

FIANÇA SEM CAUTELARIDADE: DA CONTRACAUTELA DO FLAGRANTE À CAUTELAR PATRIMONIAL

**A FUNÇÃO CUSTODIAL DA FIANÇA E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A
ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988**

Ciências Sociais Aplicadas • 08/09/2026

REGISTRO DOI: [10.70773/revistatopicos/788663654](https://doi.org/10.70773/revistatopicos/788663654)

Bruno Seligman de Menezes

RESUMO

O artigo examina a compatibilidade constitucional da fiança criminal no sistema cautelar brasileiro a partir de um problema preciso: a manutenção da prisão de quem, embora beneficiado por decisão de liberdade, não recolhe o valor arbitrado. Sustenta-se que a Constituição de 1988 não suprimiu a fiança — instituto expressamente mencionado em seu texto —, mas tornou incompatível a sua antiga função de contracautela do flagrante, isto é, de preço ou condição suspensiva para que cesse uma prisão já destituída de fundamento cautelar. Propõe-se que, após a Lei nº 12.403/2011, convivem no Código de Processo Penal dois objetos normativos distintos sob um mesmo nome: a caução-contracautela, herdada de 1941, e a cautelar patrimonial do art. 319, VIII. Apenas a segunda sobreviveu ao filtro constitucional. O argumento é reforçado pela analogia estrutural com o tratamento dado à prisão civil do depositário infiel, hipótese que constava expressamente do art. 5º, LXVII, da Constituição e ainda assim perdeu aplicabilidade por força do art. 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (RE 466.343; Súmula Vinculante 25). Precisa-se, ainda, a técnica de controle aplicável a cada camada normativa, distinguindo não recepção e interpretação conforme, à luz da recusa da inconstitucionalidade superveniente firmada na ADI 2/DF. A pesquisa adota método jurídico-dogmático, com reconstrução histórico-legislativa, análise da disciplina de 2011 e de 2019, exame crítico de precedentes, consideração de dados empíricos sobre o não pagamento de fianças e referência a parâmetros interamericanos, universais e comparados. Propõe-se uma interpretação constitucionalmente adequada fundada na *cisão decisória*: primeiro se define a existência de título jurídico para a custódia; depois, em plano autônomo, examinam-se as medidas cautelares necessárias e adequadas. Ausentes os requisitos da prisão

preventiva, a soltura deve ser imediata, e eventual fiança não pode ter efeito suspensivo. O inadimplemento, por si só, não constitui título prisional. Conclui-se que a sobrevivência constitucional da fiança depende de sua desmercantilização — e reconhece-se que, mesmo assim reconstruída, ela permanece um instrumento cautelar fraco e desigual, cuja intensidade dissuasória varia conforme o patrimônio do destinatário.

Palavras-chave: fiança criminal; liberdade provisória; prisão em flagrante; medidas cautelares; igualdade material.

ABSTRACT

This article examines the constitutional compatibility of monetary bail within Brazil's pretrial system, focusing on the continued incarceration of a person who has been granted release but fails to pay the amount set by the authorities. It argues that the 1988 Constitution did not abolish bail — an institution expressly referred to in its text — but made its former role as a counter-security to arrest incompatible with the new constitutional order whenever payment operates as the price of, or a suspensive condition for, release from custody that no longer has an independent legal basis. It further argues that, after Act 12,403/2011, two normatively distinct objects coexist under a single name: the 1941 counter-security deposit and the autonomous financial precautionary measure of article 319(VIII). Only the latter survived constitutional scrutiny. The argument is reinforced by a structural analogy with civil imprisonment of the unfaithful depositary, a hypothesis expressly authorized by article 5(LXVII) of the Constitution that nonetheless lost applicability under article 7.7 of the American Convention on Human Rights. The article also specifies the appropriate technique of constitutional review for each normative layer, distinguishing non-reception from constitutionally conforming interpretation. It

proposes a two-step approach: courts must first determine whether there is a valid legal basis for continued detention and only then assess, independently, whether non-custodial measures are necessary and suitable. If preventive detention requirements are absent, release must be immediate and bail cannot suspend it. Non-payment alone cannot constitute a legal basis for imprisonment. Bail may survive as a prospective financial precautionary measure, but never as the price of liberty.

Keywords: monetary bail; pretrial release; arrest in flagrante delicto; precautionary measures; substantive equality.

1. INTRODUÇÃO: UMA DECISÃO DE LIBERDADE QUE PRODUZ PRISÃO

Imagine-se uma ocorrência ordinária. Um motorista é preso em flagrante pela prática, em tese, do delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Como a pena máxima cominada não supera quatro anos, a autoridade policial pode arbitrar fiança, nos termos do art. 322 do Código de Processo Penal. O preso tem patrimônio suficiente, mas não quer pagar. Apresentado ao juiz na audiência de custódia, verifica-se que não há fundamento concreto para a prisão preventiva. Ainda assim, ele deve permanecer recolhido até depositar a quantia?

A pergunta é deliberadamente formulada sem a variável da pobreza. Não se ignora que a incidência socialmente mais grave do instituto recai sobre quem não dispõe de recursos — e a seção 6 trata disso com o cuidado que o tema exige. A hipótese do investigado solvente, porém, isola uma questão anterior e mais elementar: se a prisão preventiva não pode ser decretada e o flagrante já foi

submetido ao controle judicial, qual é o título jurídico da custódia que subsiste exclusivamente por falta de pagamento?

A resposta não pode ser "a própria fiança". Uma obrigação patrimonial não integra o catálogo constitucional de prisões processuais, e o seu inadimplemento não figura entre os fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal.

O problema costuma ser dissolvido por uma imagem enganosa. Diz-se que o juiz "concedeu liberdade provisória mediante fiança", como se a liberdade fosse um benefício ainda incompleto, dependente do implemento de condição. Essa descrição oculta o que de fato ocorre: reconhecida a inexistência de fundamento para a prisão cautelar, o Estado conserva a pessoa presa para compelir o pagamento de uma prestação pecuniária. A decisão denominada de liberdade passa, paradoxalmente, a produzir prisão.

O argumento apresentado neste artigo não é o de que toda e qualquer fiança seja incompatível com a Constituição. Uma tese tão abrangente esbarraria no próprio texto constitucional, que alude à liberdade provisória "com ou sem fiança" e enumera crimes inafiançáveis. O objeto da crítica é mais preciso: incompatível com a ordem de 1988 é a **função custodial ou suspensiva** da fiança, pela qual o pagamento atua como preço para extinguir uma prisão que já não encontra suporte em necessidade cautelar autônoma.

Essa delimitação permite compreender a dupla condição normativa assumida pelo instituto. De um lado, o art. 319, VIII, do Código de Processo Penal, na redação da Lei nº 12.403/2011, inclui a fiança entre as medidas cautelares diversas da prisão e lhe atribui fins prospectivos: assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar

obstrução ao andamento ou conter resistência injustificada à ordem judicial. De outro, os arts. 310, III, e 322 a 350 preservam fragmentos de uma arquitetura mais antiga, na qual a liberdade constituía o resultado da prestação de uma contracautela e o não pagamento autorizava a continuidade da custódia.

A coexistência não é apenas terminológica. Trata-se de uma **antinomia funcional**: o mesmo nome designa ora um instrumento de administração de riscos processuais, ora um fundamento de privação da liberdade sem que esses riscos existam. O paradoxo mais visível dessa antinomia — a soltura sem fiança nos crimes inafiançáveis convivendo com a permanência no cárcere nos afiançáveis — foi por nós apontado em texto anterior, de natureza ensaística (MENEZES, 2020); o presente artigo retoma o problema com o aparato dogmático que ele exige.

A literatura já apontou o esvaziamento histórico da fiança e as desigualdades decorrentes de sua aplicação (COSTA; SANTOS, 2016; CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2019; BRAUD *et al.*, 2024). A contribuição específica deste estudo consiste em separar os planos que a prática reúne indevidamente e em nomear essa separação: a **decisão decisória**. A decisão cautelar precisa ocorrer em dois momentos logicamente sucessivos e não fungíveis. No primeiro, examina-se se existe título constitucional e legal para a prisão após o controle do flagrante. No segundo, já resolvida a questão da liberdade, verifica-se se alguma medida do art. 319 é necessária e adequada. A fiança pertence somente ao segundo plano. Consequentemente, não pode suspender os efeitos da decisão tomada no primeiro.

O desenvolvimento seguirá nove movimentos. Reconstrói-se, inicialmente, a migração da fiança de contracautela central no modelo de 1941 para medida cautelar alternativa após as reformas de 1977 e 2011 (seção 2), propondo-se em seguida o reenquadramento do problema como coexistência de dois institutos homônimos e a fixação da técnica de controle aplicável a cada um deles (seção 3). Enfrenta-se depois a objeção decorrente das referências constitucionais à fiança e à inafiançabilidade, com apoio na analogia do depositário infiel e no exame do art. 310, § 2º, introduzido em 2019 (seção 4). Examina-se então o erro categorial que confunde inadimplemento e título de custódia (seção 5), a seletividade econômica do instituto e os parâmetros internacionais aplicáveis (seção 6), o alcance e o limite da correção jurisprudencial (seção 7) e o regime da fiança policial (seção 8). Discute-se, na sequência, um ponto habitualmente omitido pela crítica: a seletividade que sobrevive mesmo na fiança constitucionalmente reconstruída (seção 9). Por fim, propõem-se critérios de interpretação conforme a Constituição e um protocolo decisório (seção 10).

O objetivo não é abolir uma garantia patrimonial, mas impedir que ela desempenhe uma função carcerária que a Constituição não autoriza.

2. DA CONTRACAUTELA À CAUTELAR AUTÔNOMA: A TRAJETÓRIA INCOMPLETA DA FIANÇA

No projeto original do Código de Processo Penal, prisão em flagrante e fiança formavam um par funcional. A captura produzia custódia processual e, nas infrações classificadas como afiançáveis, a prestação patrimonial permitia ao acusado responder em liberdade.

A fiança era, portanto, uma contracautela: garantia oferecida pelo imputado em oposição à cautela estatal representada pela prisão. Não se exigia que a custódia anterior estivesse apoiada em demonstração individualizada de perigo. O flagrante possuía força prisional própria, e a lei selecionava, por critérios abstratos, os casos em que esse efeito poderia ser neutralizado mediante pagamento.

