



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Paciente: Luiz Serra dos Santos

Autoridade coatora: MM. Juiz de Direito do Plantão Judiciário na ação penal nº 0005962-83.2016.8.26.0635

A **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, por intermédio de seu órgão de execução, dando cumprimento à sua função institucional de zelar pela ampla defesa dos necessitados, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição da República e arts. 3º-A e 4º, inciso V, IX, X, XVII, 106, parágrafo único, da Lei Complementar federal 80/94, vem, com o devido respeito, perante Vossa Excelência, fundamentada nos arts. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, 647 e seguintes do Código de Processo Penal, impetrar a presente ordem de **HABEAS CORPUS com pedido liminar** em favor **Luiz Serra dos Santos**, portador do RG 26.332.714-SP, filho de Dalva Serra dos Santos, em razão do constrangimento ilegal a que está sendo submetido por ato do d. Juízo do Plantão Judiciário, na ação penal nº 0005962-83.2016.8.26.0635.

Fatos

O paciente foi preso em flagrante em 3 de junho de 2016 pela suposta prática do crime de **furto simples tentado**. Isso porque, em tese, teria sido surpreendido ao tentar se apropriar de **um telefone celular**, bem imediatamente recuperado sem danos.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ao receber o flagrante, o Juiz do Plantão Judiciário impôs a liberdade provisória condicionada ao recolhimento de fiança de **R\$ 1.000,00 (mil reais)**, sendo que o custodiado, pessoa pobre, defendido pela Defensoria Pública, obviamente, não pode arcar com a fiança abusiva fixada.

Encontra-se o paciente preso, portanto, pelo simples fato de ser pobre.

A necessária concessão de liberdade provisória sem arbitramento de fiança.

O acusado, a rigor, encontra-se preso sem título, eis que a decisão judicial considerou não estarem presentes os requisitos da prisão e, mesmo assim, permanece preso pelo simples fato de ser pobre.

Ou seja, trata-se de prisão cautelar atípica e, portanto, ilegal.

A decisão que fixa fiança, pela sistemática do CPP, deve acarretar imediata expedição de alvará de soltura, fixando-se prazo para recolhimento da fiança e, caso não seja paga, tornarem os autos conclusos para que o juiz altere a medida cautelar e, em último caso, decrete a prisão preventiva nos termos do artigo 312, parágrafo único, do CPP.

A prática de condicionar a soltura ao pagamento da fiança é ilegal e, a rigor, constitui crime de abuso de autoridade, na medida em que se mantém uma pessoa presa cautelarmente sem uma decisão judicial que reconheça a presença dos requisitos para tanto e, assim, decrete a prisão.

Ninguém pode permanecer preso cautelarmente sem uma decisão judicial fundamentada que decrete a prisão. Isso, contudo, é o que ocorre na manutenção da prisão anômala daquele que não paga a fiança.

Apenas para tornar o raciocínio mais claro, vale lembrar que o artigo 5º, LXI, da Constituição da República dispõe 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”*.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, apenas duas são as hipóteses de prisão legal: i) prisão em flagrante e ii) prisão por ordem judicial fundamentada.

No caso da pessoa presa pelo não pagamento da fiança, não há nem uma coisa, nem outra.

Não há flagrante, pois, por expressa disposição legal, a situação de flagrância esvai-se em 24 horas, tratando-se de título precário. Nesse sentido, o artigo 310 do CPP dispõe que, tendo o juízo recebido o auto de prisão em 24 horas, poderá tomar apenas uma das três medidas previstas em lei: i) o relaxamento da prisão; ii) a conversão da prisão em flagrante em preventiva; iii) a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança ou outra medida cautelar.

Logo, não há mais flagrante depois da manifestação judicial.

Assim, quando o juiz arbitra fiança, ou mantém a decisão da autoridade policial, exara decisão que tem a natureza jurídica de concessão de liberdade provisória, sendo um contrassenso que a pessoa não seja imediatamente solta.

Sendo imposta qualquer outra medida cautelar conjuntamente com a liberdade provisória, o raciocínio esposado fica ainda mais claro: se o Juiz, por exemplo, determinar o comparecimento mensal em juízo, a pessoa será imediatamente solta. Apenas se não comparecer em juízo regularmente é que os autos tornarão conclusos para que o juiz verifique a necessidade de adequação da medida, reforço ou, em último caso, decretação da prisão com base no artigo 312, parágrafo único, do CPP.

