

**ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS
X CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS
CONCURSO DE TESES**

**O ARBITRAMENTO DE FIANÇA NA LEI N. 12.403/2011 E A CONTRAPOSIÇÃO
AO DIREITO DE LIBERDADE NO CURSO DO PROCESSO**

Projeto de tese apresentado ao X Congresso
Nacional de Defensores Públicos.

Brasil

2011

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| I – INTRODUÇÃO | 2 |
| II – A NOVA TÔNICA DA FIANÇA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.. | 5 |
| III – A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O CRITÉRIO DE ARBITAMENTO DE FIANÇA E A SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PRESO – RESTITUIÇÃO DO <i>STATUS LIBERTATIS</i> | 9 |
| IV – CONCLUSÃO | 14 |
| V – REFERÊNCIAS | 15 |

I – INTRODUÇÃO

Enquanto observamos os países desenvolvidos enfrentarem graves crises econômicas associadas à um pretérito incentivo à concessão de crédito e ao consumismo desenfreado, vemos que o Brasil supera todas as expectativas, diante do fortalecimento de sua economia e sua indústria, aliada a uma política que procura maquiagem o subdesenvolvimento¹.

Contudo, merece reflexão a nossa realidade econômico-financeira, pois o que observamos agora pode ser o presságio de uma futura instabilidade econômica, visto que a população brasileira vem obtendo acesso facilitado ao crédito e opções das mais variadas para parcelamentos de compras, seja de bens móveis ou imóveis. Verificamos o surgimento da figura do consumidor superendividado e de inúmeras sociedades empresárias que entram em estado falimentar, o que indicia uma possível instabilidade na economia.

A erradicação da pobreza no Estado Democrático de Direito não compreende apenas a solução das mazelas relacionadas as deficiências puramente econômicas de uma sociedade. O termo “pobreza” revela inúmeras acepções, do ponto de vista social, jurídico, econômico, educacional, enfim, um sem número de vertentes.

Neste contexto, a ampliação do acesso à educação, seja em seus diversos graus, o aparelhamento do sistema de saúde, a ampliação do acesso à justiça² são meios de combate à pobreza, como se observa na evolução da sociedade.

¹ O sucesso de programas governamentais assistencialistas tende a retirar parcelas da população da linha da pobreza inchando orçamento do Estado, sem contudo conferir capacitação a estes indivíduos permitindo que estes possam se desenvolver.

² A primeira onda renovatória de acesso à justiça compreende a assistência judiciária aos pobres, como se observa do famoso e festejado estudo dos Profs. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002).

Na Constituição Federal, em especial em seu art. 134, a Defensoria Pública é elencada como instituição essencial à função jurisdicional do Estado encarregada de prestar assistência jurídica e defesa aos necessitados assim definidos pelo art. 5º, LXXIV da Carta Magna.

O público alvo da Defensoria Pública são os hipossuficientes, assim compreendidos como a parcela da população mais vulnerável nas mais diferentes concepções, seguindo-se uma tendência moderna de ampliação do perfil da Defensoria Pública, como instituição capaz de cobrir lacunas de atuação no sistema jurídico deixando-se o estigma de instituição afeta à defesa única e exclusiva dos pobres.

Da norma constitucional podemos extrair as seguintes observações: 1 – O caráter institucional da Defensoria Pública e a sua posição de personagem do cenário jurídico encarregado de assegurar o funcionamento da Jurisdição revela a sua aptidão não apenas para tutela de direitos individuais, mas também para os transindividuais; 2 – O encargo de prestação de assistência jurídica e defesa dos necessitados não se subsume apenas a critérios puramente econômicos, mas sim a condição pessoal daqueles que buscam assistência da Defensoria Pública³.

Partindo-se de tais premissas temos que o caráter institucional da Defensoria Pública confere a seus integrantes o *status* de autoridade, pois o Defensor Público não é apenas um “advogado dos necessitados” como muitos querem crer. A figura do Defensor Público transcende esta concepção simplista e revela um personagem do ordenamento jurídico que presta assistência jurídica judicial e extrajudicial em caráter individual, mas que também tutela interesses

³ Vide por exemplo, a ampla legitimidade para ações coletivas, independente da condição econômica dos beneficiários.

sociais, evitando-se que a concentração de atribuições em um único órgão tutor da sociedade possa acarretar prejuízos diante de eventual omissão.