A Exposição de Motivos do Código confirma a centralidade do instituto. Ao anunciar disciplina menos rígida que a legislação precedente, o documento destacava a graduação do valor segundo a gravidade da infração e as condições econômicas do acusado. A preocupação com a capacidade financeira não alterava, contudo, a estrutura fundamental: a liberdade era alcançada pela prestação da garantia. O regime articulava gravidade abstrata, afiançabilidade e disponibilidade econômica dentro de uma lógica em que a prisão processual não dependia, em todos os casos, de decisão judicial fundada em perigo concreto.

Essa matriz explica expressões que permanecem no vocabulário forense: "conceder" liberdade, "prestar" fiança, "recolher" o acusado enquanto não houver pagamento, "restaurar" a prisão quando a garantia perde efeito. Elas pertencem a um sistema em que a liberdade provisória era exceção modulada pela lei, e não consequência imediata da ausência de fundamento cautelar.

O caráter autoritário da legislação de origem é juridicamente relevante — não como argumento de culpa por associação histórica, mas como advertência metodológica. Reformas pontuais podem substituir normas sem remover as categorias que lhes davam sentido. A interpretação constitucional do processo penal exige verificar se a função atual de cada dispositivo é compatível com

direitos fundamentais, e não apenas se o seu texto foi formalmente mantido. A filtragem constitucional, no sentido garantista, não se satisfaz com a permanência topográfica de um instituto no Código (FERRAJOLI, 2014).

Essa arquitetura sofreu sua primeira ruptura relevante com a Lei nº 6.416/1977, que inseriu no art. 310 hipótese ampla de liberdade sem fiança quando ausentes os motivos que autorizariam a prisão preventiva. Embora anterior à Constituição de 1988, a reforma introduziu uma cisão entre o flagrante e a necessidade de custódia continuada. A pergunta deixou de ser apenas se o delito admitia fiança e passou a incluir a verificação de razões concretas para conservar a prisão.

O efeito sistêmico foi profundo. Se uma pessoa presa em flagrante podia ser solta sem fiança sempre que a preventiva não se justificasse, a prestação patrimonial já não era o caminho exclusivo para a liberdade nos delitos afiançáveis. O próprio projeto que resultaria na Lei nº 12.403/2011 registrou, em sua exposição justificadora, esse deslocamento: a fiança, antes medida cautelar central, tornara-se de aplicação rara porque superada pela liberdade provisória sem fiança ligada à ausência dos requisitos da prisão preventiva. O sistema, porém, não foi reconstruído por inteiro. A nova regra conviveu com a classificação entre crimes afiançáveis e inafiançáveis, com o arbitramento policial e com dispositivos que continuavam a pressupor o pagamento como antecedente da soltura. Surgiu uma primeira camada de hibridismo: uma norma baseada em necessidade cautelar foi enxertada num capítulo organizado pela lógica da contracautela.

O deslocamento iniciado em 1977 foi convertido pela Constituição de 1988 em exigência de validade. O art. 5º, LXI, admite a prisão, ressalvada a hipótese de flagrante, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. O inciso LXV determina o relaxamento imediato da prisão ilegal. O inciso LXVI assegura que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança. A presunção de inocência, no inciso LVII, completa um regime no qual a privação anterior ao trânsito em julgado somente se legitima por finalidade cautelar e dentro de estrita legalidade — e é precisamente da presunção de inocência que decorre a impossibilidade de que a prisão processual assuma, ainda que parcialmente, funções retributivas ou de antecipação de pena (GOMES FILHO, 1992; MORAES, 2010).

O flagrante continua a autorizar captura sem prévia ordem judicial. Essa excepcionalidade não lhe confere duração indefinida. Sua função é interromper a situação delitiva, preservar elementos imediatos de informação e apresentar a pessoa ao controle jurisdicional. Submetida a prisão ao juiz, a continuidade da custódia demanda novo título. No regime do art. 310, com a redação da Lei nº 13.964/2019, cabe relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em preventiva quando presentes os requisitos legais ou conceder liberdade, com ou sem medidas cautelares — e tudo isso no prazo máximo de vinte e quatro horas, sob pena de ilegalidade da custódia (art. 310, § 4º).

A qualificação do flagrante como situação pré-cautelar — estágio inicial que desemboca na prisão preventiva ou nas medidas alternativas, e não medida cautelar autônoma — é a que melhor explica esse regime, e conta com adesão relevante na doutrina

brasileira posterior a 2011 (LOPES JR., 2024; BADARÓ, 2024). A categoria não é unânime, e parte da literatura ainda a trata como prisão cautelar de natureza própria e duração breve. A divergência, contudo, não afeta o ponto decisivo deste artigo, sobre o qual há convergência: após o controle judicial, o flagrante não subsiste como título autônomo de prisão.

Por isso, a questão decisiva não é a nomenclatura "liberdade provisória", mas a existência de autorização atual para a prisão. A provisoriedade da liberdade não inverte a regra constitucional. É a prisão antes da condenação definitiva que precisa ser provisória, excepcional e instrumentalmente justificada. Ausente fundamento legal para a preventiva — ou para eventual prisão temporária decretada em procedimento e hipóteses próprios —, a liberdade não depende de compra, favor ou promessa.

Mais de duas décadas depois, a Lei nº 12.403/2011 procurou concluir a transição por meio de um sistema de cautelares pessoais graduadas. O art. 282 passou a submeter as medidas à necessidade e à adequação; o art. 319 ampliou o repertório de alternativas à prisão; e o art. 321 adotou comando inequívoco: ausentes os requisitos da preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no próprio Código. A Lei nº 13.964/2019 acrescentou ao art. 282 o § 6º, que exige justificção fundamentada e individualizada do não cabimento de substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar — reforço expresso do princípio da subsidiariedade.

A reforma de 2011 encerrou, ao menos no plano legislativo, o chamado reducionismo bipolar entre prisão e liberdade plena, e com ele a tentação de importar do processo civil um poder geral de

cautela que autorizasse medidas atípicas. O rol dos arts. 319 e 320 é taxativo, e as finalidades ali indicadas delimitam o que cada medida pode legitimamente perseguir (BADARÓ, 2011a). Essa taxatividade é decisiva para o problema aqui tratado: se o juiz não pode criar medida cautelar não prevista em lei, tampouco pode atribuir a uma medida legalmente prevista efeito que a lei não lhe confere — e o efeito de manter alguém preso é, precisamente, o que o art. 319, VIII, não confere à fiança.

Nesse catálogo, a fiança reapareceu com natureza transformada. O art. 319, VIII, prevê sua imposição para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar obstrução ao andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial. Essas finalidades são cautelares e futuras. Não descrevem uma taxa de saída da prisão, mas instrumento voltado ao comportamento processual de quem responderá em liberdade.

A reforma, todavia, não completou a transição. O art. 310, III, manteve a fórmula da liberdade "com ou sem fiança"; o art. 322 preservou o poder da autoridade policial de arbitrá-la em infrações com pena máxima não superior a quatro anos; o art. 340, parágrafo único, continuou a determinar que, não realizado o reforço da garantia, a fiança "ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão"; e o art. 350 conservou a dispensa fundada na situação econômica como benevolência, e não como vedação. Esses dispositivos operam com pressupostos distintos dos arts. 282, 319 e 321.

3. DUAS FIANÇAS SOB UM NOME

A descrição corrente do problema — um instituto com dupla personalidade — é insuficiente e, em certa medida, enganosa. Ela

sugere que existe um único objeto jurídico exercendo, alternadamente, duas funções, e que bastaria "usá-lo melhor" para resolver a contradição. A tese aqui sustentada é mais forte: após 2011, convivem no Código de Processo Penal dois objetos normativos distintos que compartilham o nome "fiança".

O primeiro é a caução-contracautela, herdada de 1941. Sua estrutura é a seguinte: pressupõe uma prisão em curso; opera como condição suspensiva da soltura; tem por critério de incidência a classificação abstrata do delito, isto é, a afiançabilidade; dispensa demonstração de perigo concreto; e converte inadimplemento em custódia, automaticamente. Seus vestígios legais são os arts. 310, III, na leitura tradicional, 322 e 340, parágrafo único.

O segundo é a cautelar patrimonial, criada — ou, mais precisamente, refundada — pela Lei nº 12.403/2011. Sua estrutura é inversa: pressupõe uma pessoa em liberdade; opera prospectivamente, sobre comportamento processual futuro; tem por critério de incidência a necessidade e a adequação verificadas no caso concreto, nos termos do art. 282, I e II; exige demonstração de risco processual determinado, conforme o art. 319, VIII; e submete o inadimplemento ao regime gradual do art. 282, § 4º, no qual a prisão é última resposta e depende de juízo preventivo autônomo.

Os dois objetos são incompatíveis ponto a ponto. Não se trata de graus de uma mesma coisa, mas de institutos com pressupostos, funções, critérios e consequências opostos. Não é possível atribuir simultaneamente à mesma quantia a qualidade de obrigação prospectiva e a de título negativo de encarceramento — assim como não é possível que uma medida seja, ao mesmo tempo, alternativa à prisão e causa dela.

Daí a formulação da tese central deste artigo:

Da fiança do Código de Processo Penal, apenas a cautelar patrimonial do art. 319, VIII, foi recepcionada pela ordem constitucional de 1988. A caução-contracautela foi revogada tacitamente pela Lei nº 12.403/2011 na parte em que com ela incompatível, e não foi recepcionada, na parte anterior a 1988, sempre que confira ao pagamento efeito suspensivo da soltura ou ao inadimplemento efeito prisional.

Essa formulação tem três vantagens sobre a descrição da dupla personalidade. Primeiro, evita a impressão de que a solução é retórica ou de calibragem. Segundo, indica com precisão o objeto da não recepção e da revogação tácita, permitindo controle difuso e interpretação conforme. Terceiro, e sobretudo, explica por que a correção meramente jurisprudencial do valor — tema da seção 7 — não resolve o problema: ela atua sobre a intensidade do segundo instituto sem eliminar a operação do primeiro.

