

A autoridade policial pode conferir liberdade ao preso em flagrante que não tenha condição econômica de pagar a fiança arbitrada.

Aplicação analógica do art. 350 do CPP na esfera policial (arts. 350 c/c 322, na forma do art. 3º, CPP)

Renato Ferrare Ramos*

Consoante o disposto no art. 322 do Código de Processo Penal, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a Autoridade Policial "poderá" conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Muito embora o verbo entre aspas pareça indicar faculdade, a fiança representa direito subjetivo do flagrantado, de sorte que a autoridade tem obrigação de conceder-lhe. Isso, pois, não o fazendo (recusando ou retardando), o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la mediante simples petição dirigida ao juiz (art. 335, CPP) ou ainda impetrar habeas corpus (art. 648, V, CPP). Além disso, a manutenção de uma prisão quando a lei admitir liberdade, com ou sem fiança, é inconciliável com os princípios republicanos (art. 5º, LXVI, CF/88).

Há casos, não raro, em que mesmo com o arbitramento da fiança pela autoridade policial, o custodiado não tem condições financeiras de prestá-la sem prejuízo do seu próprio sustento e de sua família. Como consequência de praxe, ele continuará no cárcere por falta de pagamento do respectivo valor e a Autoridade Policial se limitará a remeter o auto de prisão em flagrante ao Poder Judiciário, que só então decidirá nos termos do art. 350 do CPP: "nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328". Isso na melhor das hipóteses, pois, também não raro, a aplicação do dispositivo legal em referência pode ser indevidamente negada pelo juiz de primeiro grau, ocasião em que o preso em flagrante somente alcançaria sua liberdade na segunda ou até mesmo nas superiores instâncias (STF, RTJ 122/58 e RT, 544/468).

Nesse ínterim, isto é, entre o não recolhimento da fiança na esfera policial e a concessão de liberdade provisória pelo Poder Judiciário, fatalmente o preso juridicamente pobre amargará dias ou meses encarcerado, o que é inadmissível para um Estado Democrático de Direito que estabelece a igualdade de todos independentemente de qualquer condição, inclusive suas posses (art. 5º, caput, CF/88).

Alguns doutrinadores dissertam no sentido de que somente o juiz pode conferir "liberdade provisória" ao preso em flagrante quando este não tiver condições de prestar fiança, nos termos do art. 350 do CPP (Neste sentido: FERNANDO CAPEZ, Curso de Processo penal. Ed. Saraiva, 9ª ed. São Paulo; e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Manual de Processo Penal. Ed. Saraiva, 2ª ed.). A maioria, contudo, silencia quanto à possibilidade da Autoridade Policial, *mutatis mutandis*, proceder de forma equivalente nas hipóteses de sua atribuição (art. 322, CPP).

Porém, com respeito a esses doutrinadores, a interpretação sugerida deve ser ponderada, pois os precitados dispositivos legais (arts. 322 e 350, CPP), cuja redação data de 1941 (Decreto-lei nº 3.689), devem se submeter a uma releitura em face da nova ordem constitucional inaugurada em 1988.

A análise da natureza jurídica e da finalidade do instituto "fiança" demonstra que o entendimento comentado carece de interpretação conforme a Constituição Federal vigente. Vejamos.

Para TOURINHO FILHO fiança "é uma garantia real, ou caução. Consiste em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ou até mesmo hipoteca inscrita em primeiro lugar." e "visa a assegurar, no caso de condenação, o pagamento das custas processuais, a satisfação do dano ex delicto e eventual multa". (ob. cit., p. 471).

No mesmo sentido, JÚLIO FABBRINI MIRABETE esclarece que a fiança "é uma garantia real de cumprimento das obrigações processuais do réu." (Código de Processo Penal Interpretado, Ed. Atlas, 9ª ed., p. 848).

