

PROPOSTA DE TESE

Nome: **JÚLIO CÉSAR DUAILIBE SALEM FILHO**

Área de atuação: **CRIMINAL E EXECUÇÃO PENAL**

Lotação: **1ª Defensoria Pública Itinerante de Ponta Grossa**

Email: **julio.salem@defensoria.pr.def.br**

I – Súmula

A imposição de medida cautelar de fiança (art. 319, VIII, CPP) não condiciona a expedição de alvará de soltura ao seu prévio recolhimento, devendo o flagranteado ser posto em liberdade e conferido prazo razoável para o depósito.

II – Assunto

Diz o Código de Processo Penal que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus requisitos e não forem suficientes medidas cautelares diversas da prisão ou, por fim, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310).

A partir da Lei nº 12.403/11, o juiz passou a ter disponibilidade de medidas cautelares diversas da prisão, uma situação intermediária entre a prisão preventiva e a liberdade plena. O rol das medidas está previsto no art. 319 do CPP, dentre as quais se inclui **a fiança** (inciso VIII), a ser aplicada para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Não raras vezes, em audiência de custódia, a liberdade provisória é concedida cumulada com a medida cautelar de fiança. Ocorre que, como regra, o juiz

condiciona a expedição do alvará de soltura do autuado ao pagamento do valor arbitrado, criando um grave obstáculo à fruição do direito à liberdade.

É nesse contexto que surge a discussão: quando o juiz conceder a liberdade provisória com a imposição de fiança, como medida cautelar diversa, é lícito e razoável que o seu pagamento seja requisito da expedição do alvará de soltura? A questão se coloca porque o aprisionamento é um obstáculo à disponibilidade financeira e à efetivação do pagamento, sem olvidar de que não há, na legislação, permissivo para esse entendimento.

O assunto será melhor debatido nos tópicos seguintes.

III – Fundamentação Jurídica

A fiança está prevista como uma das medidas cautelares diversas da prisão, especificamente no art. 319, inciso VII do Código de Processo Penal. Constitui-se em medida de caráter patrimonial, pela qual se exige o pagamento de determinado valor em dinheiro ou, como autoriza a lei, pode consistir também em depósito de pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar, tendo por objetivo assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de injustificada resistência à ordem judicial.

Não se presta este breve arrazoado a discutir a origem e os fundamentos da fiança, mas expor que, adotando a natureza de medida cautelar, ela deve obedecer ao mesmo regime jurídico das demais cautelares diversas da prisão, evidentemente sem descuidar de suas peculiaridades. Tais medidas são preferenciais à prisão preventiva, saltando aos olhos pela redação da lei que mesmo quando presentes os requisitos da medida mais gravosa (a prisão), se as medidas alternativas forem suficientes para o acautelamento dos interesses da jurisdição criminal, aquela perde aplicação. A proporcionalidade e a subsidiariedade tornam-se novos parâmetro para análise da decretação da prisão, vista como a última razão.

Para comprovar o que se diz, basta a leitura do art. 310, II do CPP, segundo o qual a conversão da prisão em flagrante em preventiva só acontecerá quando,

além de presentes os requisitos constantes do art. 312 do diploma processual penal, revelaram-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Em sentido contrário, mostrando-se as medidas capazes de atingir o fim acautelador, a prisão preventiva deixa de ser possível. Nesse mesmo sentido, textualiza o art. 282, §6º do mesmo diploma que *“a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”*.

Nessa toada, aplicada a medida cautelar da fiança por ocasião da concessão da liberdade provisória, cumulada ou não com outras medidas, fica evidente o reconhecimento na decisão do não cabimento da prisão preventiva, por ausência de seus pressupostos (nos quais se inclui a insuficiência das medidas alternativas à prisão). Por conseguinte, perde fundamento jurídico a manutenção da prisão a partir de então, configurando constrangimento ilegal condicionar a soltura do paciente à prévia prestação da fiança arbitrada.

A Constituição Federal traz como norma de direito fundamental a disposição de que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”* (art. 5º, LXI). Em sintonia com a Constituição republicana, o Código de Processo Penal também prevê dispositivo análogo: *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”* (art. 283). Decorre daí a inconstitucionalidade da prisão que não seja em flagrante ou por decisão judicial onde se reconheça e explicita os pressupostos da privação da liberdade cautelar (especificamente, prisão preventiva ou temporária).

Faz-se cristalina a ideia de que não havendo fundamentos para o decreto de prisão cautelar, a liberdade é consequência natural e imediata. Vale lembrar que com a reforma processual, a prisão em flagrante não mais se perpetua no tempo, perdurando tão somente até a análise judicial após sua comunicação pela autoridade policial, notadamente em audiência de custódia, ocasião em que deverá o magistrado tomar uma das três decisões possíveis de acordo com o art. 310 do Código (relaxamento, decretação da prisão preventiva ou liberdade provisória acompanhada ou não de medidas cautelares, dentre as quais a fiança). A fixação de fiança, portanto, não é fundamento para a

manutenção da prisão decorrente do flagrante, tampouco a pendência do seu pagamento constitui-se em motivo legal para custódia cautelar. Ao contrário, a fiança é taxativamente prevista como espécie de medida cautelar autônoma **diversa** da prisão, não se confundido com ela.