É óbvio que é ilegal conceder a liberdade provisória mediante comparecimento mensal em juízo e exigir que a pessoa fique presa até a data do primeiro comparecimento.

É incompreensível, assim, por que a prática (ilegal) dos juízes de primeira instância têm sido essa quando se trata de fiança.

Repise-se: decretada qualquer medida cautelar conjuntamente com a liberdade provisória, a pessoa deve ser imediatamente solta e, apenas em caso de descumprimento da medida no prazo fixado, o juízo poderá revê-la, o que não induz à decretação imediata de prisão.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Toda prisão cautelar deve ser motivada, sob pena de criação pretoriana de uma odiosa figura de prisão anômala, sem título, eis que não há flagrante e não há ordem judicial fundamentada que tenha decretado a prisão.

Não bastasse a ilegalidade patente da prisão sem título, verifica-se ainda que a fixação de fiança foi ilegal no caso em tela, eis que o acusado é pessoa pobre, na acepção jurídica do termo, e não tem condições de arcar com o valor da fiança arbitrada sem prejuízo do próprio sustento.

Mantê-lo custodiado, portanto, apenas por não ter condições de arcar com o valor exigido a título de fiança configura manifesto constrangimento ilegal, pois, não estando presentes as hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, não há que permanecer encarcerado.

A custódia cautelar também deve guardar sintonia com **o princípio da proporcionalidade**, desdobramento da garantia constitucional da reserva legal. Por isso, tendo em vista que **o acusado foi autuado em flagrante por suposta tentativa de furto**, deve ser isento de fiança.

A prisão é medida de exceção, a regra é a liberdade.

No mais, o artigo 350 do Código de Processo Penal permite que o julgador, verificando a condição de pobreza do acusado, conceda-lhe a liberdade provisória, mediante compromisso, dispensando-o do pagamento da fiança.

Neste sentido entendimento jurisprudencial:

*HABEAS CORPUS. FURTO. LIBERDADE PROVISÓRIA DEFERIDA. FIANÇA NÃO PAGA. **MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.** 1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Se o próprio magistrado de primeiro grau reconheceu não estarem presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar, o não pagamento da fiança arbitrada, por si só, não justifica a preservação da custódia. Trata-se de réu juridicamente pobre e de delito de furto simples, cuja pena mínima cominada é de 1 (um) ano de reclusão. 3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, garantir a liberdade provisória ao paciente, independentemente do pagamento de fiança. (HC 113.275/PI, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011).*



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSUAL PENAL. PETIÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA MEDIANTE FIANÇA. VALOR EXORBITANTE. ART. 310, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ESVAZIAMENTO DO INSTITUTO DA FIANÇA. PETIÇÃO CONHECIDA COMO HABEAS CORPUS. ORDEM CONCEDIDA. 1. "Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" (art. 5º, LXVI, da CF). 2. A fiança, regulada no Código de Processo Penal nos arts. 321 e seguintes, não será imposta nas hipóteses das infrações em que o agente livra-se solto, isto é, naquelas punidas tão somente com multa ou com pena privativa de liberdade não superior a 3 meses (art. 312 do CPP). 3. Nos crimes apenados com detenção ou prisão simples, a fiança poderá ser arbitrada pela autoridade policial, permitindo ao agente, mediante pagamento, ser liberado (art. 322 do CPP). Nos crimes apenados com reclusão, a fiança só poderá ser fixada pelo juiz, desde que o agente não incida nas hipóteses dos arts. 323 e 324 do CPP. 4. O inciso IV do art. 324 do CPP prevê que não será concedida fiança "quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva". 5. A Lei 9.099/95, modificada pela Lei 10.259/01, estabeleceu nova sistemática nos casos das infrações definidas como de menor potencial ofensivo: não se lavrará auto de prisão em flagrante e não se exigirá fiança sempre que o agente for encaminhado imediatamente ao Juizado ou quando assumir o compromisso de fazê-lo. 6. A Lei 6.416/77 acrescentou ao art. 310 do CPP o parágrafo único estabelecendo que o juiz concederá a liberdade provisória, independentemente de fiança, nos casos em que estiverem ausentes as hipóteses que autorizam a prisão preventiva, esvaziando, destarte, o instituto da caução real. 7. Ausentes os requisitos da liberdade provisória, não há falar em prisão preventiva, ainda que aquela tenha sido deferida de forma condicionada. 8. Petição conhecida como habeas corpus para, concedendo a ordem, fixar a fiança em R\$ 2.500,00, nos termos da liminar anteriormente deferida. (Pet 6.906/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 26/04/2010). "Processual Penal. Direito de prestar fiança para apelar em liberdade. Réu Pobre. Hipótese do art. 350 do CPP. 1. Maus antecedentes, assim considerados na sentença condenatória, podem, em tese, fundamentar a negativa de 'sursis' e de apelar em liberdade, mas não elidem a afiançabilidade da infração. 2. Réu juridicamente pobre: inexigibilidade de fiança. 3. Provimento do recurso para que, observada pelo julgador as disposições dos artigos 350, 327 e 8 do Código de Processo Penal, seja assegurado ao recorrente aguardar o julgamento da apelação em liberdade. RHC provido" (RHC 64957/RS, 2ª Turma, Min. Rel. Célio Borja, DJ 05/06/87 - grifado).

