

DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

FERNANDO TOURINHO FILHO

1. Quando é necessária a prisão processual? — 2. A prisão decorrente de pronúncia e de sentença penal condenatória recorrível — 3. Da Prisão preventiva — 4. Da prisão temporária — 5. Anotações sobre o flagrante — 6 Da liberdade provisória — 7. Da fiança — As hipóteses de inafiançabilidade — 8. Limites da fiança — 9. Autoridade competente para arbitrar o valor da fiança — 10. Extinção — 11. Fiança sem efeito — 12. Reforço — 13. Fiança sem objeto — 14. Condenação — 15. Execução.

1. Somente a sentença que põe fim ao processo é fonte legítima para restringir a liberdade individual a título de pena. Uma vez apurada a responsabilidade do réu, dentro das regras do devido processo legal, como exige e proclama a Magna Carta, seu encarceramento deve ser decretado como retribuição ao mal cometido. No nosso ordenamento, o encarceramento do acusado não visa à sua recuperação. A doutrina a ela se refere, mas na verdade, trata-se de verdadeiro eufemismo. Sua função é a de retribuir o mal praticado. Do contrário, numa cela que comporta apenas 10 ou 12 pessoas, não ficariam 60 ou 70, levando vida subumana.

2. Por outro lado, às vezes, atendendo aos fins do processo, o encarceramento se dá antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Trata-se de providência odiosa, pois, todos sabemos o perigo que representa a prisão do cidadão, antes de ter sido reconhecido definitivamente culpado. E se vier a ser absolvido? Se o for, de certo o Estado, titular do direito de punir, não tinha nenhuma pretensão a fazer valer e, não havia pretensão punitiva, a que título ficou ele preso? Quem lhe indenizaria os prejuízos materiais, físicos e morais decorrentes de uma prisão provisória

injusta? Na França, o art. 149 do *Code de Procédure Pénale*, e em Portugal, o art. 255 do CPP de 1988, admitem uma indenização pela privação da liberdade ilegal ou injustificada. Entre nós, único preceito é o inc. LXXV do art. 5.º da CF: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Como visto, não pode ser invocado, nem com ginástica de inteligência, como fundamento para indenizar aquele que ficou preso provisória e injustificadamente...

3. Embora o art. 300 do CPP diga que “sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”, o certo é que, na prática, dificilmente se observa tal preceito, por absoluta impossibilidade material. A lei, nesse particular não passou de uma promessa “vã e platônica”. E, assim, pessoas ainda não reconhecidas culpadas ficam em irritante promiscuidade com réus já condenados e cujos antecedentes espelham uma velha e reiterada atuação nas esferas do vício e do crime.

Sem embargo dessas considerações, todas as legislações do mundo admitem, em maior ou menor intensidade, a prisão

provisória, também denominada prisão processual, como um “mal necessário”. *Mal*, porque põe em perigo o *jus libertatis* do cidadão, que a Lei Maior protege e preserva. *Necessário*, porque sem ela, muitas vezes não se assegurariam a ordem pública, a regular colheita do material probatório para um julgamento justo e o império efetivo da lei penal.

Lê-se no preâmbulo da Constituição francesa: “Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi.”

Observe-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovadas e proclamada aos 10 dias do mês de dezembro de 1948, em Paris, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, ali reunida, para a qual o Brasil concorreu com a sua presença e voto, peremptoriamente, no inc. I do art. 11 acentuou: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei, em julgamento público, e em que lhe hajam assegurado todos as garantias necessárias para a sua defesa.”

Assim, também, o art. 5.º LVII, da nossa Carta Maior:

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Parece claro, pois, que toda e qualquer prisão que antecede a um decreto penal condenatório definitivo deve estar limitada ao estritamente necessário. Observe-se que entre nós, em cinco hipóteses o homem pode ser preso provisoriamente, isto é, antes de um decreto condenatório com trânsito em julgado. São os casos de prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia e, finalmente, prisão resultante de uma sentença penal condenatória recorrível. Em todas essas hipóteses, o

encarceramento só se justifica se necessário. Senão, não.

Clarià Olmedo, em suas *Bases Completas para Orientar en Latinoamérica la Unificación en Materia Procesal Penal*, já na Exposição de Motivos, p. 45, esclarece: “Puesto que el imputado goza de un estado de inocencia mientras no se le declare culpable por sentencia firme, las medidas de coerción personal que contra aquél se dicten sólo deben tener carácter cautelar y provisional, y estar limitadas a lo estrictamente necesario” (cf., Jorge A. Clarià Olmedo, *Bases Completas...*, cit., Argentina, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1978).

1. Quando é necessária a prisão processual?

4. O que se infere do nosso atual ordenamento, notadamente dos arts. 312, 324, IV, e parágrafo único do art. 310 do CPP, e do art. 31 da Lei 7.492, de 16.6.86, é que toda prisão que antecede a uma condenação definitiva se reveste de indisfarçável caráter cautelar, e sua necessidade descansa numa dessas circunstâncias: preservação da ordem pública, preservação da instrução criminal e, finalmente, garantia de execução da pena. Esta a pedra de toque de toda e qualquer prisão provisória. Ou, como bem observou o ilustre Magistrado Luiz Flávio Gomes: “O eixo, a base, o fundamento de todas as prisões cautelares no Brasil residem naqueles requisitos da prisão preventiva. Quando presentes, pode o Juiz fundamentalmente decretar qualquer prisão cautelar; quando ausentes, ainda que se trate de reincidente ou de quem não tem bons antecedentes, ou de crime hediondo ou de tráfico, não pode ser decretada a prisão antes do trânsito em julgado da decisão” (cf. *Revista Jurídica*, n. 189, jul. 1994. Ed. Síntese Porto Alegre RS).

