

## **LEI, JURISPRUDÊNCIA E FIANÇA: UM PANORAMA JURÍDICO LEGAL SOBRE A IMPORTÂNCIA DA FIANÇA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.**

**Matheus Cutti (IC) e Erika Chioca Furlan (Orientador)**

**Apoio PIVIC Mackenzie**

### **RESUMO**

Este artigo busca trazer a real importância da fiança no processo penal brasileiro, principalmente após a Lei nº 12.403/11, que trouxe novas ferramentas adversas a fiança. Com a busca de revelar a sua importância, o artigo apresentará uma breve evolução histórica dessa medida cautelar diversa da prisão, juntamente com as desproporcionalidades que ela pode causar, principalmente para aqueles que cometem um crime afiançável e estão em prisão preventiva buscando outros meios de contribuir com o processo na troca de sua liberdade provisória. Por fim, a pesquisa traz o entendimento do STF sobre esse tema ao decorrer do tempo, além de buscar soluções para uma melhor aplicação da fiança. Os métodos utilizados para chegar em tal objetivo foram: o investigativo, exploratório e bibliográfico.

**Palavras-chave:** Fiança. Medidas Cautelares. Soluções.

### **ABSTRACT**

This article aims to bring the real importance of the fine, specially after the Law nº 12403/11, that brought new tools against the fine. Aiming to reveal the importance of the fine, the article will present a brief historical evolution of this precautionary measure, diverse of the prison, with the desproportionalityes that it can cause, mainly for those who committed a crime that isailable and are in precautionary prison looking for other measures that can contribute with the process in the exchange for their provisional release. Finally, the research brings the Supreme Court understandings about this theme through times, and searches for solutions for a better application of the fine. The methods used to lead us to this conclusion were: the investigative, exploratory and the bibliographyc.

**Keywords:** Bail. Precautionary measure. Solutions

## **1. INTRODUÇÃO**

No sistema de processo penal brasileiro, sempre existiu um tipo de medida para a prisão de um indivíduo antes do julgamento de mérito, porém, esse tipo de prisão não tinha como o objetivo punir o sujeito, mas sim, garantir o seu comparecimento nas etapas do processo, chamada então de prisão cautelar.

Para evitar então a prisão cautelar, e garantir os direitos fundamentais do indivíduo (liberdade provisória, direito de ir e vir e outros) foi implementado nas normas jurídicas, a fiança. Esse instrumento permitia que o sujeito garantisse seus direitos e ainda se comprometesse a comparecer as etapas do processo penal.

Porém com a chegada da fiança e sua manutenção no processo penal, acabou por gerar outros problemas, e o legislador para resolver essa situação, em 2011, acrescentou as medidas cautelares diversas a prisão preventiva do sujeito. Com isso, o juiz ganhou uma maior instrumentalização, tornando agora a fiança como apenas um desses instrumentos.

Por consequência fiança perdeu sua força dentro do Processo Penal, pelo fato de ser facilmente substituída por outra medida cautelar, mas ainda é uma opção a ser utilizada pelo juiz, porém a sua escolha gera uma maior onerosidade do que as demais, além dos problemas que ainda existiam anteriormente acabarem retornando para o indivíduo que recebeu esta medida cautelar.

Apresentado os fatos, qual é a importância da fiança no direito processual penal atual brasileiro, frente as outros instrumentos cautelares penais previstas no Código de Processo Penal e qual o papel da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nessa análise?

Para responder essa e outras perguntas, é necessário ver a fiança de um modo mais amplo, buscando seu conceito, história, sua função como garantia constitucional, seus efeitos positivos e negativos gerados pela aplicação, a visão do assunto pelo Supremo Tribunal Federal e possíveis mudanças que podem ser feitas.

## **2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO**

### **Da fiança**

A fiança está presente desde o primeiro Código de Processo Penal brasileiro, com a função atual de uma garantia de direito fundamental. E vindo de uma forma etimológica, a palavra fiança se origina de outra expressão latina, o “fidare”, que significa confiar em alguém. Para entender sua utilidade e funcionalidade, é necessário compreender o que é uma medida

cautelar, pois desde 2011 é assim que a fiança passou a ser classificada junto com outras. (FIGUEIREDO, 2014, p. 283, 288).

Medida cautelar de natureza pessoal são as medidas decretadas por um juiz que restringe ou priva a liberdade de locomoção, utilizadas contra o indivíduo durante a investigação ou até mesmo no curso do processo. Seu objetivo é assegurar a eficácia do processo, sacrificando uma pequena parte da liberdade do sujeito passivo da cautela, ora em menor grau lesivo, como medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP, (sendo elas o comparecimento periódico em juízo, proibição de ir em determinados lugares, proibição de manter contato com determinadas pessoas, proibição de se ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar em período noturno, suspensão de exercício de função pública, internação provisória, monitoramento eletrônico e fiança), ora com maior grau lesivo (exemplo: prisão preventiva). (LIMA, 2020, p. 930).