A tese exige, porém, precisão sobre a técnica de controle aplicável, e essa precisão não é detalhe processual: dela depende o instrumento de que dispõe quem pretenda submeter a questão ao Judiciário. O ponto de partida é a recusa, pelo Supremo Tribunal Federal, da figura da inconstitucionalidade superveniente. Na ADI 2/DF, o Plenário assentou que o vício de inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser aferido em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração; a Constituição posterior não torna inconstitucionais as leis anteriores incompatíveis, mas as revoga. Norma pré-

constitucional incompatível é, portanto, **não recepcionada**, e não inconstitucional.

Disso decorre um regime dúplice para os dispositivos aqui examinados.

Os preceitos de 1941 que sustentam a função custodial — notadamente o art. 340, parágrafo único, e a lógica subjacente ao art. 322 e ao art. 350 — situam-se no campo da não recepção. Não são impugnáveis por ação direta de inconstitucionalidade, mas podem ser afastados no controle difuso por qualquer juiz ou tribunal, independentemente da cláusula de reserva de plenário, e são passíveis de controle concentrado por arguição de descumprimento de preceito fundamental, expressamente cabível quanto a atos normativos anteriores à Constituição (Lei nº 9.882/1999, art. 1º, parágrafo único, I).

Já os dispositivos cuja redação atual é posterior a 1988 — o art. 310, III, na redação de 2011 e 2019, e o art. 319, VIII — não comportam juízo de recepção, porque nasceram sob a Constituição vigente. Quanto a eles, o problema não é de validade do texto, mas de âmbito de aplicação: a solução adequada é a interpretação conforme, ou, se necessário, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, excluindo-se a leitura segundo a qual a fiança suspende os efeitos da decisão de soltura.

A distinção tem consequência prática imediata. O advogado que impetra habeas corpus não precisa arguir inconstitucionalidade do art. 340, parágrafo único: basta sustentar sua não recepção, o que dispensa o rito do art. 97 da Constituição. Já o enfrentamento da praxe construída sobre o art. 310, III, exige o vocabulário da

interpretação conforme. Confundir as duas técnicas — como é frequente na prática forense, que tende a tratar todo conflito com a Constituição como inconstitucionalidade — enfraquece a impugnação e facilita a resposta evasiva do órgão julgador.

4. O QUE A CONSTITUIÇÃO PRESERVOU — E O QUE ELA NÃO AUTORIZA

A objeção mais imediata à crítica da fiança é constitucional. Se o art. 5º, LXVI, fala em liberdade provisória "com ou sem fiança", e os incisos XLII, XLIII e XLIV qualificam determinados crimes como inafiançáveis, a Constituição não teria incorporado o instituto e todas as suas consequências?

A premissa é correta apenas em parte. A Constituição preserva a possibilidade jurídica da fiança e impede que o intérprete simplesmente elimine a categoria. Não decorre daí, entretanto, que toda função historicamente exercida por ela tenha sido constitucionalizada. Institutos infraconstitucionais mencionados pela Constituição permanecem sujeitos aos demais direitos fundamentais e ao desenho constitucional das restrições à liberdade.

O inciso LXVI é, sobretudo, uma garantia negativa: proíbe que alguém seja levado à prisão ou nela mantido nos casos em que a lei admite liberdade provisória. A expressão "com ou sem fiança" amplia a proteção, em vez de criar uma autorização independente de custódia. Ela impede que a técnica legislativa utilizada para acompanhar a liberdade — patrimonial ou não — seja convertida em razão para ignorar o direito à soltura. Ler o dispositivo como permissão para prender até o pagamento inverte a sua direção

normativa: uma garantia contra a manutenção da prisão seria transformada em fundamento para mantê-la.

A objeção textual, porém, comporta resposta mais decisiva do que a interpretação sistemática do inciso LXVI. Ela vem de uma experiência já vivida pelo direito brasileiro. O art. 5º, LXVII, da Constituição não se limitou a mencionar a prisão civil do depositário infiel: autorizou-a expressamente, ao ressalvá-la, ao lado da dívida alimentar, da proibição geral de prisão por dívida. Era autorização constitucional direta, textual e específica — situação normativa muito mais robusta do que a simples alusão do inciso LXVI à fiança.

Ainda assim, no julgamento conjunto dos RE 466.343 e RE 349.703 e dos HC 87.585 e 92.566, em dezembro de 2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu ao Pacto de São José da Costa Rica status supralegal e assentou que a autorização constitucional, embora não revogada, deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante do tratado sobre a legislação infraconstitucional que disciplinava a matéria. Seguiu-se a Súmula Vinculante 25 — "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito" — e o cancelamento da Súmula 619 do próprio Tribunal. Consolidou-se, com isso, uma modalidade autônoma de controle: além da compatibilidade com a Constituição, as leis devem passar pelo exame de conformidade com os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento (MAZZUOLI, 2013).

O argumento a fortiori impõe-se: se nem a autorização constitucional expressa de uma modalidade de prisão sobreviveu ao filtro convencional, a mera menção a um instituto infraconstitucional não pode sustentar uma função carcerária que a Constituição em

nenhum lugar autorizou. A fiança é referida pelo texto constitucional; a prisão por não pagamento de fiança, não.

Duas precisões são necessárias para que o argumento não seja mal compreendido. A primeira é que não se sustenta aqui a subsunção da fiança ao conceito de dívida civil. A fiança é caução processual, não obrigação de direito privado, e o art. 7.7 da Convenção Americana refere-se à detenção por dívidas. Quem quisesse resolver a questão por simples subsunção encontraria, com razão, resistência conceitual. A segunda é que a força do argumento não está na subsunção, e sim na identidade funcional. O que os arts. 5º, LXVII, da Constituição e 7.7 da Convenção Americana proscrevem não é uma etiqueta jurídica, mas um mecanismo: o emprego da privação de liberdade como meio de coerção ao pagamento de quantia. Ora, o art. 340, parágrafo único, do Código de Processo Penal determina que o réu "será recolhido à prisão" caso não reforce a garantia; e a prática do arbitramento com efeito suspensivo mantém presa a pessoa até que ela deposite. Em ambos os casos, a custódia funciona exatamente como funcionava a prisão do depositário infiel: instrumento de constrição patrimonial.

O paralelo é ainda mais desfavorável ao instituto processual penal. A prisão civil do depositário infiel operava em contexto no qual a responsabilidade do devedor já estava juridicamente estabelecida. A prisão por não pagamento de fiança incide sobre pessoa presumidamente inocente, antes de qualquer juízo sobre o mérito da imputação. Se a primeira é ilícita, a segunda não pode ser lícita.

Também a inafiançabilidade possui alcance mais restrito do que lhe atribuía o modelo anterior. Ela veda o emprego de uma específica garantia patrimonial nos crimes selecionados pelo constituinte ou

pela legislação autorizada. Não estabelece prisão preventiva automática, não presume perigo processual e não dispensa motivação judicial. As regras de inafiançabilidade e as regras de custódia cautelar pertencem a planos distintos.

Essa redução foi consolidada pela jurisprudência constitucional. Ao examinar vedações legais abstratas à liberdade provisória, o Supremo Tribunal Federal afastou reiteradamente a ideia de que a gravidade atribuída à espécie delitiva pudesse substituir a verificação dos requisitos cautelares. Na ADI 3.112, ao apreciar o Estatuto do Desarmamento, o Tribunal declarou inconstitucional a insuscetibilidade de liberdade provisória ali prevista, ao fundamento de que o texto constitucional não autoriza prisão ex lege. No HC 104.339, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, exigindo, em seu lugar, a análise dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. E, no RE 1.038.925 (Tema 959 da repercussão geral), reafirmou a orientação com efeitos gerais, fixando a tese de que é inconstitucional a expressão "e liberdade provisória" constante do caput daquele art. 44.

Essa transformação produz o paradoxo que expõe a perda da função antiga da fiança. Uma pessoa autuada por crime constitucionalmente inafiançável pode ser posta em liberdade, sem fiança, quando não houver razões para prisão preventiva. Já alguém acusado de delito menos grave e afiançável pode permanecer preso apenas porque não pagou. O problema não está na soltura do primeiro, que realiza o princípio da não culpabilidade e a excepcionalidade da prisão cautelar. Está em converter a afiançabilidade, concebida historicamente como vantagem, em desvantagem carcerária.

O paradoxo não se resolve com a afirmação de que o segundo preso "optou" por não pagar. Direitos fundamentais não perdem eficácia porque o seu titular se recusa a adquirir a liberdade. Se o Estado não dispõe de título para a custódia, a escolha de não prestar garantia patrimonial pode gerar consequências cautelares proporcionais, quando houver dever validamente imposto — o que se examinará adiante —, mas não supre o requisito constitucional da prisão. Do contrário, a liberdade deixaria de ser posição jurídica e passaria a ser mercadoria disponibilizada pelo Estado.

Seria incompleto, contudo, sustentar que a vedação legal abstrata de liberdade provisória foi definitivamente superada pela jurisprudência constitucional. Em sentido contrário, a Lei nº 13.964/2019 acrescentou ao art. 310 do Código de Processo Penal um § 2º segundo o qual o juiz, verificando que o agente é reincidente, ou integra organização criminosa armada ou milícia, ou porta arma de fogo de uso restrito, "deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares". O dispositivo é o contraexemplo vivo da orientação descrita acima, e ignorá-lo enfraqueceria a argumentação.

Três observações se impõem. A primeira é que a hipótese ali prevista não é a mesma da fiança. O § 2º proíbe a liberdade em razão de característica do agente ou da imputação; o problema da fiança é a manutenção da prisão apesar do reconhecimento de que ela não se justifica. São vícios distintos, ainda que da mesma família: ambos substituem o juízo concreto de necessidade por classificação abstrata. A segunda é que as três hipóteses do § 2º não têm a mesma estrutura, e o argumento deve ser calibrado. A integração em organização criminosa armada ou milícia e o porte de arma de uso restrito operam por gravidade abstrata da conduta imputada, e

sobre elas incide diretamente a ratio da ADI 3.112, do HC 104.339 e do Tema 959. A reincidência, ao contrário, é circunstância concreta e individualizada, cuja consideração pelo julgador é legítima — o que não autoriza, porém, transformá-la em causa automática de prisão, dispensando o exame dos arts. 312, 313 e 282, § 6º. A crítica ao dispositivo não precisa ser uniforme para ser procedente. A terceira é que o dispositivo confirma, e não infirma, o diagnóstico deste artigo. A persistência legislativa de comandos de prisão automática, mais de trinta anos após a Constituição e quase uma década após a Lei nº 12.403/2011, é sintoma do mesmo fenômeno que produz a antinomia funcional da fiança: a sobreposição de camadas normativas sem remoção das categorias que lhes davam sentido. A tarefa da filtragem constitucional é, precisamente, permanente.