Certo que o art. 594 do CPP dispõe que o réu reincidente ou de maus ante-

cedentes, dê que não possa prestar fiança em face de uma impossibilidade de ordem legal, não poderá apelar em liberdade. Assim também o art. 408 do CPP que, no seu § 2.º, deixa entrever que se o crime for inafiançável, e o réu não for primário, ou ainda que o seja, não tiver bons antecedentes, deverá aguardar preso o julgamento pelo Tribunal do Júri. Mas, nessas duas hipóteses, a cautela se cinge ao *periculum libertatis*, posto que a prisão, aí, “destina-se a segurar o réu para que não fuja”. No fundo é aquele mesmo requisito consistente em “assegurar a aplicação da lei penal” de que trata o art. 312 do CPP. Manifesta, pois, a cautelaridade dessas duas modalidades de prisão processual.

2. A prisão decorrente de pronúncia e de sentença penal condenatória recorrível

5. De observar-se, contudo, que nas hipóteses dos arts. 408, § 2.º e 594, todas do CPP, presume-se, em face da vida anteaça do acusado, a necessidade da sua prisão provisória. Já na hipótese do art. 312 do CPP, há necessidade de comprovação. Tratando-se de prisão preventiva, é preciso haja nos autos elementos idôneos que possam levar o Juiz a admitir que o réu está pretendendo escapar à punição. Já nas hipóteses dos arts. 408, § 2.º e 594 do CPP, cuida-se de mera presunção: presume-se que ele vai fugir... A lei infraconstitucional e o direito pretoriano, entretanto, não podem estabelecer presunções contrárias ao réu e que superem a presunção de inocência, dogma constitucional, como ensina a doutrina.

Não basta, pois, a mareada vida anteaça do réu. É preciso que se demonstre, também, a necessidade dessa prisão, com as vistas voltadas para o art. 312 do CPP, vale dizer, é preciso haja, nos autos, elementos que conduzam o Juiz ao temor de que o réu está querendo escapar à

punição, tanto mais quanto a Constituição Federal, no seu art. 5.º, LXI, dispõe que: “ninguém poderá ser preso, salvo o caso de flagrante, senão mediante ordem escrita e fundamentada do Juiz...”. Assim, não basta que o autor de crime inafiançável seja reincidente, ou tenha maus antecedentes, para que não possa apelar em liberdade, ou para que não possa aguardar em liberdade seu julgamento pelo Tribunal do Júri. Nesses casos, em face da sua vida pretérita, presume-se sua fuga. Todavia, se a Constituição proclama a presunção de inocência daquele não definitivamente condenado, não faz sentido possa a lei infraconstitucional ou o direito pretoriano estabelecer presunções contrárias ao réu. Tal não quer dizer não possa o pronunciado ou condenado em sentença recorrível ser preso. Pode. A própria Súmula 9 do STJ não vê incompatibilidade entre a presunção de inocência e a prisão cautelar. E na verdade não existe. É preciso, contudo, que em decisão fundamentada, e aqui está o *punctum dolens*, fique demonstrada a necessidade do encarceramento provisório, nos termos do art. 5.º, LXII, da CF, sob pena de se admitir, estupidamente, uma antecipação da pena, ainda não definitivamente imposta, ou prisão processual obrigatória. A fundamentação, contudo, não pode consistir na repetição do texto legal. Deverá o Juiz, à vista dos autos, demonstrar a necessidade da medida extrema, sempre voltado para uma daquelas circunstâncias do art. 312 do CPP. Da mesma forma que o Juiz não pode decretar prisão preventiva, limitando-se a reportar aos termos da lei. Com inegável acerto, Tornaghi observa: “Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraude a finalidade da lei e ilude as garantias da liberdade o fato de o Juiz dizer apenas: “considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública...”. Ou então: “a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para

a instrução criminal...". Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o Juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar..." (*Curso de Processo Penal*, Saraiva, 5.^a, ed., v. 2.^o, pp. 85/86).

O mesmo se dá, quando o Juiz deixa de demonstrar a necessidade da prisão do pronunciado ou condenado. É prepotência, é arbítrio, é fraude à lei.

E se o réu, de maus antecedentes, ou mesmo reincidente (ressalvada a hipótese do art. 323, III, do CPP), for condenado por um crime afiançável? Se necessária sua prisão, evidentemente será ela substituída pela fiança. Na verdade, se alguém, condenado por crime inafiançável, sendo primário e de bons antecedentes, pode apelar em liberdade, consoante a regra do art. 594 do CPP. Obviamente, se condenado por um crime afiançável, sendo primário e de bons antecedentes, com melhor razão pode apelar em liberdade, sem prestar fiança. Claro. Se na primeira hipótese, em situação mais grave, o réu não desembolsa um centavo para apelar, por que deverá fazê-lo em situação menos grave? Assim, se condenado por crime afiançável, não tendo bons antecedentes, ou não sendo primário, ressalvado a hipótese do art. 324, III, do CPP, se necessária sua prisão, poderá prestar fiança, para apelar, nos termos do art. 594 do CPP. A propósito, *RTJ* 130/662 e *TACRIM/SP* no HC 248.620/9, in *Boletim da AASP*, n. 1.832, p. 40.