Fiança então, é uma medida cautelar, que fornece a liberdade provisória para um indivíduo, através de um pagamento (em dinheiro ou objetos) dentro dos limites do artigo 325 do CPP, podendo ser aplicada por uma autoridade policial ou um juiz competente, e ao efetuar o pagamento concorda com algumas obrigações, como a valoração ao comparecimento ao processo. Sua natureza é real, pois existe confiança no sujeito, que após pagar a fiança, e obedecer a todas as obrigações impostas, o valor é devolvido, porém, caso não obedeça, o custo pago continua com o estado, e seu direito de liberdade provisória retirado. (DELMANTO, 2019, p. 222, 223).

As medidas cautelares diversas da prisão preventiva estão no art. 319 do Código de Processo Penal, sendo a fiança uma delas, que a partir da vigência da Lei nº 12.403/11, passou a funcionar como uma medida cautelar autônoma, podendo ser aplicada sozinha ou com outras medidas cautelares (nas situações na qual se admite). Ao fixar a fiança outras condições também são anotadas com o objetivo de vincular o investigado ou o acusado ao processo, pois será possível levantar o dinheiro dado como fiança caso sejam cumpridos todos os requisitos processuais e tenha havido absolvição. (LIMA, 2020, p.1159).

Um dos motivos para a existência de medidas cautelares, é o princípio da presunção de inocência (previsto no art 5º, LVII, da CF), que nada mais é que “ uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada”. Como não se tem certeza que o indivíduo preso preventivamente cometeu o crime, é possível então, uma substituição dessa prisão por uma medida cautelar, no qual tem a mesma função, garantir que o indivíduo compareça ao processo. (LOPES, 2021, p. 7, 8).

Antes de ser classificada como medida cautelar, a fiança era vinculada apenas à possibilidade de liberdade provisória. E atualmente ainda se vinculam as medidas cautelares à liberdade provisória. Mas, afinal, o que é a liberdade provisória? Ela está prevista no art. 5º, LXVI, da CF, cujo enunciado diz que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Basicamente, a liberdade provisória é uma soltura concedida ao sujeito, que deve cumprir deveres (de maior ou menor escalão), e o não cumprimento desses deveres, pode gerar uma perda do seu direito de ir e vir, com determinação à prisão. (FERNANDES, 2010, p. 296).

Pode-se classificar liberdade provisória também como “o direito de aguardar o processo criminal em liberdade, com ou sem o pagamento de fiança, até o trânsito em julgado da sentença final que, se condenatória, torna possível a efetivação da sanção penal imposta através do processo de execução penal e, se absolutória, transforma a liberdade em definitiva, consagrando o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.” (MESSA, 2020, p. 377)

É nítido ver que a liberdade provisória prevista como direito fundamental está intimamente relacionada com o princípio da presunção de inocência, também uma garantia constitucional, razão pela qual alguns dispositivos legais que não abordam corretamente o assunto fiança e liberdade provisória logo são julgados inconstitucionais.

O direito fundamental é aquele que fornece bens e vantagens para o indivíduo, na qual está prescrito na norma constitucional, cujo o objetivo é a garantia de condições mínimas para a vida e seu desenvolvimento, por conta deste fator, se configura como um Direito Público fundamental (refere-se diretamente à organização e funcionamento do Estado). Garantias constitucionais são instrumentos que asseguram o exercício dos direitos, ou ao menos repara caso sejam violados, porém esta garantia em específico, está prescrita na constituição, gerando assim, uma maior relevância. Para resumo, direitos são bens e vantagens conferidos pela norma constitucional, enquanto as garantias são os meios destinados a fazer esse direito valer, além de sua proteção. (SILVA, 2005, p. 33, 34 e 412).

A respeito da natureza jurídica, a liberdade provisória é um direito (a vantagem de não se manter preso na cadeia) e a medida cautelar uma garantia (assegura a liberdade provisória). É fácil, então, concluir que a fiança é uma medida cautelar, que por sua vez é uma garantia constitucional.

A necessidade de se verificar a sua natureza jurídica, está pelo fato de existir uma prisão provisória. A prisão provisória é uma modalidade de prisão cautelar de natureza processual que decorre de decisão judicial, ocorre em qualquer momento da investigação

policial ou até do processo penal. (MARCÃO, 2012, p. 127). Este tipo de prisão, mesmo que se justifique com uma necessidade social, precisa de limites, pois pode gerar abusos para aqueles que estão nesta situação. Por isso, os direitos fundamentais dos indivíduos indicam esses limites, sendo a única maneira de conter a tendencia degenerativa, que possa acabar convertendo em uma verdadeira pena antecipada. A liberdade provisória, alcançada através das medidas cautelares, demonstra a sua importância através desse fato. (SANGUINÉ, 2014, p.22).