No plano internacional, o Comitê de Direitos Humanos da ONU registra, no Comentário Geral nº 35 sobre o art. 9 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que a prisão preventiva não deve ser obrigatória para todos os acusados de determinado crime, sem consideração das circunstâncias individuais, e que os tribunais devem examinar se alternativas — entre elas, expressamente, a fiança — tornariam desnecessária a detenção no caso concreto.

Afastada a equivalência entre inafiançabilidade e prisão obrigatória, é preciso definir qual função constitucional pode remanescer para a fiança. Ela encontra expressão no art. 319, VIII: medida cautelar patrimonial dirigida a objetivos processuais determinados. Como toda cautelar, deve ser excepcional, instrumental, provisória, revisável e proporcional. Sua legitimidade depende da identificação de perigo que a medida seja capaz de reduzir e da demonstração de que uma obrigação menos onerosa seria insuficiente — exigência

hoje expressa, para a prisão, no art. 282, § 6º, e extensível, por coerência, a toda restrição cautelar (GOMES FILHO, 2011).

O valor não pode ser definido pela conveniência arrecadatória, pela repulsa ao fato ou por antecipação da pena provável. Os arts. 325 e 326 exigem consideração da natureza da infração, das condições pessoais e de vida pregressa, das circunstâncias indicativas de periculosidade e, sobretudo, da situação econômica. Interpretados à luz do art. 282, esses fatores não autorizam tarifação automática. Servem para calibrar uma medida cuja necessidade já foi previamente fundamentada.

Há, nesse ponto, tensão interna no art. 324, IV, que impede a fiança "quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva". A disposição deve ser lida com o princípio da subsidiariedade. Se os motivos concretos, avaliados ao final do juízo de proporcionalidade, tornam a prisão efetivamente necessária, a fiança isolada é insuficiente. Mas a mera existência de algum risco processual não pode excluir todas as cautelares alternativas, pois é precisamente a gestão proporcional desse risco que justifica o art. 319. A preventiva somente aparece quando outras medidas não bastam.

Assim compreendida, a menção constitucional à fiança deixa de carregar a antiga equivalência entre inafiançabilidade e prisão. O instituto sobrevive, mas com função reduzida e reordenada: pode acompanhar a liberdade para tutelar o processo; não pode ser a causa jurídica pela qual a liberdade, já devida, deixa de acontecer.

5. O ERRO CATEGORIAL: PAGAMENTO, RISCO PROCESSUAL E TÍTULO DA CUSTÓDIA

Toda decisão tomada após uma prisão em flagrante deve começar por uma pergunta binária: existe título jurídico bastante para a continuidade da custódia? Se o flagrante é ilegal, impõe-se o relaxamento. Se é legal e há requerimento legitimado, o juiz examina a prisão preventiva sob os arts. 312, 313 e 315, inclusive a insuficiência das medidas alternativas (art. 282, § 6º). Se esses pressupostos não estão presentes, a consequência do art. 321 é a liberdade. Somente depois se abre uma segunda pergunta: há risco processual concreto que possa ser administrado por uma das medidas do art. 319?

Formule-se a proposição:

Cisão decisória. A decisão sobre a existência de título jurídico para a custódia e a decisão sobre a imposição de medidas cautelares diversas da prisão são momentos logicamente sucessivos, funcionalmente autônomos e reciprocamente não substituíveis. Nenhuma medida do segundo plano pode condicionar, suspender ou diferir o efeito da decisão tomada no primeiro.

A ordem dos juízos não é formalismo. Ela impede que uma condição acessória assuma clandestinamente a função da prisão que não foi decretada. Quando o magistrado afirma "liberdade mediante pagamento" e conserva o autuado preso, funde duas decisões incompatíveis: reconhece que a prisão preventiva não é cabível, mas mantém a privação por causa de uma obrigação pecuniária. É, na expressão garantista, a imposição de uma pena sem juízo — pois o conteúdo aflitivo da privação de liberdade se realiza integralmente,

sem que se tenha afirmado nem a necessidade cautelar nem a culpa (FERRAJOLI, 2014).

O pagamento antecipado pode ser conveniente para a administração, mas conveniência não é título de custódia. Se a fiança é cautelar autônoma, o seu cumprimento pode ser fiscalizado enquanto a pessoa está em liberdade, como ocorre com comparecimento periódico, proibição de contato, recolhimento domiciliar ou monitoração eletrônica. Nenhuma dessas medidas autoriza, por simples imposição inicial, a manutenção automática da prisão até que o destinatário demonstre adesão material.

Há, aliás, um argumento de coerência interna que raramente é explorado e que reforça decisivamente o ponto. O Código de Processo Penal disciplina outras medidas de constrição patrimonial no processo penal: o sequestro de bens imóveis e móveis (arts. 125 a 133), a especialização e o registro da hipoteca legal (arts. 134 e 135), o arresto (arts. 136 e 137) e, na disciplina posterior, a alienação antecipada (art. 144-A). Todas exigem indícios e finalidade específica. Todas incidem sobre patrimônio. Todas podem ser descumpridas, frustradas ou tornar-se ineficazes. Nenhuma delas converte inadimplemento ou frustração em prisão. Nenhuma condiciona a liberdade do imputado à sua efetivação. Nenhuma autoriza que a pessoa seja recolhida até que o resultado patrimonial se produza.

A pergunta que daí resulta é incontornável: por que a única constrição patrimonial do processo penal brasileiro capaz de gerar cárcere por não pagamento é justamente aquela que a Lei nº 12.403/2011 deslocou expressamente para o rol das medidas alternativas à prisão? A resposta não está em qualquer particularidade funcional da fiança. Está na sua origem. O efeito

prisional do não pagamento é resíduo da caução-contracautela de 1941, e não atributo da cautelar patrimonial de 2011. O Código, nesse ponto, contradiz a si mesmo — e a contradição não é sutil: é a diferença entre um instrumento que evita a prisão e um instrumento que a produz.

Definida a ordem entre custódia e cautelares alternativas, as finalidades legais da fiança precisam ser levadas a sério. "Assegurar o comparecimento" exige elementos que indiquem risco de não comparecimento, não bastando a existência do processo. "Evitar a obstrução do seu andamento" pressupõe comportamento ou circunstâncias capazes de comprometer a instrução. A "resistência injustificada à ordem judicial" demanda ordem anterior, válida e descumprida, e não pode funcionar como cláusula genérica para punir desobediência. A taxatividade do rol do art. 319 opera aqui em dupla direção: veda medidas atípicas e veda, igualmente, o alargamento das finalidades das medidas típicas (BADARÓ, 2011a).

Em todos os casos, deve existir relação racional entre o patrimônio vinculado e o perigo identificado. A fiança não é automaticamente adequada a qualquer risco. Uma proibição de contato pode ser mais idônea para proteger a instrução; o comparecimento periódico pode ser suficiente para manter vínculo com o juízo; a retenção de passaporte, quando juridicamente cabível e concretamente motivada, responde melhor a risco de evasão internacional. A escolha da medida não pode decorrer do fato de a infração estar listada como afiançável, pois afiançabilidade é limite de disponibilidade do instituto, não demonstração de necessidade.

Essa distinção também afasta o uso da fiança como pena provisória. O art. 336 prevê a destinação dos valores, em caso de condenação,

ao pagamento de custas, indenização do dano, prestação pecuniária e multa. Tal destinação posterior não redefine a finalidade cautelar no momento da imposição. Se a quantia for calculada para garantir desde logo reparação ou sanção provável, haverá antecipação patrimonial incompatível com a presunção de inocência. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos adverte, no mesmo sentido, que a garantia financeira não deve incorporar reparação, precisamente porque a responsabilidade ainda não foi definitivamente estabelecida (CIDH, 2013).

É nesse quadro que deve ser examinado o não pagamento. Ele pode ter três causas distintas: impossibilidade econômica, dificuldade operacional ou recusa deliberada. Nenhuma delas, isoladamente, cria retroativamente risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. Tampouco converte o flagrante, já controlado, em título judicial de prisão.

Na impossibilidade econômica, os arts. 325, § 1º, I, e 350 autorizam dispensa ou redução, e a igualdade material torna essa solução obrigatória quando a medida, tal como fixada, é inacessível. Em dificuldades operacionais — ausência de contato com familiares, funcionamento bancário, falha de comunicação ou documentação —, a prisão é ainda mais arbitrária, porque o exercício da liberdade depende de contingências inteiramente alheias ao risco processual.

O regime do descumprimento está no art. 282, § 4º: o juiz pode substituir a medida, cumulá-la com outra e, em último caso, decretar a preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312. O dispositivo não autoriza prisão automática. Exige avaliação do significado do comportamento, contraditório compatível com a urgência, proporcionalidade e demonstração de que as alternativas

são insuficientes — esta última hoje expressa no art. 282, § 6º. Registre-se, por rigor, uma controvérsia. O art. 282, § 4º, na redação de 2019, menciona a possibilidade de atuação de ofício, ao passo que o art. 311, também reformado em 2019, condicionou a decretação da preventiva a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente ou a representação da autoridade policial, e o art. 282, § 2º, adotou solução equivalente para as demais cautelares. A leitura sistematicamente coerente é a de que a menção residual do § 4º cede diante da opção estrutural da reforma pela iniciativa das partes. De todo modo, a controvérsia não altera o argumento central: mesmo quem admita a atuação oficiosa não pode dispensar os requisitos dos arts. 312 e 313.

A recusa deliberada é a hipótese conceitualmente mais difícil e, por isso, a mais reveladora. Ela é frequentemente invocada como argumento decisivo contra a tese aqui sustentada: se a pessoa pode pagar e simplesmente não quer, não estaria ela própria escolhendo permanecer presa?