Mesmo naquelas hipóteses de que trata a Lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, não obstante o § 2.^o do seu art. 2.^o diga que "em caso de sentença condenatória, o Juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade", o certo é o contrário: nos termos do art. 5.^o, LXII, da CF, cumpre ao Juiz, fundamentadamente, dizer porque o réu não pode apelar em

liberdade. A não ser assim, estaria uma lei ordinária se sobrepondo à Lei Maior.

3. Da prisão preventiva

6. De todas as prisões processuais, a que se reveste de maior importância é a *preventiva*. As circunstâncias que a autorizam se constituem na pedra de toque de toda e qualquer prisão processual. Ela pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial, ou da instrução criminal, que se encerra com o art. 499 do CPP. Somente o Juiz é que pode decretá-la, seja mediante representação da Autoridade Policial, requerimento do Ministério Público ou do querelante, seja até mesmo *ex officio*. Para tanto haverá indeclinável necessidade de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Satisfeitos esses pressupostos, restará, ainda, a presença de uma das seguintes circunstâncias: a) para garantia da ordem pública; b) por conveniência da instrução criminal e c) para assegurar a aplicação da lei penal. Assim, mesmo que o crime esteja provado, a *parte objecti*, e a *parte subjecti*, a medida odiosa não poderá ser decretada, se não for necessária como garantia da ordem pública, se não for conveniente para preservar a instrução criminal, ou, finalmente, se não for indispensável para assegurar a aplicação da lei penal. Diz-se necessária para garantia da ordem pública, quando o agente está praticando novas infrações penais, fazendo apologia de crime, incitando à prática de crime, reunindo-se em quadrilha ou bando, etc. Aí a paz social exige a segregação provisória. Há entendimento no sentido de que se a sociedade ficou revoltada com a prática do crime, a ordem pública foi posta em risco... Pergunta-se: a sociedade ou a imprensa falada, escrita ou televisada? Os Juízes não podem deixar-se influenciar pelo estardalhaço da imprensa. Do contrário, e a pretexto de garantir a ordem pública, no fundo estará satisfazendo a interesses de terceiros interessados no alar-

de social... Ela se diz conveniente para a instrução criminal, quando o agente está perturbando a instrução criminal, afugentando ou ameaçando testemunhas, arguindo peritos, por exemplo. Finalmente, quando o agente está se desfazendo de seus bens, ou praticando outros atos indicativos de que vai fugir, a preventiva poderá ser decretada para se assegurar a aplicação da lei penal.

7. A prisão preventiva poderá ser decretada em toda e qualquer infração? Não. Em se tratando de contravenção, nunca, não só pela natureza da pena que lhe é cominada, como também porque os arts. 312 e 313 do CPP falam apenas em crime... Não se referem às contravenções, nem tampouco usam a expressão *infração* que, por ser genérica, abrangeria os crimes liliputianos. Tampouco será possível em se tratando de crime culposos. A lei fala em crimes dolosos. E se o crime for apenado com detenção? Normalmente a prisão preventiva é reservada aos crimes apenados com reclusão. É a regra. Todavia, naquelas hipóteses referidas nos incs. II e III do art. 313 do CPP, é possível a decretação, se doloso o crime, malgrado apenado com detenção.

A prisão preventiva, como vimos, pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, que se encerra com as diligências do art. 499 do CPP. A propósito, *RTJ* 84/115 e *RT* 582/359. Se a prisão preventiva é decretada segundo o estado da causa, evidente que, concluída a instrução, se, durante ela, nada justificou a medida extrema, o Juiz não poderá decretá-la. Sobre o assunto, veja-se Frederico Marques, in *Elementos de Processo Penal*, 1.^a ed., 1965, Forense, v. IV, p. 53:

“De início, são os elementos informativos do inquérito policial, ou de outra *informatio delicti*, que servem de base à imposição do ato coativo. Se, posteriormente, a prova colhida na instrução mostra que não podem subsistir os elementos informativos que constituíram o

fundamento da decretação da prisão, cumpre ao Juiz reformar a sentença anterior, tendo em vista o novo estado da causa. E o mesmo sucederá quando, após revogada a prisão anteriormente decretada, *elementos probatórios forem colhidos no curso do procedimento*, mostrando a conveniência ou necessidade da medida cautelar.”

Desse modo, concluída a instrução, se nenhum elemento probatório for colhido, não poderá o Juiz, legalmente, decretar a medida odiosa, a não ser, o que seria ridículo e grotesco, para “aparecer” no mundo da imprensa...

Assim, parece óbvio que concluída a instrução, já não mais será lícito decretar-se a preventiva, malgrado a regra do art. 316 do CPP, salvo a hipótese de o agente, após a instrução, praticar qualquer ato que autorize a medida extrema. Mas nesse caso, pensamos, deve o Juiz tomar as providências necessárias, tal como lhe permitem os arts. 209 e 156 “última parte” do CPP, e levar para os autos os elementos indispensáveis para poder ordenar a segregação.

Trata-se de decisão *rebus sic stantibus* (segundo o estado da causa) e, por isso mesmo, o Juiz poderá revogá-lo, se os motivos que a determinaram desaparecerem, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem, razões que a justifiquem, nos termos do art. 316 do CPP.