Toda esta digressão serve para um único propósito. Por mais que o Defensor Público ostente o caráter de agente político de transformação social⁴ isto não lhe subtrai a necessária humildade e sensibilidade necessárias ao atendimento de seu público alvo. E no Processo Penal esta relação reveste-se de maior importância, pois lida-se com o direito à liberdade do acusado.

Não temos dúvidas de que o Defensor Público é o agente mais habilitado para tal fim, visto que o trato diário com cidadãos de baixa escolaridade e de poucos conhecimentos que buscam assistência jurídica enobrece o espírito deste agente político de transformação social.

Em outras palavras, a tutela desta parcela da sociedade, muitas vezes marginalizada e esquecida pelos poderes constituídos fica a cargo do Defensor Público, que se apresenta como o único canal de contato entre o indivíduo e a prestação jurisdicional estatal.

Assim, a liberdade do indiciado no processo penal depende, em grande parte dos processos, da intervenção pró-ativa do Defensor Público, seja quando busca por todos meios restabelecer o *status libertatis* do acusado, seja quando é diligente na elaboração da defesa.

Neste contexto, o presente estudo busca se debruçar sobre a nova formatação dada à fiança pela reforma legislativa operada pela Lei n. 12.403/11, uma vez que a realidade do Judiciário brasileiro revela que grande parte dos acusados é hipossuficiente e não dispõe de meios para arcar com sua defesa, quiçá para pagar o valor arbitrado a título de fiança para a obtenção de sua liberdade.

⁴ É a natureza jurídica atribuída por Paulo Galliez (GALLIEZ, Paulo. Princípios institucionais da defensoria pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P .64).

Uma eventual interpretação equivocada do dispositivo culminaria na realidade em que o hipossuficiente não poderia ter restituído, de imediato, o *status libertatis*, ante sua parca condição financeira, criando um sistema que privilegia a liberdade dos ricos e o encarceramento provisório dos necessitados.

II – A NOVA TÔNICA DA FIANÇA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antes da reforma processual grande segmento da doutrina sustentava que a fiança encontrava-se em desuso. Isto porque, a revogada redação do art. 310, parágrafo único do CPP autorizava a concessão da liberdade provisória sem a imposição de fiança, mas com o compromisso de comparecimento aos atos do processo, sempre que ausentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva.

Criava-se, em verdade, nítido contrasenso no sistema⁵, pois o crime mais grave admitia a concessão de liberdade provisória sem a imposição de fiança e o crime menos grave admitia a restituição da liberdade mediante prestação de fiança⁶.

A reforma processual de 2011 deu nova roupagem a fiança, tornando-a medida de contracautela mais rígida que a própria liberdade provisória desvinculada⁷, o que aproxima o sistema Processual Penal brasileiro ao norte-americano, em que crimes graves admitem a soltura mediante a prestação de garantia.

A possibilidade de a autoridade policial arbitrar fiança nos crimes cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a 4 anos e nos demais caso pelo Juiz

⁵ Neste sentido, confira-se: SILVA, Luiz Claudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. Manual de processo e prática penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 194.

⁶ Argumentava-se que a fiança ainda era utilizável no ordenamento jurídico, principalmente nas hipóteses em que a autoridade policial poderia arbitrá-la, o que permitia a imediata restituição da liberdade, independentemente da comunicação judicial do flagrante.

⁷ “Hoje, entretanto, a fiança deve ser encarada como medida de contracautela mais rígida que a própria liberdade provisória independente de fiança. Seu objetivo passa a ser a garantia dos primados constantes dos arts. 282 e 319, VII.” (SILVA, Luiz Claudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. Manual de processo e prática penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P .194).

em 48 horas torna claro o princípio de que a autoridade policial e órgão jurisdicional são também responsáveis pela tutela da liberdade do indiciado, como autoriza o art. 322 do CPP.

Por outro lado, nem tudo é bonança. Os valores de referência para o arbitramento de fiança sofreram profunda ampliação⁸, principalmente nos crimes menos graves, assim encarados como aqueles cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse 04 anos, em cujo valor poderá variar de 1 a 100 salários mínimos⁹, na forma do art. 325, alínea 'a' do Código.

Seguindo a mesma tendência de recrudescimento, determina o art. 325, alínea 'b' que o arbitramento de fiança para os crimes cuja pena privativa de liberdade máxima ultrapasse 04 anos poderá variar de 10 a 200 salários mínimos¹⁰.