### **Reconstrução Histórica Possível da Fiança: a função da fiança ao longo do tempo no Brasil.**

O primeiro Código de Processo Criminal outorgado no Brasil foi em 1832. No Código de Processo Criminal Imperial, existiam medidas que ainda são adotadas hoje, como a própria liberdade provisória, claramente mais precária, e a fiança. Logo, a fiança foi a primeira e mais antiga medida cautelar implantada no Brasil. (FIGUEIREDO, p. 133)

A fiança funcionava como a única medida cautelar, ou seja, a única medida de se alcançar a liberdade provisória. Outro fator de demasiada relevância é de como a fiança atuava, pois diferente de como é utilizada após a CF/88, esta era uma medida de garantia real (um determinado valor em dinheiro ou bens que é dado ao estado em troca da liberdade provisória) porém, os bens não eram devolvidos ao acusado mesmo cumprindo todos os termos estabelecidos pela justiça. Por este fato, falava-se em uma fiança fidejussória que ainda existia resquícios na Constituição de 1824, do qual se baseava em um terceiro garantir com bens e dinheiro o comparecimento do réu em todas as audiências ou reuniões em que o tribunal determinar. (PACELLI, 2020, p. 445)

A fiança se manteve intocável ou com mudanças mínimas durante muito tempo, mais precisamente durante toda a época do Brasil Império, o começo da República e até a era Vargas (ao longo de 4 constituições, sendo 3 delas da república pós império).

Por volta da época de 1941 a fiança já estava alterada, funcionando como uma modalidade de liberdade provisória, basicamente continuava com sua natureza de garantia real, porém baseada nos conceitos da fidejussória, mas com o fator de não existir um terceiro como fiador, e utilizar apenas o que predominava nela, o termo da confiança. Esta confiança era demonstrada através da garantia que o aprisionado iria se apresentar no dia de seu julgamento, funcionando da seguinte maneira: o preso pagava uma determinada quantia que o juiz estabelecia, e com isso, ele tomava posse da liberdade provisória, porém deveria comparecer a todas reuniões e em seu julgamento, sob pena de não serem devolvidos os valores pagos como fiança. Esta maneira de aplicar a fiança continua a ser utilizada na

Constituição de 1988, porém com algumas alterações. A liberdade provisória também teve sua alteração nesta época, sua base se estabelecia como uma faculdade do Poder Público e não como um direito do indivíduo. (Pacelli, 2020, p. 445)

Foram muitas alterações comparadas ao Código de Processo Criminal de 1832, mas ainda havia particularidades que se mantiveram e com relevância sobre a fiança, que ainda era a única modalidade de se obter a liberdade provisória com apenas algumas pequenas diferenças, de que nem sempre seriam decretadas à prisão preventiva (sem flagrante) ou mantida a continuidade da prisão preventiva nos casos a qual: podia provar que o crime cometido foi através de uma conduta penalmente justificada, ou seja, quando apresentava alguma excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade e etc.); a gravidade da infração; suas condições pessoais; maior ou menor certeza da autoria de infração punível a liberdade provisória se daria sem a fiança. Outro ponto também importante a se destacar era de que existia uma presunção de culpa para aquele que já fosse preso em flagrante, sem essa presunção afirmada no flagrante, é necessário o mínimo de certeza para se conduzir um indivíduo por prisão preventiva a mando de um juiz, com base na materialidade e autoria existente resulte de indícios suficientes e sérios, para exclusão de uma possível probabilidade de erro. (ESPINOLA, p. 462, 463).

Entendido como foi fixada a fiança no ordenamento jurídico, já é possível verificar sua trajetória, no qual não tiveram mudanças relevantes, mesmo com alterações bruscas nas formas de governo ao decorrer da história. A fiança volta se tornar assunto de discussão, principalmente sobre sua aplicabilidade após a Constituição Federal de 1988.

Com a nova Constituição Federal, foi estabelecido um novo ordenamento jurídico para o Brasil, alterando quase que todo o plano de aplicação de leis, inclusive a fiança. No seu art. 5º, inciso XLII, XLIII e XLIV, determinava crimes no qual não era possível a aplicação da fiança, que por consequência, não era cabível a liberdade provisória. Isso era reafirmado pela Lei nº 8.072/90, mais precisamente no seu artigo 2º, inciso II.

Essa aplicação prevista pela Constituição não era muito bem aceita pela doutrina, inclusive gerando discussão no STF como será visto posteriormente. Todo esse fato era gerado por conta do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da CF. Como condenar alguém, sem que se tenha julgado e condenado em transitório em julgado? Era o que ocorria com quem praticasse um crime infiançável, pois quando preso em flagrante ou preventivamente, não tinha meios de conseguir sua liberdade, podendo considerar então como uma antecipação da condenação.

Portanto, funcionava da seguinte forma: quando efetuada a prisão em flagrante, o preso era conduzido ao distrito policial e o delegado de polícia representava pela manutenção

da prisão na modalidade preventiva ou estabelecia fiança, quando possível. Existia a chance de se converter para a prisão preventiva, que por consequência, não seria cabível qualquer espécie de liberdade provisória, especialmente a fiança.