Outra condição importante: a prisão preventiva somente poderá ser decretada em despacho fundamentado. Não bastasse a exigência do art. 315 do CPP, que seria e é bastante, há, ainda, o preceito constitucional (art. 5.^o, LXI, da CF).

4. Da prisão temporária

8. Ao lado da prisão preventiva, e, absurdamente, com menor exigência que esta para ser decretada, a Lei 7.960, de 21.12.89, introduziu a *prisão temporária*. Somente o Juiz, mediante representação da Autoridade Policial ou requerimento

do Ministério Público, poderá decretá-la. Seu prazo máximo de duração é de 5 dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Em se tratando de crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, o prazo da prisão temporária é de 30 dias, prorrogável de mais 30, nos termos do § 3.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.

Os presos temporários, nos termos do art. 3.º do citado diploma, deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos. A mesma regra é encontrada no art. 300 do CPP. Só que no diploma processual penal, o legislador foi mais sincero: *sempre que possível...* E, como todos sabemos, nunca é possível.

Em que hipóteses se admite a prisão temporária? Di-lo o art. 1.º do referido diploma:

“Art. 1.º — Caberá prisão temporária:

I — quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II — quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III — quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121 e seu § 2.º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput* e seus § § 1.º e 2.º); c) roubo (art. 157 *caput* e seus § § 1.º, 2.º e 3.º); d) extorsão (art. 158 *caput* e seus § § 1.º e 2.º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159 *caput* e seus § § 1.º 2.º e 3.º); f) estupro (art. 213 *caput* e sua combinação com o art. 223 *caput* e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214 *caput* e sua combinação com o art. 223 *caput* e seu parágrafo único); h) rapto violento (art. 219 e sua combinação com o art. 223 *caput* e seu parágrafo único); i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º); j) envenenamento de água potável ou substância

alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput* combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (arts. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 2.889, de 1.º 10.56, em qualquer de suas formas típicas); n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.76); o) o crime contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.6.86).

Pela redação, percebe-se, com clareza, que os incs. I e II referem-se a toda e qualquer infração, e o III, inclusive àquelas ali enumeradas. A lei é clara, embora possa conduzir ao absurdo. Não tanto absurdo para o legislador, uma vez que o art. 313, II e III do CPP, permite prisão preventiva para simples infração punida com detenção, pouco importando o mínimo ou máximo da pena cominada... Não tanto absurdo para o legislador que, no art. 321, I, do CPP, admite até a conservação do preso em flagrante por infração apenada exclusivamente com multa, se houver prova de ser ele vadio... sem ter sido preso por vadiagem.

Parece que a doutrina e o direito pretoriano deixaram de lado a interpretação gramatical do texto legal, visando a restringir a medida odiosa apenas àqueles crimes graves. Na verdade, a redação defeituosa leva o intérprete a conclusões aberrantes, mesmo que se faça a interpretação “lógica...”. Tanto é verdade que já está em tramitação no Congresso, Projeto de Lei dando à Lei 7.960/89, outra redação, deixando bem claro que a prisão temporária somente poderá ser decretada naqueles crimes graves. Certo que a Exposição de Motivos restringe a medida somente àquelas infrações elencadas no inc. III do art. 1.º. Não é menos certo, também, que a Exposição de Motivos não é lei, não tem força obrigatória e, às vezes, cria uma certa antinomia com o próprio texto.

9. Se se adotar outro tipo de interpretação, como parte da doutrina tem feito, louvavelmente até, embora com ginástica de inteligência, procurando delimitar as

hipóteses da prisão temporária àquelas infrações elencadas no inc. III do art. 1.º do referido diploma, apegando-se à Exposição de Motivos, teremos: 1) a prisão temporária deverá ficar contida no círculo restrito daquelas infrações enumeradas no inc. III do art. 1.º do citado diploma; 2) o Juiz somente poderá decretá-la, mercê de uma representação da Autoridade Policial ou de um requerimento do Ministério Público, quando houver *fundadas razões* pertinentes à autoria ou participação; 3) é preciso se demonstre seja a medida imprescindível às investigações policiais, ou 4) não tenha o indiciado residência fixa ou, ainda que possua domicílio certo, não forneça elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; 5) a medida odiosa poderá ser decretada no máximo até (cinco) 5 dias, prazo esse prorrogável por mais (cinco) 5, a não ser que se trate de crime hediondo, quando, então, o prazo será de 30 dias com prorrogação por igual prazo, nos termos do art. 2.º, § 3.º da Lei 8.072/90.

A exigência de *fundadas razões* é necessariamente imprescindível, posto não existir cautelariedade sem este requisito. O *periculum in mora*, ou *libertatis*, consistirá na circunstância de ser a medida “imprescindível às investigações policiais”, tenha ou não o indiciado residência fixa, crie ou não crie embaraços à colheita de dados para esclarecer sua identidade, ou finalmente, ainda que não imprescindível às investigações, “se o indiciado não tiver residência fixa” ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”.

Essa modalidade de prisão tem sido batizada com o *nomen juris* de cautelar. Aliás, toda prisão de natureza processual que antecede a uma sentença condenatória definitiva, tem esse mesmo *nomen juris*. Não se deve olvidar que a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, nos termos dos arts 393, I c.c. o art. 594 todos do CPP, sempre foi

considerada, mesmo pela própria lei (art. 669, I do CPP), como *provisória execução da pena*. Mas como art. 105 da Lei das Execuções Penais, em vigor desde 1984, aboliu a denominada provisória execução da pena, ao invés de se abolir tal modalidade de prisão, doutrina e Jurisprudência, mesmo ausente qualquer disposição legal, passaram a enxergar naquela modalidade de segregação, providência cautelar...