O argumento falha porque supõe resolvido aquilo que precisa ser demonstrado. A recusa só é juridicamente relevante como descumprimento se a fiança tiver sido validamente imposta como cautelar autônoma — isto é, se houver decisão anterior identificando risco processual concreto, demonstrando a aptidão da vinculação patrimonial para reduzi-lo e a insuficiência de medida menos onerosa. Nesse caso, e apenas nesse caso, existe dever cujo descumprimento pode gerar resposta cautelar proporcional, pela via do art. 282, § 4º.

Se, ao contrário, a fiança foi arbitrada por rotina associada ao tipo penal, à faixa de pena do art. 322 ou ao próprio flagrante — o que,

como se verá, corresponde a parcela relevante da prática —, então não há dever validamente constituído. Não havendo dever, não há descumprimento. E o que se qualifica como "recusa" é apenas o exercício de uma liberdade: não existe, na ordem constitucional brasileira, dever de colaboração patrimonial com a própria persecução penal.

A pessoa imputada não tem obrigação de financiar a própria soltura, do mesmo modo que não tem obrigação de produzir prova contra si (QUEIJO, 2012). Tratar a ausência de pagamento como indício de risco processual — "quem não paga, é porque pretende fugir" — inverte o ônus argumentativo e penaliza o exercício de uma faculdade. A inferência tampouco encontra respaldo empírico: como se verá na seção 6, a pesquisa disponível associa o não pagamento sobretudo à ausência de recursos e de rede familiar acessível, e não a comportamento estratégico.

Portanto, mesmo a pessoa que pode pagar e escolhe não o fazer não fica presa "pela fiança". Poderá sofrer resposta cautelar se, e somente se, a recusa revelar risco processual juridicamente relevante em relação a dever validamente imposto; e a custódia somente será legítima por decisão preventiva autônoma. A diferença é essencial: o inadimplemento pode integrar o material de análise; jamais substitui os requisitos legais da prisão.

A sobreposição de épocas dentro do próprio Código torna-se particularmente visível no contraste entre dois dispositivos vizinhos. Segundo o parágrafo único do art. 340, se o acusado não realizar o reforço exigido, a fiança ficará sem efeito e ele "será recolhido à prisão". O comando automático reproduz integralmente a função de contracautela: desaparecida a garantia, retorna a custódia como

estado supostamente natural. O art. 343, alterado em 2011, adota lógica oposta para o quebramento da fiança — hipótese, note-se, de gravidade maior, pois envolve descumprimento de obrigações processuais (art. 341). Nessa situação, além da perda de metade do valor, o juiz decidirá sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, "se for o caso", a decretação da prisão preventiva. A expressão preserva o juízo de necessidade e impede o automatismo.

Não há justificativa possível para que a mera ausência de reforço patrimonial produza prisão automática enquanto o quebramento propriamente dito demanda avaliação judicial. A assimetria não é apenas ilógica: é inversamente proporcional à gravidade das condutas. A leitura sistemática exige submeter o art. 340 ao regime posterior dos arts. 282, § 4º, e 343. Seu parágrafo único não foi recepcionado na parte em que pretende instituir recolhimento automático, ou deve receber interpretação conforme que elimine esse efeito. A perda de eficácia da garantia pode exigir revisão das cautelares; não ressuscita uma prisão anterior nem cria nova modalidade de custódia.

6. O PREÇO SELETIVO DA LIBERDADE

O Código contém mecanismos que pretendem individualizar o encargo. O art. 325 estabelece faixas de valores e autoriza, conforme a situação econômica, a dispensa, a redução em até dois terços ou o aumento em até mil vezes; o art. 326 manda considerar a situação econômica do preso; e o art. 350 admite liberdade sem fiança quando a condição financeira o recomendar. Essas previsões evitam que o valor seja completamente indiferente à realidade do destinatário, mas não corrigem o defeito estrutural quando a soltura continua condicionada ao depósito.

Uma obrigação patrimonial calibrada ainda é patrimonial. Pessoas com rendimentos, redes familiares e acesso bancário distintos experimentam de modo radicalmente desigual uma mesma quantia. O salário mínimo, usado como unidade legal, não mede recursos imediatamente disponíveis, endividamento, responsabilidades familiares ou capacidade de mobilizar ajuda durante as poucas horas que separam a prisão da audiência de custódia. A igualdade não se realiza apenas pela possibilidade abstrata de redução.

Além disso, a decisão binária "pagar ou permanecer preso" transforma diferenças econômicas em diferenças de liberdade. Para uma pessoa, a fiança significa imobilização temporária de parte do patrimônio; para outra, significa encarceramento. A medida deixa de ter intensidade graduável e passa a produzir espécie distinta de restrição segundo a classe social. O resultado contraria a proporcionalidade, porque o peso real da cautelar não corresponde ao risco processual, mas à disponibilidade financeira.

A dimensão econômica, portanto, não é argumento periférico nem substituto do argumento anterior. Ela revela concretamente o erro de categoria examinado na seção 5. Se a falta de recursos pode conservar alguém preso depois de reconhecido o direito à liberdade, a fiança está operando como título custodial.

A insuficiência desses mecanismos não é apenas teórica. Pesquisa quantitativa publicada em 2024 mapeou 1.497 casos em que houve aplicação de fiança em audiências de custódia realizadas em São Paulo (SP) entre janeiro e outubro de 2019, entre pessoas atendidas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (BRAUD *et al.*, 2024). Dois achados centrais interessam diretamente a este artigo: a fiança

é aplicada primordialmente a crimes patrimoniais sem violência, para os quais raramente se prevê pena em regime fechado; e a existência de familiares acessíveis ao custodiado determina as possibilidades de pagamento e, por consequência, o tempo de prisão que a medida implica. Segundo o estudo, em parcela expressiva dos casos a fiança arbitrada não foi paga, e, na maior parte dessas situações, a exigência veio a ser posteriormente dispensada; registram-se, ainda, casos de permanência prolongada no cárcere por valores baixos.

Duas observações metodológicas são devidas, e fortalecem — em vez de enfraquecer — a leitura aqui proposta. A primeira é que o universo pesquisado não é uma amostra geral de audiências de custódia, mas o conjunto dos casos em que a fiança foi efetivamente aplicada, restrito ao público atendido pela Defensoria Pública. Trata-se, portanto, de população construtivamente enviesada em direção à hipossuficiência, e os percentuais de não pagamento não podem ser extrapolados para o conjunto dos custodiados do país. A segunda é que esse viés não compromete o argumento — ao contrário, o delimita com precisão. O que os dados demonstram não é a frequência do fenômeno na população geral, mas a sua natureza: quando a fiança incide sobre quem não tem recursos, ela funciona como mecanismo de encarceramento, e não de desencarceramento.

E a dispensa posterior é o dado mais revelador de todos. Se a cautelar era necessária para neutralizar risco concreto, por que pôde ser afastada com tal frequência? Se não era necessária, por que a pessoa permaneceu presa até que outro agente do sistema corrigisse a decisão? A sucessão sugere que, em parte relevante da

prática, a fiança é fixada por rotina associada ao tipo penal ou ao flagrante, e não como resultado de juízo cautelar individualizado.

Os achados convergem com o relatório *O preço da liberdade*, que examinou a aplicação de fiança e multa no processo penal e descreveu a permanência de pessoas presas por incapacidade de cumprir obrigações financeiras (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2019), e com a literatura sobre a audiência de custódia como espaço de disputa entre a lógica desencarceradora e a mentalidade punitiva (AZEVEDO; SINHORETTO; SILVESTRE, 2022). A distância entre "liberdade concedida" e "alvará efetivamente cumprido" constitui uma forma mensurável de encarceramento econômico. Cabe registrar, por fim, uma lacuna que a pesquisa nacional ainda não supriu: não há série estatística pública, nacional e contínua sobre valores arbitrados, taxas de pagamento, tempo decorrido entre a decisão de soltura e o efetivo cumprimento do alvará, e perfil socioeconômico dos atingidos. A produção e a divulgação desses dados são condição de controle público do impacto carcerário do instituto.

O diagnóstico empírico encontra respaldo nos parâmetros interamericanos. No *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que a garantia financeira pode servir para assegurar o comparecimento, mas advertiu que seu uso se torna discriminatório quando a pessoa não consegue pagá-la. Uma vez demonstrada a incapacidade, devem ser escolhidos meios não privativos de liberdade. A Comissão também exige que o montante considere os recursos do imputado e não inclua reparação do dano, pois a responsabilidade penal ainda não foi definida (CIDH, 2013).

Os parâmetros dialogam diretamente com os arts. 7.3 e 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: ninguém pode ser submetido a prisão arbitrária, e a liberdade durante o processo pode ser condicionada a garantias que assegurem o comparecimento. A segunda regra não permite qualquer condição. A garantia precisa ter finalidade cautelar, ser alcançável e não produzir detenção arbitrária. O poder de condicionar é limitado pelo direito que pretende disciplinar. No sistema universal, o Comentário Geral nº 35 do Comitê de Direitos Humanos, sobre o art. 9 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, estabelece que a prisão anterior ao julgamento deve fundar-se em determinação individualizada de razoabilidade e necessidade, que os tribunais devem examinar se alternativas — inclusive a fiança — tornariam desnecessária a custódia, e que a detenção não pode ser obrigatória em razão do crime imputado, sem consideração das circunstâncias individuais (ONU, 2014). No sistema europeu, o caso *Neumeister v. Áustria* já relacionava o valor da garantia aos recursos do acusado e à intensidade necessária para afastar o risco de fuga.

O direito comparado oferece dois pontos de apoio adicionais, com a ressalva de que nenhum deles autoriza transposição direta de modelos. O primeiro é normativo. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, *Stack v. Boyle* fixou, ainda em 1951, que a fiança arbitrada em valor superior ao razoavelmente calculado para assegurar a presença do acusado é "excessiva" à luz da Oitava Emenda, e que a fixação deve basear-se em padrões relevantes àquela finalidade, individualmente aplicados. É a formulação mais precisa da ideia de que a função da garantia limita o seu montante — e não o contrário.