Fora o excessivo aumento no valor da fiança, ainda é possível ao juiz aumentá-la em 1.000 (mil) vezes¹¹, conforme a cláusula autorizativa do art. 325, III do CPP, enquanto que a revogada redação do Código de Processo Penal autorizava o aumento em até 10 vezes o valor arbitrado¹².

É bem verdade que a concessão da fiança não se restringe a análise da pena abstratamente prevista no tipo penal infligido pelo indiciado. Pela redação dos

⁸ Aury Lopes Jr. justifica a imposição de alto valor na fiança: "A Lei n. 12.403/11 revitalizou a fiança e, principalmente, estabeleceu um vasto campo de aplicação e a possibilidade de fixação de valores elevados, suficientes para, à luz da gravidade do crime e das condições econômicas do imputado, minimizar os riscos de fuga. Valores elevados não apenas desestimulam a fuga, mas, principalmente, criam uma situação econômica completamente desfavorável, dificultando muito que o imputado tenha condições financeiras para fugir e se manter assim por longos períodos." (LOPES JR., Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 164).

⁹ Em verdade, antes da reforma processual, a fixação do valor para os crimes de igual correspondência variava de 1 a 5 salários mínimos, conforme interpretação da antiga redação das alíneas 'a' e 'b' do art. 325 do CPP.

¹⁰ Pela antiga redação do Código de Processo Penal os crimes com pena superior a 4 anos seriam alvo de fiança em valor de 20 a 100 salários mínimos, conforme redação do art. 325, alínea 'c'.

¹¹ Em situações como esta, parece que somente Dominique Strauss-Khan seja capaz de arcar com o valor arbitrado a título de fiança.

¹² Recentemente foi noticiado pela mídia que um pastor acusado por crime financeiro efetuou o pagamento da fiança de R\$ 109.000,00 (cento e nove mil reais) mediante cheque sem a necessária provisão de fundos e iniciou campanha entre os fiéis para obter o valor necessário ao pagamento da contracautela.

arts. 323¹³ e 324¹⁴ do Código de Processo Penal, art. 2º da Lei n. 8.072/90, art. 3º da Lei n. 9.613/98, art. 44 da Lei n. 11.343/06 e no art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV da Constituição Federal, determinadas infrações penais, por sua gravidade são insuscetíveis de fiança, mas passíveis de liberdade provisória incondicionada¹⁵.

O novo regime de cautelares do Código de Processo Penal elenca a fiança como medida de contracautela no rol do art. 319, subsumindo sua aplicação aos ditames do art. 282, verdadeiro pilar hermenêutico que norteia a iniciativa processual de imposição das medidas cautelares.

O que sempre se sustentou na doutrina e era acolhido, com dificuldade, na jurisprudência foi incorporado ao Código de Processo Penal: a concepção de que as medidas cautelares devem guardar proporcionalidade, noção esta há muito incorporada ao direito comparado¹⁶. Não é proporcional a imposição de prisão cautelar se o acusado, com a superveniência de eventual sentença condenatória

¹³ Art. 323. Não será concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes de racismo; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁴ Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - em caso de prisão civil ou militar; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm reconhecendo a inconstitucionalidade de dispositivos que obstam a concessão de liberdade provisória, a exemplo do Estatuto do Desarmamento, a Lei de Crimes Hediondos e a Lei Antidrogas, ao fundamento de que a liberdade provisória e a fiança são institutos distintos e que a Constituição Federal não veda a concessão da liberdade provisória incondicionada.

¹⁶ No Processo Penal Italiano reconhece-se o princípio da proporcionalidade como critério de aferição de conveniência da medida cautelar: *“Il codice vuole evitare che venga fatto un uso spegiudicato delle singole misure, e cioè che le stesse siano applicate per anticipare un provvedimento afflittivo in casi nei quali la sentenza di condanna inciderà poco o nulla sulla libertà del colpevole.”* (TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale. 10. Ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 400.)

não terá em seu desfavor pena privativa de liberdade a ser cumprida e, principalmente, diante da presunção constitucional de inocência.

No caso da prisão, vamos além, pois a restrição corporal também deve esbarra pressuposto de *subsidiariedade* que preconiza a possibilidade de decretação da prisão cautelar como *ultima ratio*, sempre mediante prévia a constatação de que outras medidas cautelares não são eficazes.

A positivação destes princípios no art. 282 do CPP, alterado pela Lei n. 12.403/11, revela como o sistema de medidas cautelares do Processo Penal brasileiro era desordenado e incoerente, criando distorções absurdas que, em muitos casos, foram toleradas pela Justiça brasileira.