10. Sabe-se que toda prisão cautelar exige, indefectivelmente, dois requisitos: *fumos boni juris* e *periculum in mora* ou *periculum libertatis*.

A *fumaça do bom direito* é, pois, necessariamente indispensável. Na hipótese em exame, onde estará o *fumus boni juris*? Responda-se com o próprio texto legal: “nas fundadas razões baseadas em qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” na prática de um daqueles crimes elencados no inc. III do art. 1.º da citada lei.

Na prisão preventiva, que é a pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, *ex vi* dos arts. 312, 324, V, do CPP, art. 31 da Lei 7.492, de 16.6.86, e parágrafo único do art. 310 do CPP, o *fumus boni juris* está assente na *prova da materialidade do crime* e em *indícios suficientes de autoria*. Já na prisão temporária não se exige nem a prova da existência do crime nem em indícios suficientes de autoria (aqueles indícios capazes de tranquilizar a consciência do Juiz, na magistral definição do saudoso Borges da Rosa). Bastam, apenas, fundadas razões com base em qualquer prova...

Ora, *fundadas razões* são razões sérias, importantes, que denotam gravidade. E, ao que parece, nenhuma autoridade, por mais perspicaz que seja, poderá vislumbrar “fundadas razões”, em face de um testemunho infantil, de uma declaração da suposta vítima, de um simples indício. Se se entender diferentemente, que se altere o nome do *fumus boni juris* exigido

para essa modalidade de prisão “cautelar”, para *fumus mali juris*...

A lei, sobre ser mal feita, conduz a abusos, e abusos que afetam o *status dignitatis* e *status libertatis*. É de se supor que a materialidade do fato esteja provada... Do contrário, a medida, já violenta, nem teria mais qualificação... Aliás, essa prisão temporária outra coisa não é senão a antiga “prisão para averiguações”, já agora com roupagem legal...

11. Analisado esse primeiro requisito da cautelar, resta o segundo: o *periculum in mora* que, no Processo Penal, se conhece como *periculum libertatis*. Não obstante se diga ser possível a decretação da prisão temporária, havendo fundadas razões para se supor seja o indiciado autor ou partícipe, com base em qualquer prova admitida na legislação processual penal, desde que ele não tenha residência fixa ou não forneça elementos necessários para o esclarecimento da sua identidade, indaga-se: se a prisão não é imprescindível às investigações, por que o encarceramento por (cinco) 5 dias do indiciado sem residência fixa? Se a prisão não é imprescindível às investigações policiais, por que a prisão por (cinco) 5 dias daquele que “não forneceu elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade”? Simples notificação a comparecer à Delegacia para a sua identificação dactiloscópica é bastante...

A não ser que, nesses dois últimos casos, a prisão temporária esteja atuando como fase preparatória para a decretação da prisão preventiva... As investigações continuam, pois, nesses casos, a prisão não é imprescindível. Depois de 5, ou 10 dias, se houver prorrogação, a Autoridade já deverá ter colhido a prova da materialidade do fato, a prova quanto à autoria já deve estar mais ou menos séria e, aí... é só pedir a decretação da prisão preventiva, “para assegurar a aplicação da lei penal...”

Aí o absurdo: prende-se o “indiciado” por um espaço-tempo julgado suficiente,

para em seguida, poder prendê-lo preventivamente...

Ademais, a medida é tão estúpida que, se realmente não houver necessidade para a sua decretação, nem haverá tempo para julgá-la, mercê de um *Habeas Corpus*: primeiro em face da exigüidade do tempo e, em segundo lugar, porque em sede de *Habeas Corpus*, normalmente, não se faz um exame analítico das provas...

5. Anotações sobre o flagrante

12. A palavra flagrante, de *flagrans*, *flagrantis*, significa aquilo que está queimando, ardendo em chamas. Flagrante delito, pois, é o delito que está “ardendo em chamas”, vale dizer, é o delito que está se consumando. Prisão em flagrante delito é a prisão daquele que é surpreendido cometendo uma infração penal.

Não obstante seja esse o seu preciso significado, o certo é que as legislações procuraram alargar um pouco esse conceito, estendendo-o a outras situações. Daí dizer o art. 302 do CPP que se considera em flagrante delito, *quem*: I) está cometendo a infração penal; II) acaba de cometê-la; III) é perseguindo, *logo após*, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração; IV) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, que façam presumir ser ele o autor da infração.

As duas primeiras modalidades são consideradas *flagrante próprio*, a terceira, *flagrante impróprio* ou *quase flagrante* e, finalmente, a última, *flagrante presumido*.

Quanto ao quase flagrante e flagrante presumido, a dificuldade maior está no significado das expressões “logo depois” e “logo após”. Impossível traduzí-las cronometricamente. A lei não fixa limites de tempo. A lei francesa usa da expressão “dans un temps voisin”, a italiana “immediatamente dopo”, ou

“poco prima”, e assim por diante. Aliás, a Corte de Cassação italiana, assim decidiu: “Non si richiede che il presunto reo non sia passato ad altri atti, *ma si esige solo che non sia trascorso tanto tempo da s'intende con l'espressione "immediatamente"*...(Cass., Sez. III, 3.3.50, Buda, *Giur. compl. Cass. pen.*, 1950, I, 2.713).