No mesmo sentido entendimento doutrinário:

*Situação econômica do réu: é o principal critério dentre outros, previstos no art. 326 que permitirá ao juiz (ou à autoridade policial, conforme o caso) fixar, corretamente, o valor devido da fiança. Assim, além de levar em consideração a gravidade da infração penal, cujos dados colherá nas alíneas a a c deste artigo, no mais, precisa ponderar se o acusado é incapaz de pagar aqueles valores, mesmo que fixados no mínimo. Assim sendo, pode reduzir ainda mais, atingindo o máximo de dois terços o que pode ser feito tanto pela autoridade policial, quanto pelo juiz. **Se persistir a impossibilidade de pagamento, pode se considerar o réu pobre, concedendo-lhe a liberdade provisória, sem fiança**, o que somente fará o juiz. Por outro lado, acusados, financeiramente abonados, devem ter a fiança aumentada. Toma se o valor máximo estabelecido para o crime, conforme as alíneas a a c deste artigo, elevando se até dez vezes mais. Tal medida deve ser tomada pelo magistrado." (Sousa Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 4ª ed. SP:RT, 2005, p. 602).*



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Roga-se, portanto, pela **isenção da fiança** por ser o paciente pobre, na acepção jurídica do termo, expedindo-se o alvará de soltura com a revogação da prisão cautelar anômala, sem imposição de condições ou, subsidiariamente, com a imposição de outras condições, que sejam efetivamente passíveis de cumprimento pelo paciente.

O cabimento da liminar

Todos os fundamentos acima expostos conferem, a nosso juízo, plausibilidade jurídica à pretensão cautelar ora deduzida.

O *fumus boni iuris* encontra-se no sistema de direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República (arts. 5º, *caput* e incisos XV, XXXV, XXXIX, XLVI, LIV, LV, LVII, LXVI e LXVIII) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 1.1 c/c arts. 7, itens 1, 2 e 3, 8.2, 9, 22.3, 27.2, 29 e 30).

No mesmo sentido, verifica-se a presença do *periculum in mora*, pois a manutenção de seus efeitos jurídicos, até o julgamento final deste *writ*, considerando o tempo de tramitação de um *habeas corpus* nesta e. Corte importará em inaceitável e inconstitucional manutenção de restrição ao seu *status libertatis*.

Sendo assim, presentes os requisitos autorizadores da tutela de urgência, requer-se o deferimento da medida liminar, de modo a garantir ao paciente a isenção da fiança.

Pedidos

Desta forma, em face das razões expostas, requer seja conhecida e concedida a ordem de *habeas corpus*, concedendo-se a liminar pleiteada e, depois, seja definitivamente lograda a fim de garantir ao paciente o direito de aguardar o julgamento em liberdade sem o pagamento de fiança. **Subsidiariamente, requer a redução do excessivo valor arbitrado.**

São Paulo, 4 de junho de 2016.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA

Defensora Pública do Estado