O segundo é empírico, e responde à objeção prática mais comum contra a tese aqui defendida: sem a coerção do depósito, as pessoas

deixariam de comparecer. Em 1º de janeiro de 2017, o Estado de Nova Jersey implementou reforma que praticamente eliminou a fiança em dinheiro como condição inicial de soltura, substituindo-a por avaliação individualizada de risco. A avaliação independente conduzida pela MDRC registrou redução de prisões pelas infrações menos graves, aumento da proporção de pessoas liberadas sem condições, diminuição do número de ingressos no cárcere e redução significativa do tempo de custódia no mês seguinte à prisão, sem os efeitos deletérios que se anteciparam quanto ao comparecimento e à reincidência no período pré-julgamento (REDCROSS *et al.*, 2019). Registre-se, em contrapartida, que a mesma experiência revelou os limites da reforma: estudo posterior sobre equidade racial mostrou que a supressão da barreira econômica não produziu, por si só, redução proporcional das disparidades raciais no sistema pré-julgamento (MDRC, 2024). É confirmação de que a desmercantilização da liberdade é condição necessária, mas não suficiente, para a igualdade material. Registre-se, ainda, que a rejeição da Proposição 25 na Califórnia, em 2020, mostra que a substituição da fiança por instrumentos padronizados de avaliação de risco não é solução consensual, tendo suscitado objeções relativas à opacidade dos critérios e ao risco de reprodução de vieses.

O direito internacional dos direitos humanos, portanto, não exige abolir garantias patrimoniais. Exige evitar que elas sejam inacessíveis ou punitivas e que o não pagamento resulte, por automatismo, em prisão. A interpretação proposta neste artigo é simultaneamente constitucional e convencional: nenhuma condição financeira pode substituir a demonstração de necessidade cautelar.

7. O LIMITE DA CORREÇÃO JURISPRUDENCIAL

Os tribunais superiores vêm corrigindo, com constância, casos em que a prisão subsiste por incapacidade financeira. No HC 114.731/SP, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal assentou a necessidade de compatibilizar o valor da fiança com a situação econômica e admitiu liberdade ou substituição quando o recolhimento fosse inviável. No HC 137.078/SP, a Primeira Turma enfrentou a situação de pessoa mantida presa por meses porque não conseguira pagar fiança de valor reduzido e determinou a liberdade sem a garantia, diante da ausência de fundamentos para a preventiva.

No Superior Tribunal de Justiça, o HC 450.640/PR explicitou que a decisão judicial que mantém fiança arbitrada pela autoridade policial deve demonstrar a necessidade cautelar à luz do art. 282, não bastando a mera homologação do flagrante. No HC 568.693/ES, a Terceira Seção, em contexto de emergência sanitária e com apoio na Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, concedeu ordem coletiva para a liberação de presos cuja liberdade provisória estivesse condicionada ao pagamento de fiança e que permanecessem encarcerados por não terem recursos. Posteriormente, já fora daquele contexto excepcional, a Quinta Turma consolidou a orientação no AgRg no AgRg no HC 761.403/PR, assentando que, não demonstrada a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, configura constrangimento ilegal a manutenção da prisão baseada unicamente no inadimplemento da fiança arbitrada. A linha permanece sendo aplicada, em decisões monocráticas e colegiadas, até o presente.

Esses julgados produzem importante barreira ao aprisionamento da pobreza. Eles recusam que a incapacidade econômica seja tratada como perigo processual e fazem atuar os mecanismos de dispensa

previstos no Código. Em conjunto, revelam também a crescente percepção de que a fiança precisa de fundamentação cautelar, não podendo decorrer automaticamente da classificação legal do delito.

O avanço é relevante. Mas a resposta centrada na hipossuficiência deixa intocado o problema conceitual formulado na introdução — e, examinada de perto, revela uma patologia estrutural.

Primeiro, se a liberdade sem pagamento é reconhecida apenas a quem prova pobreza, pressupõe-se que a pessoa solvente possa permanecer presa por recusar o depósito. A custódia continuaria sem fundamento cautelar, mas pareceria aceitável porque atribuída a uma escolha individual. Isso confunde duas perguntas distintas. A capacidade econômica é decisiva para aferir adequação e proporcionalidade da medida patrimonial. Não é pertinente para determinar se existe título de prisão. Antes de saber quanto alguém pode pagar, o juiz deve explicar por que essa pessoa pode permanecer presa. Se a resposta for que não há requisitos da preventiva, a soltura é devida tanto ao pobre quanto ao rico. A igualdade material protege com especial intensidade o primeiro, mas a legalidade da custódia protege todos.

Segundo, é insuficiente apenas reduzir a quantia até que o pagamento se torne provável. Uma fiança de valor irrisório sem finalidade cautelar concreta é juridicamente mais branda que uma de valor elevado, porém continua sem fundamento. E, como revelam os dados examinados, mesmo valores considerados baixos pelo julgador podem ser inalcançáveis no tempo exigido. A individualização do montante vem depois da demonstração de necessidade, jamais em seu lugar.

Terceiro, e mais importante: a própria constância da correção é o sintoma. Uma orientação que precisa ser reafirmada, caso a caso, por habeas corpus, ao longo de mais de uma década, em situações nas quais a preventiva já havia sido expressamente afastada pelo juízo de origem, não descreve uma jurisprudência consolidada operando com sucesso. Descreve um sistema que produz continuamente o mesmo erro e o corrige a varejo, sempre depois de a pessoa já ter cumprido dias, semanas ou meses de prisão sem título. O tribunal superior atua, nesses casos, como serviço de manutenção de um defeito de origem — e cada correção bem-sucedida chega tarde demais para reparar a privação já consumada.

A tese da prisão decisória é, precisamente, aquilo que tornaria a correção desnecessária. Enquanto a soltura depender do depósito, haverá sempre um intervalo — variável conforme a pobreza, o acesso a familiares e o funcionamento bancário — durante o qual alguém permanece preso sem que exista título para tanto. O passo que ainda precisa ser consolidado é o reconhecimento do efeito temporal da decisão de liberdade: ausentes os requisitos da preventiva, o alvará deve ser cumprido independentemente do depósito. A fiança validamente imposta pode vencer em prazo razoável, com ciência das consequências e possibilidade de revisão. Se não for cumprida, aplica-se o regime do art. 282, § 4º, sem automatismo prisional.

A superação desse limite depende de tratar a fundamentação como controle da própria cautelaridade. O dever de motivar não se satisfaz com a reprodução dos arts. 325 e 326. A referência à pena máxima ou ao enquadramento no art. 322 delimita a competência da autoridade policial, mas não demonstra necessidade. A gravidade abstrata tampouco basta. O art. 315 exige motivação concreta para a

prisão preventiva; por coerência, o art. 282 exige motivação concreta para toda restrição cautelar. A menor intensidade da medida reduz o grau da ingerência, mas não elimina a necessidade de justificá-la.

O controle deve abranger ainda a duração. Fianças impostas no início do procedimento não podem permanecer por inércia até o trânsito em julgado se as circunstâncias que as justificavam desapareceram. A revisão periódica é inerente à cautelaridade. Restituição, reforço, quebramento e perda não são apenas operações sobre dinheiro; são decisões que afetam direitos e precisam ser integradas ao regime de contraditório, motivação e proporcionalidade.

8. A FIANÇA POLICIAL NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

O art. 322 autoriza a autoridade policial a conceder fiança nas infrações cuja pena máxima não seja superior a quatro anos. A regra pode parecer incompatível com a ideia de que medidas cautelares pessoais dependem de jurisdição. Há, contudo, uma peculiaridade temporal: a decisão é tomada imediatamente após o flagrante, antes da audiência de custódia, e pode abreviar uma privação que, de outro modo, duraria até a apresentação ao juiz.

É possível preservar essa competência se sua função for estritamente libertadora. A autoridade policial não recebe poder geral para restringir autonomamente quem já estaria livre; recebe poder limitado para permitir a soltura antecipada, sujeita a controle judicial no prazo do art. 310, caput. A fiança policial atua como garantia facultada durante a curta vigência pré-judicial do flagrante, não como fonte de custódia depois de esgotada essa etapa.

Essa leitura ganhou suporte normativo expresso com a Lei nº 13.964/2019. O art. 310, caput, fixou o prazo máximo de vinte e quatro horas para a realização da audiência de custódia, e o § 4º determinou que o seu descumprimento sem motivação idônea enseja a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente. Existe, portanto, um limite temporal rígido para a etapa pré-judicial — o que responde diretamente à objeção segundo a qual, sem a fiança policial, a pessoa aguardaria presa: o que ela aguarda, por comando legal, é no máximo um dia, e a inobservância desse prazo é ela própria causa de relaxamento.

Essa compreensão evita dois extremos. Não é preciso abolir por interpretação a possibilidade de soltura mais rápida na delegacia. Tampouco se pode permitir que o não pagamento prolongue indefinidamente a prisão por decisão administrativa. Se a pessoa não recolher a quantia, deverá ser apresentada sem demora ao juiz.

Justamente porque essa competência antecede a jurisdição, o controle judicial não pode ser mera homologação. O juiz não deve perguntar apenas se a autoridade policial respeitou os limites numéricos do art. 325, mas decidir novamente a questão cautelar: legalidade do flagrante, necessidade da prisão, finalidade da fiança, adequação do valor, capacidade econômica e suficiência de outras medidas. O precedente do Superior Tribunal de Justiça no HC 450.640/PR é importante precisamente por afastar a homologação automática.

Ausentes os requisitos da preventiva, a pessoa deve sair da audiência em liberdade. Se houver fundamento concreto para manter a fiança como cautelar autônoma, o pagamento poderá ser realizado em prazo razoável, já fora da prisão. Se a medida não for necessária, será

revogada; se inadequada economicamente, será reduzida, dispensada ou substituída. O período pré-judicial não pode contaminar a decisão posterior, convertendo a dificuldade de pagamento em presunção de risco.

O mesmo raciocínio vale para o arbitramento judicial nos delitos que escapam à competência da polícia. A maior gravidade abstrata não autoriza efeito suspensivo. O juiz pode impor fiança somente entre as medidas que acompanharão a liberdade e desde que o delito a admita; não pode usar o depósito como ponte entre flagrante e prisão sem decretar preventiva.