O art. 301 do CPP cuida do flagrante obrigatório, aquele que é efetuado pela Autoridade Policial ou seus agentes, e do facultativo, a cargo de particulares. Sujeito passivo da prisão em flagrante é, como bem diz o art. 301, “quem quer que seja”. Esta expressão, contudo, não é tão extensa quanto possa parecer. Nela não se incluem os magistrados e membros do Ministério Público, em se tratando de infrações afiançáveis, por força do que dispõem as Leis Orgânicas da Magistratura e do Ministério Público. Assim também, em se tratando de Senadores e Deputados Federais, em face do art. 53, § 1.º da CF, e, inclusive dos Deputados Estaduais, em razão da regra de extensão condida no art. 27, § 1.º da Lei Maior. E, se a pessoa que deve ser presa em flagrante for uma daquelas que gozam de imunidades penais e processuais (Chefes de Estado, Embaixadores, etc), pouco importará se a infração é, ou não, afiançável. Não haverá prisão. Mesmo porque, nos termos do art. 1.º, I, do CPP, o Código de Processo Penal a eles não se aplica.

Tratando-se de crime permanente, enquanto não cessar o estado antijurídico, o agente estará em estado de flagrância, pouco importando o tempo da sua duração. Se *A* seqüestra, *b* e *o* mantém em cativeiro, por exemplo, durante (três) 3 anos, quando for encontrado junto com vítima, será preso em flagrante. E a prisão é legal, uma vez que o agente estava consumando o crime... E nos crimes habituais? Nestes, há necessidade de uma pluralidade de atos, mas cada um deles, insuladamente, não constitui crime.

O conjunto sim. Daí se dizer que o crime habitual é a reiteração da mesma conduta reprovável. Exemplos: curandeirismo, manutenção de casa de prostituição, etc. Quanto a esses crimes, impossível a Autoridade ou quem quer que seja surpreender o agente cometendo o crime. Poderá surpreendê-lo praticando um ato reprovável. Não a conduta reiterada...

Conduzido o preso à Autoridade Policial, cumprirá a esta presidir à lavratura do auto de prisão de flagrante, ouvindo o condutor, as testemunhas se houver e, por último o conduzido. A inversão dessa ordem torna o auto, como peça coercitiva, absolutamente imprestável. Trata-se de formalidade *ad solenitatem*, mesmo porque a prisão em flagrante é a única que não é, nem pode ser, examinada previamente pelo Juiz.

Quantas testemunhas? O art. 304 do CPP fala em condutor e testemunhas. Logo... no mínimo duas. Sem embargo, o direito pretoriano tem considerado válido o auto de prisão em flagrante em que atuou apenas uma testemunha, sob o fundamento de que condutor é testemunha... Trata-se de correto entendimento. E por uma razão muito simples: se é possível a lavratura da prisão em flagrante na presença de duas testemunhas que tão-somente hajam assistido à apresentação do preso à Autoridade, com melhor razão, se houver uma testemunha ocular...

13. Concluída a lavratura do auto, cumprirá à Autoridade:

1) Conceder a imediata liberdade ao conduzido, se a hipótese subsumir-se na moldura do art. 321 do CPP; 2) Arbitrar o valor da fiança, em se tratando de contravenção punida com prisão simples ou crime apenado com detenção; 3) Fazer recolher o conduzido à cadeia, enquanto não prestar fiança, ou se a infração for inafiançável; 4) Fazer a comunicação incontinenti ao Juiz, sob pena de incidir na reprovação prevista na letra *c* do art. 4.º da Lei 4.898/65; 5) Fazer expedir a nota de culpa.

É possível lavrar-se o auto de prisão em flagrante sem a presença do conduzido? De regra, não. Mas, há situações curiosas. Pense-se na prisão de alguém, completamente embriagado, infringindo, assim, o disposto no art. 62 da Lei das Contravenções Penais. Como poderá ele ser ouvido? Pense-se na prisão de um surdo-mudo analfabeto, e sem ninguém para interpretar-lhe a mímica?

E quando se tratar de infração cometida em presença de Autoridade, ou contra, esta, no exercício de suas funções? Caber-lhe-à dar voz de prisão e presidir à lavratura do auto, nos termos do art. 307 do CPP. Qualquer autoridade? Não. A lei fala “em presença da Autoridade...” e não “de Autoridade”. Logo somente a Autoridade com poderes para presidir à lavratura do auto será a competente: vale dizer, Autoridade Policial ou Juiz. Se este pode mandar prender, pode prender...

Qual o momento para a lavratura do auto? O Código não diz. Mas, se se atentar para a circunstância de que, quando a prisão em flagrante é efetuada no território de outra comarca, deverá o condutor apresentar o conduzido *imediatamente* à autoridade local, nos termos do art. 290 do CPP, e, não havendo autoridade, deverá o condutor apresentar o conduzido à autoridade do lugar mais próximo, consoante a regra do art. 308 do CPP, parece óbvio que o auto deverá ser lavrado tão-logo seja possível, sem maiores delongas.

É possível a prisão em flagrante nas contravenções? A palavra *delito* está empregada na expressão “flagrante delito”, no sentido comum de infração e não no sentido específico de crime. Assim, nada impede o flagrante nas contravenções. Aliás, antes da Constituição de 1988, uma das formas comuns de se iniciar o procedimento contravencional era através do auto de prisão em flagrante, como se constata pela leitura do art. 531 do CPP que, embora revogado, continua no Código...