Surge então a Lei nº 11.464/07, que fornece a possibilidade do preso preventivo ou em flagrante conseguir sua liberdade provisória, porém não era aplicado nenhuma outra medida para assegurar que o indivíduo compareça aos atos importantes do processo. Para resolver essa outra situação, foi criada a Lei nº 12.403/11, na qual foram instrumentalizadas inúmeras medidas cautelares diversas da prisão que podem ser utilizadas pelo juiz para conceder a liberdade provisória do indivíduo.

Com a chegadas dessas duas leis, principalmente a Lei nº 12.403/11, a fiança também se alterou, passando de uma medida utilizada para prisões em flagrante (contracautela substitutiva), para uma medida cautelar autônoma, que acabou a levando em seu desuso, pelo fato de existirem outras medidas cautelares mais benéficas para o preso; ou até mesmo quando utilizada, acabar sendo injusta para aqueles a qual não conseguem pagar o valor estipulado, e é exatamente este ponto que se dará à tona nas próximas páginas.

### **A fiança como garantia constitucional à liberdade**

Para se chegar ao ponto de questionar a função da fiança, é necessário separar os seus empregos de estrutura e de garantia que gera alguns problemas, sendo eles a infiançabilidade e a desproporcionalidade em relação a distribuição de valor se baseando na renda do sujeito. Após a análise destes pontos, a sua função ainda ativa no Processo Penal será questionada.

### **A infiançabilidade e sua desproporcionalidade**

Os crimes infiançáveis, previsto no artigo 5º, inciso XLII, XLIII e XLIV da Constituição Federal, são aqueles que não podem ser fornecidos a fiança para se conseguir a liberdade provisória. São infiançáveis: racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, bem como os crimes definidos como hediondos, conforme prevê a Lei nº 8.072/90. Mas mesmo os crimes hediondos possuindo essa característica, não tira a possibilidade de aplicar qualquer outra medida cautelar. (KALACHE, 2021, p. 114)

A infiançabilidade dos crimes hediondos foi feita de forma que não atingiu a sua finalidade, pois, ao invés de trazer medidas mais rígidas para aqueles que cometeram estes

crimes, ela apenas proíbe o uso da medida cautelar da fiança, permitindo conseqüentemente as demais. Os dois grandes possíveis motivos para esta opção foi:

1- Procurar uma forma de impedir a liberdade provisória do indivíduo que cometeu o crime dito pela Constituição como hediondo, não cumpriu com o que propôs, pois do próprio constituinte afirmar no art. 5º, inciso LXI, que “ *ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial*”, com apenas uma exceção, o flagrante. Por isso, foi vedado de toda forma possível uma prisão em decorrência de um ato normativo abstrato. Basicamente, esse pensamento não se dá como prometido por conta do texto constitucional em material penal e processual penal são resolvidos pelo sistema de garantias individuais, que garante o direito de cada indivíduo, no qual não pode ser retirado de forma alguma. (PACELLI, 2020, p. 647)

2- Se o objetivo foi criar um sistema mais gravoso para os indivíduos que supostamente cometeram este crime, o caminho a ser seguido não era pela inafiançabilidade, pois sua única função é de proibir uma aplicação de uma liberdade provisória ao custo do indivíduo pagar uma fiança ao Estado, portanto, não é impedido que o juiz aplique qualquer outra medida cautelar, que por muitas vezes é mais benéfica do que a própria fiança, como por exemplo o comparecimento aos atos do processo, como previsto no art. 319, inciso I, do CPP. (PACELLI, 2020, p.648)

Em razão desses fatos, é de extrema e fundamental importância a realização de um exame mais aprofundado sobre a fiança e sua utilidade como medida cautelar para uma liberdade provisória.

É possível associar então um exemplo bem decorrente da inafiançabilidade, um caso o qual cabe a liberdade provisória sem fiança para o indivíduo que cometeu um crime inafiançável. O indivíduo que recebe a sua liberdade provisória mediante a uma medida cautelar adversa da fiança, por conta da inafiançabilidade, está em situação mais favorável, daquele que é necessário pagar fiança para se obter a liberdade provisória. Ou seja, o indivíduo que cometeu um crime mais leve pelos olhos da sociedade (afiançável), tem mais dificuldade em se obter a liberdade provisória, comparado com aquele que cometeu um crime hediondo (inafiançável). (PACELLI, 2020, p. 754)

Este raciocínio está correto sob o ponto de vista lógico, porém no aspecto jurídico está limitado. Como forma de resolver este problema, poderíamos escolher entre duas opções:

A Constituição em si não coloca um obstáculo para a restituição de liberdade, por conta disso, apenas basta que o legislador posterior da Constituição, estabelecesse novos regimes cautelares diversos da fiança para os delitos inafiançáveis, mas, necessariamente eficientes.