Para que essa separação entre soltura e pagamento seja efetiva, é necessária disciplina procedimental. A decisão deve indicar valor, forma de recolhimento, prazo, finalidade cautelar, deveres correlatos e consequências juridicamente possíveis do inadimplemento. O prazo precisa considerar acesso a meios de pagamento, localização de bens, necessidade de assistência jurídica e realidade econômica. Em situações de vulnerabilidade, a própria imposição pode ser inadequada.

Durante o prazo, a pessoa permanece livre, porque a obrigação não suspende a ordem de soltura. Vencido o prazo sem pagamento, a defesa deve ser ouvida sempre que possível, para distinguir impossibilidade, falha operacional e recusa. A medida pode ser revista, substituída ou cumulada. A prisão preventiva será cogitável somente como última resposta, com base em risco concreto enquadrável no art. 312, admissibilidade do art. 313 e justificação fundamentada da insuficiência das alternativas (art. 282, § 6º).

Essa solução não esvazia a autoridade da decisão. Ao contrário, submete o descumprimento à técnica prevista pelo próprio sistema cautelar, em vez de presumir prisão. Ordens judiciais não precisam ser garantidas por automatismo carcerário; precisam de respostas proporcionais, fundamentadas e controláveis.

9. A SELETIVIDADE QUE SOBREVIVE: O PROBLEMA DA EFICÁCIA

A crítica à função custodial da fiança costuma encerrar-se com um pouso confortável: extirpado o efeito suspensivo, o instituto sobreviveria como cautelar patrimonial prospectiva e o problema estaria resolvido. Esta seção sustenta que esse pouso é confortável demais e que a honestidade do argumento exige percorrer mais um passo.

Pergunte-se como a fiança funciona prospectivamente. Depositado o valor e restituída a liberdade, qual é o mecanismo pelo qual ela induz o comparecimento e desestimula a obstrução? A resposta está no art. 344: o valor é perdido, na totalidade, se o condenado não se apresentar para o início do cumprimento da pena; e, no art. 343, perde-se metade em caso de quebramento injustificado. O instrumento opera, portanto, por incentivo econômico puro: o custo esperado do descumprimento é a perda de uma quantia.

Ocorre que a intensidade desse incentivo é função direta do patrimônio do destinatário. Um mesmo valor que representa a totalidade da reserva financeira de uma pessoa representa fração desprezível do fluxo mensal de outra. A dissuasão produzida é, por construção, inversamente proporcional à riqueza.

A consequência é incômoda e precisa ser assumida: a seletividade denunciada na seção 6 não desaparece na fiança

constitucionalmente reconstruída — ela migra do plano do acesso para o plano da eficácia. Antes, o pobre ficava preso e o rico saía. Depois da reconstrução aqui proposta, ambos saem; mas a medida cautelar continua a onerar desproporcionalmente o primeiro e a quase nada significar para o segundo. A desigualdade deixa de produzir cárcere, o que já é um ganho constitucional de primeira grandeza, mas não deixa de existir.

Três consequências decorrem desse reconhecimento. A primeira é dogmática, e se enuncia na gramática da proporcionalidade. Se a intensidade cautelar da fiança varia conforme o patrimônio, então a aferição da capacidade econômica não é apenas requisito de adequação — é requisito de **idoneidade** da medida, no sentido em que a doutrina do processo penal constitucional emprega o termo: a restrição só se justifica se for apta a promover o fim cautelar que a autoriza (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1990). Uma fiança que, pelo seu valor, não é capaz de influenciar o comportamento do destinatário é cautelarmente inútil, e medida inútil é medida desproporcional. O raciocínio vale nos dois extremos da escala: o valor inalcançável é inadequado por excesso; o valor irrelevante é inadequado por defeito. Note-se que essa formulação subverte a intuição corrente, segundo a qual o controle judicial da fiança serviria apenas para proteger o pobre de valores altos. Ele serve, igualmente, para impedir que o rico receba uma cautelar de fachada.

A segunda é de política legislativa. A técnica da faixa em salários mínimos, do art. 325, é estruturalmente incapaz de produzir equivalência de sacrifício, porque mede a gravidade abstrata da infração, não a capacidade contributiva do imputado. O direito brasileiro já dispõe, contudo, de um modelo consolidado de

individualização patrimonial por unidade proporcional à renda: o sistema de dias-multa do art. 49 do Código Penal, cujo § 1º manda fixar o valor do dia-multa segundo os rendimentos do condenado. Nada impede — e a coerência do sistema recomenda — que o arbitramento da fiança adote lógica análoga, substituindo a faixa fixa por unidade calibrada pela renda comprovada ou estimada. A proposta não elimina a desigualdade material, mas aproxima a medida da equivalência de sacrifício que a proporcionalidade exige.

A terceira é de sinceridade teórica. Uma vez admitido que a fiança reconstruída é instrumento cautelar fraco, desigual em eficácia e de difícil calibragem, torna-se legítimo perguntar se ela merece a centralidade normativa que ainda ocupa no Código, ou se as demais medidas do art. 319 — comparecimento periódico, proibições de contato ou frequência, recolhimento domiciliar, monitoração eletrônica — não seriam, na maioria dos casos, mais idôneas ao risco identificado e mais igualitárias na incidência. Este artigo não propõe a abolição da fiança, e as razões dessa contenção estão expostas na seção 4. Mas seria intelectualmente desonesto sustentar que a mera supressão do efeito suspensivo devolve ao instituto uma respeitabilidade cautelar que a sua própria estrutura não comporta plenamente.

A conclusão adequada é mais modesta e mais defensável: a fiança pode subsistir, mas como medida residual, subsidiária às demais cautelares do art. 319, admissível apenas quando o risco processual identificado tenha natureza que a vinculação patrimonial seja especificamente apta a reduzir.

10. PROPOSTA DE RECONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL

A compatibilização da fiança com a Constituição pode ser realizada, em larga medida, por interpretação sistemática. Ela não depende de negar as referências constitucionais ao instituto, mas de retirar dos dispositivos infraconstitucionais o efeito que prolonga custódia sem título. A reconstrução organiza-se em três movimentos complementares: a precedência da decisão sobre a prisão, a autonomia cautelar da fiança e o tratamento constitucional do inadimplemento.

Em primeiro lugar, o controle do flagrante deve definir se há prisão ilegal a relaxar ou prisão preventiva a decretar. A decisão sobre a liberdade não pode ser redigida como promessa condicionada. Se a preventiva não é cabível, o dispositivo deve ordenar soltura imediata; somente em plano autônomo serão examinadas as medidas do art. 319. Essa ordem lógica impede que uma cautelar diversa assuma silenciosamente a função da prisão que o próprio juiz considerou desnecessária.

Daí decorre que a fiança judicial não pode suspender a soltura. Seu pagamento deve ocorrer depois da saída, em prazo fundamentado e exequível. A locução "liberdade provisória com fiança", do art. 310, III, passa a designar liberdade acompanhada de garantia patrimonial, e não liberdade mantida em estado de pendência até o depósito. Preserva-se o texto legal, mas altera-se sua operação temporal: a fiança continua possível e exigível, embora deixe de funcionar como barreira de saída. Como se registrou na seção 3, essa é operação de interpretação conforme — o dispositivo é posterior a 1988 e não comporta juízo de recepção —, e a leitura resultante é a que melhor concilia o art. 5º, LXVI, da Constituição com os arts. 282, 319, VIII, e 321 do Código.

O segundo movimento diz respeito à medida em si. O arbitramento deve identificar uma das finalidades do art. 319, VIII, e demonstrar a relação entre a vinculação patrimonial e o risco processual. Afirmções genéricas sobre gravidade, clamor social, custo do processo ou conveniência de garantir futura multa não bastam. Sem finalidade cautelar concreta, a fiança não pode ser imposta, ainda que o delito seja formalmente afiançável. A decisão também deve explicar por que outra medida menos onerosa seria insuficiente.

Nesse juízo de adequação, a capacidade financeira é elemento obrigatório e bilateral, nos termos da seção 9. A defesa não pode suportar o ônus impossível de demonstrar pobreza em poucas horas. Devem ser considerados os elementos disponíveis no auto, a ocupação, a renda declarada, a assistência da Defensoria Pública e a ausência de recursos imediatamente acessíveis. Persistindo dúvida razoável sobre a exequibilidade, prefere-se medida não patrimonial. A situação econômica define a adequação e a intensidade da cautelar; não modifica, contudo, a ordem de soltura nem fornece título para a custódia.

Essa mesma cisão limita a competência policial. O art. 322 preserva utilidade constitucional enquanto mecanismo de antecipação da liberdade antes do controle judicial. O não pagamento na delegacia autoriza apenas a continuidade estritamente temporária da situação de flagrante até a apresentação obrigatória ao juiz, no prazo do art. 310, caput. Realizada a audiência, a decisão administrativa não sustenta custódia. O magistrado deve reexaminar tanto a existência de título prisional quanto a necessidade de cautelares autônomas, sem converter a ausência de depósito em presunção de risco.

O terceiro movimento incide sobre o inadimplemento. Tanto a impossibilidade econômica quanto a recusa ao pagamento devem ser examinadas no regime de cumprimento das cautelares, jamais como fundamento originário para conservar a prisão. Demonstrada a impossibilidade, a fiança será dispensada, reduzida ou substituída. Havendo recusa em relação a dever validamente imposto, podem ser impostas outras medidas necessárias e adequadas. Em qualquer caso, aplica-se o art. 282, § 4º: a preventiva depende de provocação legitimada, contraditório compatível com a urgência, presença dos requisitos dos arts. 312 e 313 e justificação fundamentada da insuficiência das alternativas (art. 282, § 6º). Não existe conversão automática de obrigação patrimonial em prisão.

Pela mesma razão, a determinação de recolhimento automático por falta de reforço, constante do parágrafo único do art. 340, é incompatível com os arts. 5º, LVII, LXI, LXV e LXVI, da Constituição. Por se tratar de preceito de 1941, a incompatibilidade se resolve como não recepção — afastável no controle difuso, sem submissão à cláusula de reserva de plenário, e impugnável por arguição de descumprimento de preceito fundamental. O desaparecimento ou a insuficiência da garantia autoriza a revisão das cautelares; não permite ordenar prisão sem novo e completo juízo preventivo.