É verdade que a preocupação do legislador com as situações que envolvam a prisão cautelar é notória, visto que desde 2007 exige-se a comunicação da Defensoria Pública acerca de todas as prisões em flagrante em que o indiciado não indica a advogado, conforme redação do art. 306 do CPP, mantida pela Lei n. 12.403/11.

Apesar de o controle da legalidade da prisão restar afeto ao Juiz, cabe a defesa propiciar todos os meios necessários à restituição da liberdade do preso, daí a necessidade de comunicação imediata da Defensoria Pública, para formulação de eventual requerimento de relaxamento de prisão ou de liberdade provisória.

Com a reforma processual, há que se exigir da autoridade policial e do Juiz a necessária razoabilidade no arbitramento do valor da fiança, evitando-se a imposição desmedida de montante excessivo, sob risco de se criar gravíssima distorção onde os necessitados ficarão impossibilitados ou encontrarão profundas dificuldades de ver restabelecida a sua liberdade. Logo, torna-se necessária reflexão

acerca dos critérios a serem observados quando do arbitramento do valor da fiança, como se pretende adiante.

III – A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O CRITÉRIO DE ARBITAMENTO DE FIANÇA E A SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PRESO – RESTITUIÇÃO DO STATUS LIBERTATIS

Como já observado linhas acima, a reforma processual operada pela Lei n. 12.403/2011 deixou clara a intenção do legislador em evitar a imposição de prisão cautelar em desarmonia aos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade, devendo o Juiz buscar a aplicação das novas medidas cautelares restritivas¹⁷, em detrimento da privação corporal cautelar¹⁸.

O arbitramento da fiança no Processo Penal também não deve fugir a esta regra. Como deixa clara a redação do art. 326 do CPP ao determinar o valor da fiança, tanto a autoridade policial como o Juiz deverão levar em consideração não só as circunstâncias indicativas de periculosidade, a natureza da infração e a vida pregressa do indiciado mas, principalmente, as condições pessoais de fortuna, assim entendida a sua situação econômica, evitando-se que a restituição da liberdade seja obstaculizada por critérios exclusivamente econômicos.

Por esta vertente, há que se reconhecer que a condição econômica do acusado é fato que deve ser levado em consideração, em pé de igualdade com a natureza da infração penal quando do momento do arbitramento do valor da fiança.

¹⁷ As medidas cautelares restritivas são novidade apenas no texto do Código de Processo Penal, visto que a jurisprudência sempre admitiu a imposição de restrições cautelares similares àquelas constantes do rol do art. 319 do CPP em razão da existência do poder geral de cautela conferido ao Juiz.

¹⁸ Um dos objetivos do legislador com a nova lei é reduzir a massa carcerária de presos provisórios no país.

Isto porque, quando o magistrado reconhece o direito à fiança, por via transversa está dizendo que a natureza da infração¹⁹ e as circunstâncias pessoais do indiciado não recomendam a imposição de prisão cautelar, de sorte que a concessão da liberdade é a solução mais adequada.

Logo, estando presentes as circunstâncias autorizadas da concessão da liberdade mediante a prestação de fiança, o arbitramento da garantia em valor excessivo simplesmente fulminará qualquer pretensão de liberdade do indiciado, diante de sua notória hipossuficiência²⁰.

É claro que não se está a negar que a imposição da garantia visa evitar a fuga do indiciado e dificultar que o mesmo frustrasse a aplicação da lei penal. Entretanto, também há que se reconhecer que a prisão cautelar é medida excepcional e que a imposição de valor excessivo a título de fiança, ocasionará, por via transversa, a manutenção da prisão cautelar do indiciado, ante sua hipossuficiência econômica para prestação da garantia.

Veja que pelo critério legal, o valor do arbitramento de fiança em razão da prática de furto simples poderia variar de R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais) a R\$ 54.500,00 (cinquenta e quatro mil e quinhentos reais), de acordo com o salário mínimo de 2011.

E no Brasil é muito comum a prática de delitos patrimoniais por indivíduos que enfrentam situações de penúria e que em muitas das vezes ingressam no submundo do crime apenas para garantir sua subsistência, praticando furtos de

¹⁹ Aliás, a gravidade em abstrato da infração penal não autoriza a imposição da restrição corporal cautelar. Exige-se para seu deferimento a presença de elementos concretos que revelem o risco caso mantida a liberdade do acusado.