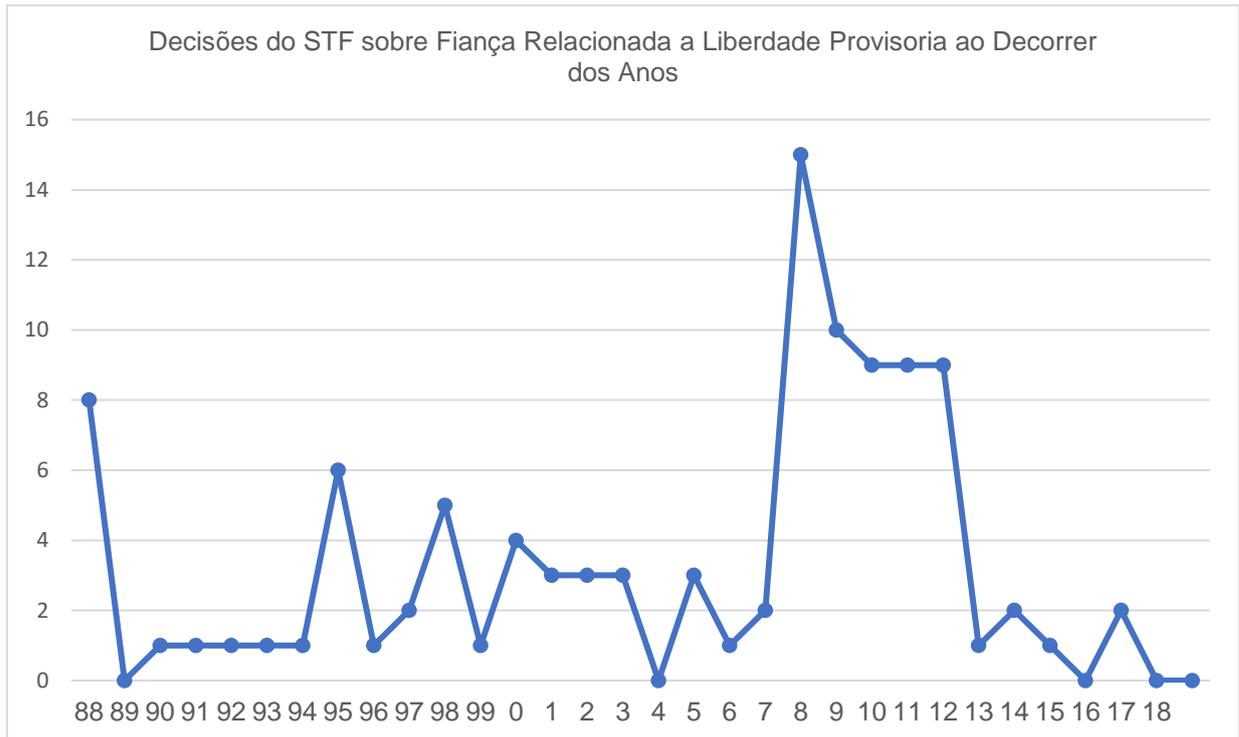
Outra forma também seria a utilização da expressão caução, distinguindo esta da fiança, tanto pela função e pelo valor mínimo, como também pela espécie de garantia. Funcionária da seguinte forma: a caução iria pedir necessariamente dinheiro imediato, já a fiança, poderia voltar a ser fidejussória (fiador) e não mais real (objetos e dinheiro). Portanto, afastaria a utilização da expressão inafiançabilidade e poderia utilizar a medida cautelar caução para estes casos. (PACCELI, 2020, p. 755)

Vale ressaltar que é trivial acreditar que retirar o direito da liberdade provisória do preso por crime inafiançável resolveria o problema da injustiça que causa a inafiançabilidade, pois é inconstitucional por conta do art. 5º, LXI da CF, o qual afirma claramente que ninguém deve ser preso sem um devido processo legal. A 1ª turma do STF também pensava desta forma, e após debatido a inconstitucionalidade, alterou seu pensamento, como será visto mais à frente.

#### **A desproporção com o valor flutuante da fiança**

Outro problema base com a fiança, é o seu valor flutuante previsto no artigo 325 do CPP, que é determinado diferente em cada caso, com base na gravidade do crime e na situação financeira do réu, sem uma razão processual. Ser rico não é motivo suficiente para aplicar fianças milionárias, e cobrar referente ao crime que o indivíduo cometeu não é a mais adequada quando se tem a presunção de inocência como fundamento. Em resumo, fiança com um valor tão flutuante também causa injustiça, ainda mais quando se baseada em um crime no qual não se tem certeza que o réu cometeu, e na sua condição financeira. A lei 12.403/2011 ainda traz como exemplo, a possibilidade de o juiz aplicar uma de 200 salários mínimos para um crime com mais de 4 anos de pena base e ainda aumentar ela em 1.000 vezes, como prescrito no inciso II e §1º, inciso III, do artigo 325 do CPP. (NICOLITT, 2011, p.93)

#### **A visão do STF sobre a fiança pré e pós medidas cautelares**



Ao analisar o gráfico<sup>1</sup>, que se inicia com a promulgação da Constituição em 1988, é possível observar que ocorreu um número considerado de recursos em 1988, pelo fato de ser uma nova Constituição a ser aplicada no direito, apesar de não se alterar tanto o modo de obter a liberdade provisória. Por este importantíssimo fato, não trouxe maiores dúvidas no meio jurídico ao decorrer do próximo ano, mantendo uma média baixa de número de processos relacionados a própria fiança, sua média oscilava entre 0 a 6 por ano, se estendendo assim por muito tempo, mais precisamente até 2007.