Valiosas as palavras de Eugênio Pacelli¹ sobre o assunto:

“Diz-se, pois, que a fiança é, ainda hoje, tomada, nas práticas judiciais, como condicionante da liberdade (restitui-se a liberdade se for paga a fiança), em perpetuação de uma mentalidade já muito superada, mesmo porque violadora da igualdade (isonomia) que é basilar a um Estado que se pretenda e afirme Democrático de Direito.

Mas, se o texto e o contexto da Constituição de 1988 não foram suficientes a alterar essa mentalidade, certo é que a Lei nº 12.403/11 não deixa saídas ao intérprete. [...] Ou seja, se concedida a fiança (quando da análise judicial do flagrante ou já noutra momento da persecução), é porque não se fazia cabível a prisão preventiva; e, caso não se mostre cabível a prisão preventiva, conclusão lógica é que o investigado ou processado deve ser imediatamente posto em liberdade – do contrário, haverá constrangimento ilegal”

Em continuação do aqui exposto, importa perceber que a lei autoriza o decreto de prisão preventiva “em **caso de descumprimento** de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares” (312, parágrafo único, CPP), caso não seja recomendável, em homenagem ao princípio da subsidiariedade, que antes se faça a imposição de outra cautelar em substituição ou cumulação (art. 282, §4º).

Ora, o intervalo de tempo entre a decisão que impõe a fiança e o seu pagamento não constitui e tampouco revela o descumprimento dessa cautelar. Soa lógico o entendimento de caber ao juiz a fixação de prazo razoável para o adimplemento da

¹ PACHELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória. Ed. Atlas: São Paulo, 2013, p. 136-137.

obrigação e colocar o autuado imediatamente em liberdade a fim de permiti-lo correr atrás dos recursos para o depósito do valor arbitrado. O descumprimento somente se aperfeiçoaria caso não fosse adimplida a prestação no termo final do prazo conferido. E mais: para se falar realmente em descumprimento voluntário, ele precisa ser injustificado, sendo oportuna a oitiva do investigado em contraditório prévio, salvo urgência (282, §3º).

Portanto, o que se tem com a manutenção da prisão desde a concessão da liberdade cumulada com arbitramento de fiança até o seu efetivo pagamento é uma prática manifestamente inconstitucional e ilegal na medida em que não se apoia em nenhuma autorização normativa para acontecer. Como se viu, ninguém será mantido na prisão senão por força do flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada decorrente de sentença condenatória transitada em julgado ou em razão de prisão temporária ou prisão preventiva. Se o magistrado entendeu por conceder a liberdade provisória, superou-se a fase do flagrante e por outro lado afastaram-se os fundamentos para a prisão cautelar, de sorte que não há título lícito para manter o investigado preso, pois nesse momento ainda não há que se falar em descumprimento da fiança.

Por essas razões se entende que mesmo sendo a fiança imposta, a liberdade não ficará condicionada ao seu pronto pagamento, posto que já em liberdade, o agente providenciará o depósito do valor ou justificar-se-á quanto à impossibilidade, sob a consequência de, em último caso, ter contra si a decretação da preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único e do art. 282, §4º, CPP.

IV – Fundamentação Fática

Há uma prática forense de se condicionar a expedição do alvará de soltura do agente preso em flagrante e que participa da audiência de custódia ao pagamento da fiança eventualmente arbitrada. Significa dizer que os custodiados somente são postos em liberdade quando já efetuado o depósito, ainda que se reconheça não haver razões para o decreto de prisão cautelar.

Trata-se de uma situação esdrúxula e juridicamente aberrante, não assentada em normas constitucionais e/ou legais.

A fiança nesses casos se constitui num absurdo entrave para o acesso à liberdade, servindo de barreira quase intransponível, uma maneira de manter alguém preso por vias oblíquas, ou seja, um instrumento de falsa legitimação da prisão indevida. Para além disso, a manutenção da prisão é um obstáculo para o próprio pagamento da fiança, pois é fácil imaginar que, preso, o custodiado apenas conseguirá realizar o pagamento por intermédio de terceiros, de modo que não possuindo parentes ou conhecidos próximos e dispostos a auxiliá-lo, permanecerá recluso indevidamente e por tempo indefinido.

Ademais, a vulnerabilidade social potencializa essa barreira, pois não raras vezes são trabalhadores autônomos que dependem do labor diário para auferir a renda ou que não possuem pronta e fácil disponibilidade financeira. Até conseguir comprovar a hipossuficiência, será mantido preso, sem olvidar que a comprovação por meio documental dependeria da liberdade do agente para permiti-lo reunir a documentação pertinente (CTPS, declaração do empregador ou tomador de serviço, dentre outros). Assim, muitos são os obstáculos a revelar a incorreção dessa prática.

V – Sugestão de operacionalização

Diante do problema apresentado, sugere-se a operacionalização da súmula com as seguintes atividades, sem prejuízo de outros caminhos: (a) dialogar com os juízes criminais para o debate das dificuldades práticas em se efetuar o depósito da fiança ou comprovar a hipossuficiência financeira caso mantida a prisão, apresentando também a fundamentação teórica sobre o assunto no intuito de estreitar os laços institucionais e construir dialeticamente o entendimento defendido; (b) pedir por ocasião da audiência de custódia, a imediata soltura do preso caso concedida a liberdade provisória, ainda que aplicada a medida cautelar de fiança, expondo as razões do verbete sumular que fundamentam o pedido; (c) impetrar habeas corpus em caso de indeferimento por parte do magistrado.