²⁰ A esse respeito, a Lei Complementar n. 80/94 determina em seu art. 3º, XIV que cabe a Defensoria Pública acompanhar inquérito policial e tomar ciência de auto de prisão em flagrante quando o indiciado não constituir advogado.

alimentos, fraldas, medicamentos, enfim, insumos necessários à garantia de sua própria existência.

Atente-se, neste contexto, para o fato de que a jurisprudência dos tribunais superiores admite a título de princípio da insignificância a atipicidade da conduta em hipóteses de crimes contra o patrimônio, cujo prejuízo alcança valores como R\$ 55,00²¹, R\$ 70,00²², R\$ 100,00²³ R\$ 130,00²⁴. Em matéria de crimes tributários a jurisprudência é ainda mais benevolente e reconhece a atipicidade da conduta quando o valor suprimido é igual ou inferior à hipótese de arquivamento de execuções fiscais previstas na Lei n. 10.522/02, que já alcançou o teto de R\$ 10.000,00²⁵ (dez mil reais) e atualmente beira o patamar de R\$ 100,00²⁶ (cem reais).

Perceba-se, portanto, que o valor da fiança em muitas das hipóteses é superior ao valor que se reconhece como insignificante. Em outras palavras, o furto de um objeto avaliado em R\$ 55,00 terá como fiança mínima o valor de um salário que corresponde a exatamente 10 vezes o valor da coisa subtraída no caso aqui analisado.

Exige-se uma garantia processual que se apresenta mais onerosa que o próprio valor do objeto material do crime praticado, o que revela como a justiça brasileira deve ser coerente no momento do arbitramento da fiança. O fato de a lei processual impedir a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva para um crime de médio potencial ofensivo – furto (art. 155), por exemplo, não autoriza o juiz a, de imediato, impor a prestação de fiança como condição à restituição da

²¹ STJ - HC 191.067-MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), julgado em 2/6/2011.

²² STF - HC 106510/MG, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/o acórdão Min. Celso de Mello, 22.3.2011. (HC-106510).

²³ . STJ - HC 163.004-MG, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 5/8/2010.

²⁴ STF - HC N. 107.370-SP - RELATOR: MIN. GILMAR MENDES.

²⁵ STF - HC N. 93.072-SP - RELATOR: MIN. CARLOS BRITTO.

²⁶ STJ - EREsp 966.077-GO, Rel. Min. Laurita Vaz, julgados em 27/5/2009; STF - RHC 94905/CE, rel. Min. Dias Toffoli, 11.5.2010. (RHC-94905).

liberdade, sob risco de se manter um indivíduo preso sem que haja o correspondente título jurisdicional prisional²⁷.

Parece-nos que em determinadas situações em que o objeto da infração penal afigura-se como insignificante, deverá o juiz deixar de impor a fiança e conceder a imediata liberdade provisória ao indiciado, pois sequer há certeza do ajuizamento de ação penal e de futura condenação.

Também estando o Juiz diante de uma situação em que o acusado não possa arcar com o valor da fiança arbitrado pela autoridade policial, deverá o mesmo conceder a liberdade provisória independente da prestação da garantia, também na forma do art. 350 do CPP, bastando a afirmação do indiciado para a prova de sua condição econômica.

E nem se argumente que o juiz não possa realizar tal aferição sob risco de estar agindo de ofício. Ora, se o ordenamento processual penal brasileiro, apesar de se intitular acusatório confere iniciativas ao Juiz durante o curso do processo, como a decretação da prisão cautelar (art. 311 do CPP) e a produção de provas durante a instrução (art. 156 do CPP), não há razão que não justifique a postura pró-ativa do magistrado em verificar a questão atinente à liberdade do indiciado, matéria, aliás, de índole constitucional.