O pico de recursos julgados pelo STF em 2008 se deu por conta da alteração da Lei dos Crimes Hediondos (L 8.072/90), em 2007, pois, antes da reforma, a Lei dos Hediondos

<sup>1</sup> Números dos julgados que compõem o gráfico: 1988- RHC 66144, 65805, 66285, 66634, 66748, HC 67054, 66207, AI 121289 AgR. 1990- HC 67989. 1991- RHC 68607. 1992- HC 69109. 1993- 70798. 1994- HC 70662. 1995- HC 72169, 72077, 71442, 72518, 72799, 73151. 1996- HC 74108. 1997- HC 75635, 75684. 1998- HC 76543, 76544, 77052, 76714, RHC 75917. 1999- HC 77242. 2000- HC 80174, 80282, 80379, Ext 785 QO. 2001- HC 80277, 80886, 81112. 2002- HC 81871, 79376, 82158. 2003- HC 82215, 83468, 83534. 2005- Ext 966 Agr, HC 86066, 86118. 2006- HC 89417. 2007- ADI 3112, HC 87736. 2008- HC 93302, 93229, 93000, 92924, 93762, 92469, 93940, 92880, 89143, 85417, 94739, 94598, 95584, 93886, 95060. 2009- HC 97059, 97820, 97883, 97915, 98843, 96833, 98464, 98548, 98655 AgR, RE 601384 RG. 2010- HC 96041, 98966, 97579, 97975, 99447, 99333, 101673, 103399, 103715. 2011- HC 104384, 108508, 106299, 106963, 108802, 106463, 108134, 111166, 109236. 2012- HC 103595, 110844, 104339, 105915, 110705, 108340, 111586, 105750, 108345. 2013- HC 113613. 2014- HC 114731, 94012. 2015- HC 129474. 2017- HC 137078, 130402.

Observação: os recursos julgados apresentados, são apenas aqueles que tem como ponto principal a fiança e a liberdade provisória. Os recursos que o tema central era apenas um dos dois (fiança ou liberdade provisória), ou que são apenas citados, não fazem parte do gráfico.

Link:

[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=fian%C3%A7a%20e%20liberdade%20provisoria&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=fian%C3%A7a%20e%20liberdade%20provisoria&sort=_score&sortBy=desc)

declarava que os indivíduos presos preventivamente ou em flagrante não tinham a possibilidade de ter sua liberdade provisória (Lei nº 9.034/95 e Lei nº 10.826/03, eram maiores exemplos de como isso era aplicado). Porém, com a alteração da lei, tornou-se possível conquistar esse direito, mas não através da fiança (sendo que até o momento, era a única medida cautelar diversa da prisão em vigor), ou seja, o indivíduo conquistava seu direito sem precisar pagar uma fiança. A alteração da Lei foi necessária, porém, ainda não muito bem aplicável, pois o indivíduo liberado que cometeu o crime hediondo, não tinha uma medida cautelar aplicada, apenas era necessário o comparecimento a juízo, diferente dos demais presos, que precisavam pagar uma fiança para se obter esse direito. (FERNANDES, 2010, p. 304, 305)

O nível alto de processos se manteve graças a 2011, por conta de uma alteração importante do processo penal através da Lei nº 12.403/11, que como comentada anteriormente, deu uma maior instrumentalização para o juiz poder liberar o indivíduo da prisão, ou seja, melhorando a aplicação da Lei nº 11.464/07 (pois pode impor alguma medida cautelar para o inafiançável) e alterando rumo de vários processos. Pelos fatores citados, a demanda de recurso cresceu muito no STF, e a grande maioria pedia a alteração da fiança por uma outra medida. O impacto foi tão grande, que a normalidade da média de recursos pedidos antes de 2007 só foi retornar em 2013, no qual os tribunais de hierarquias inferiores já tinham precedentes suficientes para se orientarem melhor e as leis já foram melhor estabelecidas.

Após essa breve análise do gráfico e as explicações do problema com a fiança de um modo geral, é fácil se observar que, quando se tem uma alteração que corrija qualquer ponto citado, cria uma demanda maior de recursos, e isso se dá pela necessidade de garantir melhor o direito da liberdade provisória. Ao solucionar os problemas que a fiança pode trazer, é garantido mais ainda o direito fundamental, fornecendo assim, um processo jurídico mais justo para todos. É necessário corrigir todos os problemas, para com que um dia, sane todas as dúvidas e injustiças que a fiança possa causar.