E se se tratar de crime de ação privada ou de ação pública condicionada à representação? Evidente que nestes casos, a Autoridade Policial somente poderá proceder a inquérito, desde que haja expresso pedido da vítima ou quem de direito, como se constata pelos §§ 4.º e 5.º do art. 5.º do CPP. Logo, parece claro não poder a Autoridade prender alguém se surpreendido cometendo uma dessas infrações, salvo, e é a única hipótese, se a vítima ou quem de direito, der a devida autorização. Nesse caso, deverá o titular do direito de queixa ou de representação ser ouvido no auto de prisão em flagrante.

14. Qual o fundamento da prisão em flagrante? Nos primeiros anos de vigência do CPP, o recolhimento do indiciado à cadeia, no caso de flagrância, salvo raríssimas exceções, previstas do art. 310 *caput* do CPP, era de rigor, por entender tratar-se de uma imediata e justificável reação contra aquele que violou a ordem jurídica. A prisão do infrator era exigência para a exemplaridade. Por outro lado, como na flagrância há evidência probatória quanto ao fato típico e autoria, justificava-se, também, a detenção daquele surpreendido em estado de flagrância, a fim de que a autoridade competente, com presteza, pudesse constatar a realidade fática, colhendo, sem tardança, a prova da materialidade do fato e da autoria. Com o passar dos anos, houve acentuada mitigação. Após a colheita da prova do fato e autoria, o indiciado permanecerá preso, se houver necessidade (art. 310, parágrafo único do CPP). Não havendo, a prisão poderá ser substituída, quase que imediatamente, pela fiança, e isto em determinadas hipóteses. E, em todas as outras, não havendo necessidade, salvo os crimes hediondos, prática de tortura, terrorismo, tráfico de drogas, sonegação fiscal, crime contra a economia popular, e contra o sistema financeiro, a prisão poderá ser substituída pela liberdade provisória vinculada àque- las obrigações de que fala o parágrafo

único do art. 310 do CPP. O procedimento para a obtenção desse benefício exige um pouco mais de tempo, porquanto, normalmente, o Juiz aguarda a conclusão do inquérito e a manifestação do Ministério Público para apreciar o pedido de liberdade.

6. Da liberdade provisória

15. De qualquer sorte, essa prisão processual, pelos intensos sofrimentos morais, físicos e materiais que produz, por sua larga duração e porque fere a um homem não definitivamente condenado, somente poderá ser admitida, nos casos de absoluta necessidade. Do contrário, não. Aliás, sempre houve, em todo o mundo, grandes preocupações em se procurar sucedâneos para a prisão processual, isto é, medidas que atinjam a mesma finalidade da prisão provisória, sem lesionar, tão intensamente, o *status libertatis* e *status dignitatis* do homem.

Daí falar-se em liberdade provisória, em contraposição à prisão provisória. Em determinadas hipóteses, o Estado permite a substituição da prisão provisória por garantias equivalentes, sem os malefícios do cárcere, tais como obrigação de comparecer em Juízo, sempre que necessário, a prestação de caução, etc. Fala-se então, em liberdade provisória. Diz-se provisória porque sujeita a condições resolutórias de natureza e caracteres diversos. Sendo assim, é evidente que a liberdade provisória pressupõe uma prisão provisória ou iminência de prisão provisória. Às vezes, a infração penal é tão insignificante, a pena cominada é tão pequena, que o Estado permite ao indiciado *livrar-se solto*, isto é, defender-se em liberdade. Nesses casos não se pode admitir prisão provisória. Atente-se para o art. 321 do CPP.

Outras vezes, havendo prisão em flagrante, dê-se que se demonstre a não presença de qualquer das condições que autorizam a prisão preventiva (art. 312

do CPP), convola-se a prisão provisória em liberdade provisória, vinculada à obrigação de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único do CPP).

Em algumas hipóteses (a grande maioria, por sinal), admite-se possam as prisões em flagrante, resultante de pronúncia ou de sentença penal condenatória recorrível, ser substituídas por uma caução. É a fiança. Outras vezes, nessas mesmas hipóteses, o indiciado, ou réu, é pessoa pobre e, por isto mesmo não pode prestar fiança. Nessa hipótese o Juiz concede-lhe a liberdade provisória, independentemente de fiança, sob determinadas condições, nos termos do art. 350 do CPP.

7. Da fiança — As hipóteses de infiançabilidade

16. Quando cabe a fiança? Em que hipótese é ela admitida? Qual o seu valor? Qual a sua finalidade?

O CPP não diz quando cabe a fiança. Diz quando ela não é cabível. Assim, sabendo-se quando ela é inadmitida, obviamente se conclui quando será permitida. Repita-se: fiança é um sub-rogado da prisão em flagrante, da prisão resultante da pronúncia ou da prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível. Há, por outro lado, por razão lógica, incompatibilidade absoluta entre ela e a prisão temporária e a prisão preventiva.

O CPP, no art. 323, I, dispõe não ser permitida a fiança, “quando a pena de reclusão cominada ao crime for, no seu grau mínimo, superior a 2 anos”. Praticamente tal disposição estende o instituto da fiança à grande maioria das infrações penais, uma vez que, num ou noutro caso, a pena mínima ultrapassa os (dois) 2 anos. Por outro lado, é bom que se frise, a disposição legal restringe a fiança aos crimes apenados com reclusão. Sendo de detenção a pena cominada, pouco importa o mínimo... Aliás, ao que parece,

não há crime apenado com detenção com a pena mínima superior a (dois) 2 anos.