Diante dessas definições doutrinárias, pode-se concluir que a fiança, a rigor, SE trata de uma garantia vinculada a um eventual crédito tributário, no que tange às custas processuais, que, segundo a doutrina e jurisprudência, ostentam natureza jurídico-tributária de taxa. Nesse sentido: MARCO AURÉLIO GRECO, A natureza Jurídica das Custas Judiciais, Resenha Tributária, OAB/SP, p. 37/128; GERALDO ATALIBA, Sistema Tributário na Constituição de 1988, Revista de Direito Tributário, v. 51, p. 140; ALIOMAR BALEEIRO, Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 10ª ed. p. 330-331, 353-354; STF, ADI nº 2040-PR, ADI nº 3694-DF, ADI nº 948-GO, ADI nº 1709-MT, ADIMC nº 1378-ES, ADMIC nº 1.444-PR, ADMIC nº 1778-MG.

Assim, manter preso o flagransado que não tenha condições econômicas de prestar fiança até que somente o juiz decida por libertá-lo com fulcro no art. 350 equivale à prisão por dívida civil e violação da dignidade da pessoa humana, circunstância que importa em ofensa aos arts. 5º, LXVII, e 1º, III, do Pacto Supremo. Isso porque o preso teria sua liberdade momentaneamente cerceada por impossibilidade de antecipar custas processuais referente a um processo que nem se quer foi instaurado e nem se sabe se resultará condenação, o que, por outro lado, revela-se incompatível com o mandamento constitucional da presunção de inocência, (art. 5º, LVII, CF/88).

Com efeito, conclui-se que, à luz da Constituição Federal de 1988, a Autoridade Policial pode conferir liberdade ao preso em flagrante independentemente do recolhimento de fiança nas hipóteses em que ela é admitida na esfera policial e o custodiado não tenha condições financeiras de prestá-la. Para concretizar essa tarefa, o aplicador do direito, com vistas nos dispositivos constitucionais acima referidos, deverá se valer da aplicação analógica do art. 350, CPP, necessária para, *mutatis mutandis*, suprir a omissão legislativa verificada no art. 322, CPP (art. 322 c/c 350, na forma do art. 3º do CPP), considerando a inequívoca semelhança existente entre o caso previsto e o não previsto, além de igualdade de valor jurídico e igualdade de razão entre ambos (*ubi idem ratio, ubi idem ius*), conforme enfatiza JÚLIO FABBRINI MIRABETE (Ob. cit., p. 85).

Nesse contexto, o preso em flagrante que afirmasse sua impossibilidade de pagar a fiança, seria, *in contineni*, posto em liberdade, mas com ônus de posteriormente comprovar em juízo sua hipossuficiência. Não o fazendo e em caso de condenação definitiva, o débito estaria constituído e a fiança não paga poderia ser considerada dívida de valor, a ser cobrada de acordo com as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, por aplicação analógica do art. 51 do Código Penal, com redação determinada na Lei nº 9.268/96, referente à multa penal.

O que não se admite é que a impossibilidade financeira de pagar antecipadamente um crédito tributário (custas processuais/taxa), ou mesmo civil (reparação civil ex delicto), ainda na esfera policial, seja utilizada contra o flagranciado juridicamente pobre para justificar sua manutenção no cárcere até que finalmente o Judiciário lhe conceda liberdade.

Bibliografia:

ATALIBA, Geraldo, Sistema Tributário na Constituição de 1988, Revista de Direito Tributário, vol. 51;

BALEEIRO, Aliomar, Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 10ª ed.;

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo penal. Ed. Saraiva, 9ª ed. São Paulo;

GRECO, Marco Aurélio, A natureza Jurídica das Custas Judiciais, Resenha Tributária, OAB/SP;

JARDIM, Afrânio Silva, Direito Processual Penal, Ed. Forense, 10ª ed.;

JESUS, Damásio E. de, Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 5ª ed.;

MIRABETE, Júlio Fabbrini, Código de Processo Penal Interpretado, Ed. Atlas, 9ª ed.;

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, Ed. RT, 4ª ed.;

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, Ed. Lúmen Júris, 8ª ed.;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. Ed. Saraiva, 2ª ed.;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – www.stf.jus.br

*Advogado

Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12541>

Acesso em: 6 de abril 2009.