Todavia, sabendo quais crimes são atribuídos inafiançabilidade pela Constituição Federal, haveria a possibilidade de liberdade provisória com a fixação de outra medida cautelar? O entendimento da 1ª turma do STF é no sentido que existe uma proibição da liberdade provisória, para os indivíduos que possivelmente foram presos preventivamente por algum crime inafiançável (STF – HC nº 103.715/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ 24.3.2011), na qual também era defendido por alguns do STJ (STJ - HC nº 229.004/TO, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 3.5.2012).

A justificativa para a vedação da liberdade provisória é de que, o texto constitucional que decretava inafiançabilidade estava também querendo reprimir a liberdade provisória, englobando tudo para apenas o termo da inafiançabilidade, e ir contra esse sentido, significaria ir contra a *Lex Legum*. Esse tipo de decisão não é unânime no Supremo, sendo mais resguardadas a 1ª turma. A decisão proferida pela Ministra Cármen Lúcia acabou acontecendo antes da Lei nº 12.403/11, porém posteriormente a Lei nº 11.464/07, que já vedava esse tipo de pensamento, pois, toda vedação da restituição de liberdade é inconstitucional, baseado no art. 5º, LXI da CF.

Em 2011, o ministro Ayres Britto, da segunda turma do STF, demonstrou no julgamento do HC nº 106463, no dia 25 de outubro de 2011, uma decisão completamente diferente daquela proferida pela Ministra Cármen Lúcia, no qual ele diz que a inafiançabilidade só quer dizer que, não se pode fornecer a liberdade provisória sobre o mero pagamento de fiança, utilizando o artigo 5º, LXI da CF, para delimitar o poder de aplicação da inafiançabilidade. Porém, quando atuava em 1ª turma e antes da Lei nº 12.403/11, o referente atuava nos processos de forma igual a ministra Cármen Lúcia, como podemos ver no HC nº 101673, julgado em 01/06/2010.

Sobre o caso apresentado, Eugenio Pacelli, demonstra os erros constitucionais na escolha da ministra sobre tal assunto, afirmando que:

”Por primeiro, observa-se que a restrição prevista no art. 21 do Estatuto do Desarmamento foi julgada definitivamente inconstitucional na ADI 3.112, sob o irrefragável fundamento da incompatibilidade da prisão *ex lege* com os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. E dando cores definitivas à questão, no entanto, no julgamento do HC nº 104.339/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 10 de maio de 2012, reputou inconstitucional o art. 44 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), entendimento que foi reafirmado em 2017 no RE 1.038.925-SP, agora já com Repercussão Geral reconhecida. Com isso, consolida-se a interpretação no sentido de que, seja prevista em lei, seja na Constituição, nenhuma norma relativa à inafiançabilidade poderá ser entendida como proibitiva da restituição da liberdade (liberdade provisória). E mais. Nenhuma lei poderá vedar a possibilidade de exame judicial acerca da desnecessidade de manutenção de prisão cautelar (ou seja, a de restituição da liberdade). Nem poderia ser de outro modo: é a Constituição da República que assegura que ninguém *será preso ou mantido preso, senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente* (art. 5º, LXI).” (PACELLI, 2020, p. 735).

Para conclusão, a doutrina e a jurisprudência atual, acreditam na liberdade provisória para todos, incluindo aqueles presos por crime que configura inafiançabilidade. A necessidade

de verificar como é julgado e tratado os demais problemas envolvidos pela fiança, é de extrema relevância, para trazer um ordenamento mais justo.

Apenas um adentro a jurisprudência sobre a época da pandemia. O STJ decidiu que todos os presos que tiveram a liberdade condicionada pela fiança, fossem soltos, através de um habeas corpus coletivo. A decisão foi tomada em 2020, após a recomendação 62/2020 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça). É claro o motivo para tomada de tal decisão, a tentativa para a diminuição da propagação do vírus e a preocupação com a saúde de preso. Isso demonstra que, em situações extremas, a liberdade do preso deve ser concedida, independente de pagamento da fiança ou não.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por conta dos tópicos anteriores, foi visto a trajetória da fiança, sua aplicabilidade, a discussão gerada em tribunais superiores, além de algumas desproporcionalidades e injustiças ao redor dela.

Qual a utilidade de uma medida cautelar de maior grau danoso para o indivíduo, quando existem outras medidas menos gravosas e mais acessíveis? Antes de 2011 a fiança ainda era essencial, pois era o único instrumento possível para a utilização do juiz para conceder a liberdade provisória, apesar de muitas vezes atuar sem ela. Porém pensando no tempo atual, sua medida se torna dispensável, por se tornar uma de várias medidas cautelares diversas da prisão, além de ser mais danosa ao sujeito.

Existe o pensamento de que a escolha da fiança é a melhor, pelo fato de ser a mais justa dentre todas as demais, pois é o meio mais seguro de garantir que o sujeito retorne ao dia do seu julgamento, além de comparecer nos dias em que é fundamental a sua presença no processo. Este tipo de pensamento não é nenhum pouco errado, porém nem de longe está totalmente verdadeiro. Ao analisar deste modo esquecemos que não são todos que podem pagar por sua fiança, logo o manter preso por não ter dinheiro, seria algo um pouco distante de justiça. Além do fato de que nada garante com certeza absoluta que o preso retornaria aos dias de audiência e, muito pelo contrário, dá chances de o indivíduo fugir, porque na cabeça deste sujeito, o dinheiro da fiança é um pequeno preço a se pagar por sua chance de liberdade através da fuga.