É verdade que a lei é silente em relação à aferição da situação econômica do indiciado, razão pela qual torna-se necessária a utilização, por analogia, de

²⁷ Parece-nos que entre o momento do arbitramento da fiança e a efetiva liberdade do indivíduo o indiciado se encontra detido sem que haja qualquer título prisional que restrinja a sua liberdade. Isto porque, com a reforma processual a prisão em flagrante tornou-se mero ato administrativo com duração de 24 horas e passível de judicialização através de sua conversão em prisão preventiva. Entretanto, quando o juiz vislumbra a hipótese de liberdade provisória mediante prestação de fiança, não há como converter o flagrante em prisão preventiva para, só então, conceder a fiança. Desta forma, quando o indiciado afirma não ter condições de efetuar o pagamento da fiança, deverá o juiz analisar a possibilidade de redução ou dispensa do valor da fiança no prazo de 48 horas, aplicando-se analogicamente o art. 322, parágrafo único do CPP, sob pena de relaxamento da prisão ante a flagrante ilegalidade da restrição corporal, dada a ausência de título prisional que a sustente.

outros diplomas legais que tratem do conceito de hipossuficiência, como autoriza o art. 3º do Código de Processo Penal.

Em matéria de hipossuficiência o diploma legal que estabelece o conceito de necessitado é o art. 2º, parágrafo único da Lei n. 1.060/50 que prescreve: “para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Portanto, arbitrando a autoridade policial fiança em valor que o indiciado não possua condições de assumir, deverá a mesma fazer constar do auto de prisão em flagrante a afirmação de hipossuficiência do indiciado, de modo a permitir ao juiz a imediata aplicação do art. 350 do Código de Processo Penal, independentemente de requerimento.

Em outras palavras, não deve o Juiz aguardar a prova da situação econômica do indiciado, prorrogando a manutenção de sua prisão, para só então avaliar a possibilidade de redução ou dispensa do pagamento de fiança com a concessão da liberdade provisória na forma do art. 350 do CPP. Aliás, sequer há a necessidade de prévia oitiva do Ministério Público para tal finalidade, visto não haver previsão legal²⁸ neste sentido e pelo fato de apenas prolongar a manutenção da restrição corporal sem o necessário título prisional.

O ônus da impugnação de eventual hipossuficiência do indiciado recairá ao próprio Ministério Público, caso discorde do deferimento da redução ou dispensa de pagamento da fiança, quando, só então, com base em elementos concretos demonstrados nos autos do processo é que poderá exigir a comprovação da situação de miserabilidade.

²⁸ O art. 333 do CPP é expresso ao determinar que a fiança será concedida independentemente de oitiva do MP.

Não podemos admitir que se instale o prévio contraditório acerca da condição econômica do indiciado, para só com a resolução da questão avaliar a possibilidade de dispensa do pagamento de fiança.

Afirmando o indiciado a sua hipossuficiência, obrigatoriamente o magistrado deverá avaliar a possibilidade concreta de sua dispensa, estabelecendo o contraditório diferido para futura manifestação do Ministério Público acerca da concessão da liberdade independente da garantia real. Ora, se nos casos de urgência o Juiz pode avaliar o deferimento da medida sem a oitiva da parte contrária, como autoriza a cláusula do §3º do art. 282 do CPP, o mesmo deve ser aplicado quando se tutela a restituição do *status libertatis*.

O que se vê no dia-a-dia da Justiça é que o Estado vem se preocupando muito pouco com o tema afeto à restituição da liberdade do indivíduo. A burocracia para a expedição e cumprimento de um alvará de soltura apenas aumenta, diante dos inúmeros trâmites a serem seguidos²⁹.

IV – CONCLUSÃO

O combate à pobreza não se subsume à mera solução de problemas econômicos. A garantia de um processo justo aos hipossuficientes é corolário do acesso à justiça.

Neste contexto, há que se te razoabilidade no arbitramento da fiança no processo penal, sob risco de se criar situações desiguais, onde o hipossuficiente encontrará obstáculos para ter restituída a sua liberdade, ante a impossibilidade de arcar com o valor da garantia cautelar.

²⁹ Pode parecer insignificante, no entanto, uma hora a mais em um estabelecimento prisional é deverás angustiante, que dirá, dias ou até mesmo semanas.

A análise e indicação da condição econômica do indiciado não depende única e exclusivamente de requerimento defensivo, cabendo ao próprio Juiz a iniciativa de, no momento do recebimento da comunicação da prisão em flagrante, avaliar a oportunidade e conveniência do arbitramento da fiança ou a sua subsistência, na hipótese em que a autoridade tenha arbitrado, a fim de evita que o indiciado permaneça preso indevidamente em razão de possível hipossuficiência de recursos, aferida mediante simples afirmação do indiciado, nos termos da Lei n. 1.060/50, aplicada analogicamente na hipótese.

V – REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

GALLIEZ, Paulo. Princípios institucionais da defensoria pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Luiz Claudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 10. Ed. Milano: Giuffré, 2009.