A reconstrução proposta pode ser sintetizada em uma sequência de perguntas, aplicáveis tanto ao controle do flagrante quanto à revisão posterior das cautelares. A ordem é vinculante: nenhuma pergunta pode ser respondida antes da anterior, e a resposta negativa a qualquer delas impede o prosseguimento.

Primeiro plano — título da custódia

1. O flagrante é legal? Se não, relaxamento (art. 5º, LXV, da Constituição; art. 310, I, do Código de Processo Penal).

2. Há requerimento legitimado e estão presentes os requisitos dos arts. 312 e 313? Se não, liberdade (art. 321).

3. Sendo o caso de preventiva, está fundamentada a insuficiência de toda medida alternativa, de forma individualizada (art. 282, § 6º)? Se não, liberdade com cautelares.

Reconhecida a ausência de título prisional, expede-se o alvará de soltura, com cumprimento imediato e independente de qualquer depósito.

Segundo plano — cautelares diversas

4. Qual é o risco processual concreto, descrito com base em elementos do caso, e não na gravidade abstrata da imputação?

5. Por que a vinculação patrimonial é especificamente apta a reduzir esse risco, e não outra medida do art. 319?

POR QUE MEDIDA MENOS ONEROSA É INSUFICIENTE?

7. Qual é a capacidade econômica do imputado, e o valor é simultaneamente alcançável e cautelarmente relevante para ele?

8. Qual o prazo para recolhimento, considerado o acesso real a meios de pagamento, e qual a consequência juridicamente possível do inadimplemento?

Terceiro plano — inadimplemento

9. A causa do não pagamento é impossibilidade, dificuldade operacional ou recusa? Ouvida a defesa, dispensa-se, reduz-se ou substitui-se a medida conforme o caso.

10. Havendo descumprimento de dever validamente imposto, aplica-se o art. 282, § 4º, em ordem crescente: substituição, cumulação e, em último caso, preventiva autônoma com todos os requisitos dos arts. 312, 313 e 282, § 6º.

Uma decisão que não percorra essa sequência não é jurisdição cautelar. É arbitramento.

Embora a interpretação proposta seja suficiente para resolver grande parte do problema, uma reforma legislativa eliminaria ambiguidades persistentes. O art. 310, III, poderia esclarecer que as cautelares não suspendem a soltura quando ausentes os requisitos da preventiva. O art. 340, parágrafo único, deveria perder a ordem automática de recolhimento. O art. 350 deveria deixar de tratar a pobreza como exceção benevolente e passar a proibir expressamente a prisão por não pagamento. O art. 325 poderia substituir a faixa em salários mínimos por unidade proporcional à renda, à semelhança do art. 49, § 1º, do Código Penal. Seria recomendável, ainda, exigir fundamentação específica sobre finalidade, capacidade econômica e prazo, com previsão de revisão rápida do arbitramento, e determinar que dados sobre valor, pagamento, tempo entre a decisão de soltura e o cumprimento do alvará, dispensa e perfil socioeconômico sejam produzidos e divulgados de forma contínua, permitindo controle público do impacto carcerário.

Registre-se que o projeto de novo Código de Processo Penal, originado do PLS nº 156/2009 e em tramitação na Câmara dos Deputados como PL nº 8.045/2010, permanece pendente há mais de quinze anos. Essa demora reforça, em vez de afastar, a urgência da via interpretativa: não é razoável condicionar a cessação de prisões sem título à conclusão de um processo legislativo cujo desfecho é indeterminado. A reforma, quando vier, terá sentido não por criar um novo direito, mas por ajustar a linguagem do Código à hierarquia normativa já vigente.

11. CONCLUSÃO: DESMERCANTILIZAR A LIBERDADE

A pergunta inicial — sob qual título permanece preso quem não paga fiança, embora ausentes os requisitos da preventiva? — não encontra resposta constitucionalmente válida. O flagrante não conserva força ilimitada depois do controle judicial; o inadimplemento patrimonial não é espécie de prisão; e a liberdade assegurada pelo art. 321 do Código não pode ser suspensa por obrigação acessória.

A dificuldade nasce da trajetória incompleta do instituto. A reforma de 1977 enfraqueceu a contracautela ao permitir liberdade sem fiança na ausência de motivos preventivos. A Constituição de 1988 tornou a prisão processual excepcional e dependente de fundamento. A Lei nº 12.403/2011 incorporou a fiança ao catálogo de cautelares autônomas, mas preservou dispositivos e práticas do modelo em que se pagava para neutralizar o flagrante. A Lei nº 13.964/2019, ao mesmo tempo em que fortaleceu o controle temporal do flagrante e a exigência de subsidiariedade, reintroduziu comandos de prisão automática. O resultado é um sistema

estratificado no qual uma decisão de liberdade pode continuar a produzir prisão.

As referências constitucionais à fiança não salvam essa função antiga. A experiência do depositário infiel demonstra o contrário com clareza: se uma modalidade de prisão expressamente autorizada pelo art. 5º, LXVII, da Constituição perdeu aplicabilidade diante do art. 7.7 da Convenção Americana, a simples menção do inciso LXVI a uma garantia patrimonial não pode fundar custódia que o texto constitucional nunca autorizou.

A jurisprudência reconhece que inafiançabilidade não significa prisão necessária e vem corrigindo, com constância, a manutenção de pessoas pobres no cárcere. A constância dessa correção, porém, é o próprio sintoma: um sistema que produz o mesmo erro reiteradamente e o repara depois de consumada a privação não é um sistema que funciona. Falta dar o passo dogmático seguinte: o problema não é apenas quanto o acusado consegue pagar, mas se o Estado possui título para mantê-lo preso enquanto cobra.

A solução está na decisão decisória. Primeiro se examina a legalidade e a necessidade da prisão. Se a preventiva não se sustenta, a soltura é imediata. Depois se avaliam cautelares diversas, entre elas a fiança, segundo finalidade, necessidade, adequação e capacidade econômica. O pagamento ocorre em liberdade; o inadimplemento é tratado pelo art. 282, § 4º; e eventual prisão depende de decisão preventiva autônoma, nunca do simples desaparecimento da garantia. Onde a incompatibilidade recair sobre preceitos de 1941, a técnica é a não recepção; onde recair sobre a redação posterior a 1988, a técnica é a interpretação conforme. A distinção não é

ornamento acadêmico: é o que permite levar a tese ao Judiciário pela via correta.

Não se propõe a eliminação da fiança, mas a sua desmercantilização — com a ressalva, assumida na seção 9, de que mesmo o instituto assim reconstruído permanece um instrumento cautelar frágil, cuja força dissuasória é distribuída de modo tão desigual quanto a riqueza. Reconhecer isso não enfraquece a tese; delimita-a. Constitucionalmente reconstruída, a fiança pode vincular patrimônio a uma finalidade processual concreta, em caráter residual e subsidiário. O que ela não pode fazer, em nenhuma hipótese, é converter dinheiro em fronteira entre o cárcere e a liberdade.

A Constituição admite fiança. Não admite liberdade à venda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane. Encarceramento e desencarceramento no Brasil: a audiência de custódia como espaço de disputa. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 24, 2022. DOI: 10.1590/15174522-103835.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 71-82, set. 2011a.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva: comentários aos artigos 319 a 350 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/11. In: FERNANDES, Og (coord.).

Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas — comentários à Lei nº 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.208, de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 7 jul. 1992.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 9 nov. 1992.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, relativos à prisão

processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 5 maio 2011.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 24 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 25 maio 1977.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 6 dez. 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 8 set. 1941.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. [Na Câmara dos Deputados: PL nº 8.045/2010.]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Habeas Corpus* 568.693/ES. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14 out. 2020, DJe 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Agravo Regimental no Habeas Corpus* 761.403/PR. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 14 nov. 2022, DJe 17 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* 450.640/PR. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 18 set. 2018, DJe 1º out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus* 137.078/SP. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 14 mar. 2017, DJe 24 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus* 114.731/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 1º abr. 2014, DJe 15 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade* 2/DF. Relator: Min. Paulo Brossard, julgado em 6 fev. 1992, DJ 21 nov. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade* 3.112/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 2 maio 2007, DJe 26 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* 104.339/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 10 maio 2012, DJe 6 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário* 1.038.925/SP (Tema 959 da repercussão geral). Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18 ago. 2017, DJe 19 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário* 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 3 dez. 2008, DJe 5 jun. 2009 (Tema 60 da repercussão geral).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Brasília, DF: STF, 2009.

BRAUD, Paula Pagliari de; SANTANA, Bruno; POLACHINI, Diego Rezende; MONIQUE, Fernanda. Reatualizando o encarceramento da pobreza: mecanismo de aplicação das fianças pelos juízes em audiências de custódia de São Paulo (SP). *Revista Brasileira de Execução Penal*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-359, 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Report on the use of pretrial detention in the Americas*. Washington, D.C.: Organization of American States, 2013.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *O preço da liberdade: fiança e multa no processo penal*. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: CNJ, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF: CNJ, 2015.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Neumeister v. Austria*. Application no. 1936/63. Judgment of 27 June 1968.

COSTA, Domingos Barroso da; SANTOS, Gustavo Slomp. Quebrando a fiança: um estudo crítico acerca da medida cautelar, conforme sua definição pela Lei nº 12.403/11, no contexto da Constituição de 1988. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 8, n. 15, p. 203-228, jul./dez. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Stack v. Boyle*, 342 U.S. 1 (1951). Decided November 5, 1951.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/11. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas — comentários à Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1992.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MDRC. *Can bail reform improve racial equity and perceptions of fairness in pretrial systems? Impact and interview findings from a study of New Jersey's 2017 Criminal Justice Reform*. New York: MDRC, 2024.

MENEZES, Bruno Seligman de. A incompatibilidade da fiança na estrutura processual pós-1988. *JOTA*, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-incompatibilidade-da-fianca-na-estrutura-processual-pos-1988>. Acesso em: 29 jul. 2026.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. *General comment no. 35: article 9 (liberty and security of person)*. CCPR/C/GC/35. Genebra: ONU, 16 dez. 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REDCROSS, Cindy *et al.* *Evaluation of pretrial justice system reforms that use the Public Safety Assessment: effects of New Jersey's Criminal Justice Reform*. New York: MDRC, 2019.