Uma alternativa mais viável para este momento seria a medida cautelar de monitoramento eletrônico, previsto no inciso IX, do artigo 319, do CP, no qual o indivíduo não pagaria nada para conseguir seu direito de relaxar a prisão, entretanto, eliminaria o risco de se manter preso por fator monetário, além de diminuir significativamente as chances de sua fuga, pelo motivo de se saber onde ele se encontra, e caso não cumpra com os requisitos da

liberdade provisória, o preso volta a prisão. O único problema desta alternativa é o maior gasto ao Estado, pois equipamentos eletrônicos não são baratos, e será necessário comprar centenas, ou até milhares deles.

Pelos exemplos passados e por tudo que foi dito, fica nítido notar o uso decadente da fiança, ao ponto de que esta não se torna mais tão necessária em nosso ordenamento jurídico, principalmente pela desproporção e injustiça que ela causa em vários determinados casos (rico pagando mais que pobre, sujeito que cometeu crime hediondo livre por conta da inafiançabilidade e preso ainda em cárcere privado por não ter dinheiro para a fiança, medidas cautelares mais úteis a determinados casos e etc.).

A fiança já foi muito importante para garantir um direito (liberdade provisória) nosso como cidadão, mas no atual momento, já existem outros meios que fazem isso, e dependendo do caso até de uma forma melhor, tornando assim a fiança ultrapassada, e que possivelmente acabe entrando em desuso (ou ao menos deveria).

A fiança, portanto, deveria ser abandonada do nosso ordenamento jurídico para dar espaço para as demais medidas cautelares, ou, ser específica para apenas um tipo de caso, no intuito de não criar injustiça com os demais casos, como por exemplo, usar a fiança apenas para crimes hediondos, ou até mesmo para flagrantes, no qual a única medida cautelar para o relaxamento da prisão fosse a própria fiança, ou pelo menos, a fiança acompanhada com outra medida cautelar, como a monitoramento eletrônico (já que o código não proíbe a aplicação de mais de uma medida cautelar). (PACELLI, 2020, p.648)

Se fosse utilizada apenas para crimes que hoje em dia são considerados os “inafiançáveis”, previsto nos artigos 323 e 324 do CPP, não iria interferir na garantia constitucional e ainda poderia ser aplicada com as demais medidas cautelares. Entrementes, a injustiça perante aos demais presos preventivos diminuiria e teria um regimento mais rigoroso para supostamente aqueles que cometeram crimes mais graves.

Na hipótese de utilizar a fiança apenas para flagrantes (não preventivas), seria fornecido uma maior autoridade e competência para o delegado, que poderia estipular fiança em mais casos e não somente para aqueles que tem pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos, como prevê o artigo 322 do CPP. Os benefícios seriam muitos, como uma maior utilidade para a fiança, menos trabalho para o juiz, uma resposta mais rápida para a pessoa com o seu direito de ir e vir cessado e outros. Porém, sempre seguindo o que os artigos 301 ao 310 do CPP impõem, com destaque ao flagrante de apenas 24hrs, que precisar ser convertido para preventiva ou liberdade provisória.

Portanto, a fiança deve ter sua aplicabilidade alterada, ou focalizada para certas situações em que foi prevista anteriormente. A hipótese de se utilizar o termo “caução”, se

distinguindo da fiança, é uma das formas mais validas de se chegar no melhor emprego pretendido.

#### 4. REFERÊNCIAS

DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e Prisão no Processo Penal**. 3º ed. Saraiva Jur, 2019.

ESPINOLA, Eduardo Filho. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 3º ed, 1955.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 6º ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Marcos Rui de et al. **História do Direito Brasileiro**. Grupo GEN, 2014.

KALACHE, Kauna Vieira da Rosa. **Prisão e medidas cautelares: práticas e consequências**, 1º ed. Intersaberes, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8º ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6º ed. Editora Saraiva Jur, 2021.

MARCÃO, Renato. **Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. 2º ed. Editora Saraiva, 2012.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 3º ed. Almedina, 2020.

NICOLITT, André. **O NOVO PROCESSO PENAL CAUTELAR A Prisão e as demais medidas cautelares**, 1º ed. Elsevier, 211.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**, 24º ed. Gen Atlas, 2020.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar- Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Grupo Gen, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25º ed. Malheiros Editores, 2005.

STJ confirma decisão que mandou soltar todos os presos do país que tiveram liberdade condicionada à fiança. STJ, 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14102020-STJ-confirma-decisao-que-mandou-soltar-todos-os-presos-do-pais-que-tiveram-liberdade-condicionada-a-fianca.aspx>>. Acesso em: 15, junho, 2022.

**Contatos:** matheuscutti@hotmail.com e erika.furlan@mackenzie.br