 2017. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B77AA8AA97199517979F857A79FF8DF4.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.051747-8%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em jan. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (7 câmara criminal). **Habeas Corpus Criminal 1.0000.13.083093-8/000**. Furto qualificado e porte ilegal de arma de fogo. Decreto prisão preventiva. Decisão fundamentada na garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Reiteração delituosa. Quebra de fiança. Restituição do valor pago. Vinculado ao resultado da ação penal. Art. 336 do CPP. Via inadequada. Necessidade da medida restritiva. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Ordem denegada. Paciente: Wallisson Henrique da Silva Ribeiro. Autori. Coatora: JD 1V CR Comarca Belo Horizonte. Relator: Des. Sálvio Chaves, em 28 de novembro de 2013. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B77AA8AA97199517979F857A79FF8DF4.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.13.083093-8%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em jan. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (7 câmara criminal). **Apelação Criminal 1.0145.15.023703-3/001**. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e uso de

droga - Absolvição - Impossibilidade - Atipicidade da conduta - Arma desmuniada - Ausência de lesividade - Irrelevância - Crime de perigo abstrato - Inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas - Sobrestamento do processo - Inviabilidade - Determinação do perdimento da fiança - Inobservância do artigo 344 do código de processo penal - Nulidade - Concessão de efeito suspensivo ao recurso - Ausência de interesse recursal - Isenção das custas processuais - Pleito prejudicado. Apelante: Eduardo Nascimento Matias. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Flávio Batista Leite, em 10 de outubro de 2017. Disponível em:

https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B77AA8AA97199517979F857A79FF8DF4.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.15.023703-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em jan. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMOS, João Gualberto Garcez. A tutela de urgência no Processo Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Fiança penal**: algumas considerações . Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em fev.2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Liberdade provisória**: verdades e mitos. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/liberdade-provisoria-verdades-e-mitos>. Acesso em jan.2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Lei 12.403/2011 na Prática** - Alterações da Novel legislação e os Delegados de Polícia. Disponível em: <https://jefersonbotelho.jus.com.br/publicacoes/14>. Acesso em JAN.2020.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª Edi. Salvador: Editora JusPodium, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.