E se forem duas ou mais infrações apenadas com reclusão, em concurso material? Segundo a Súmula 81 do STJ, “não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão”. *Data venia*, entendemos que as infrações devem ser consideradas individualmente, porquanto o legislador, ao permitir a fiança, teve em vista, apenas e tão-somente, a gravidade da infração. Um crime, cuja pena de reclusão tenha o seu mínimo fixado acima de (dois) 2 anos, é de inafastável gravidade. Não o será, entretanto, se o mínimo não ultrapassar os (dois) 2 anos. Assim, se o legislador teve em mira a gravidade da infração, e não o montante da pena, não se pode admitir a soma. Observe-se que o legislador estabeleceu no art. 119 do CP que “no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”... Estivesse o legislador preocupado com o montante da pena, não teria permitido fosse cada crime considerado individualmente, para efeito de extinção da punibilidade. *Mutatis mutandis* é o que se dá com os crimes em concurso material, para efeito de fiança.

O inc. II do art. 323 do CPP declara inafiançáveis as *contravenções previstas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções*. Assim, as demais contravenções ali previstas são afiançáveis. E a contravenção do jogo do bicho? Há dois entendimentos: a) a Lei 6.416/77, no seu art. 2.º, alterou dispositivos do CPP, inclusive este de que se trata. Anteriormente, o inc. II do art. 323 aludia às contravenções previstas nos arts. 58, 59 e 60 da Lei das Contravenções. Assim, em face do novo diploma, parece que o legislador quis tornar inafiançáveis, apenas as previstas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções. Todas as demais, previstas, ou não, naquelas diploma, comportariam fiança;

b) o art. 323, II, do CPP, realmente, na sua feição original de 1941, incluía, também, no seu rol, a contravenção do jogo do bicho, tipificada no art. 58 da Lei das Contravenções e, por isso, quando da elaboração da Lei 6.416/77, sabendo o legislador que tal contravenção não mais estava prevista na lei das Contravenções Penais, e sim, com o mesmo número (art. 58), no Dec. Lei 6.259, de 10.02.44, limitou-se a corrigir o inc. II do art. 323 do CPP, mantendo inafiançáveis as contravenções ali citadas, com exclusão da pertinente à do jogo do bicho, porquanto não mais estava tratada na Lei das Contravenções, e o inc. II do art. 323 fala das contravenções previstas na Lei das Contravenções Penais.

Parece-nos, não obstante nosso entendimento anterior, ser ela inafiançável, porquanto o inc. II do art. 323 do CPP refere-se às contravenções previstas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções... e a pertinente ao jogo do bicho está tratada no art. 58 do Dec. Lei 6.259, de 1944, cujo, art. 59, proclama-lhe a inafiançabilidade...

É verdade que a Lei das Contravenções, no seu art. 58, até hoje... cuida do jogo do bicho. Pouco importa. Aquela figura típica foi trasladada daquele diploma para o Dec. lei 6.259/44, com o mesmo número (art. 58). É que o nosso legislador tem o mau vício de ir procedendo às alterações dos Códigos, mantendo os textos revogados. Observe-se que até o CPP fala em “Tribunal de Apelação”...

Quanto à contravenção sobre apostas sobre corridas de cavalo feitas fora do hipódromo, prevista no art. 60 do Dec. Lei 6.259, de 10.2.44, é inafiançável, por força do art. 9.º, § 2.º, da Lei 7.291, de 19.12.84. Note-se que esse diploma é posterior à Lei 6.416/77...

O inc. III do art. 323 do CPP cuida da inafiançabilidade dos “crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em

“julgado”. Crime doloso, diz a lei. Pouco importa se apenado com reclusão ou detenção. Pouco importa, também, seja a pena aplicada ou cominada. Assim, se *B* foi condenado por infringência do art. 155 do CP, com a convalidação da reclusão em multa, em face do § 2.º do mesmo artigo, e transitada em julgado tal decisão, vier a cometer outro crime doloso, não poderá prestar fiança. E se a primeira condenação ocorreu há mais de oito anos? Há quem entenda persistir a inafiançabilidade. Não nos parece. Se o nosso Código admite a prescrição da reincidência (benefício muito mais amplo), não faz sentido não admitir tal prescrição, também, para a hipótese tratada no inc. III do art. 323 do CPP. Se a lei permitiu o *mais*, não pode deixar de permitir o *menos*.

Outra hipótese de inafiançabilidade vem prevista no inc. IV do art. 323 “em qualquer caso se houver prova de ser o réu vadio”.

Finalmente, o inc. V do art. 323 do CPP: “nos crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça”. A disposição legal cuida de duas hipóteses: a) crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público e b) crimes punidos com reclusão cometidos com violência ou grave ameaça. Quanto à segunda hipótese, o texto não oferece maior dificuldade. Assim, uma lesão corporal grave, malgrado tenha a sua pena mínima fixada em um ano, é inafiançável por se tratar de crime punido com reclusão e cometido com violência. Já na primeira hipótese, os exemplos tornam-se difíceis, mesmo porque os crimes que provocam clamor público são aqueles cuja pena mínima nem permite a fiança. Pense-se, numa cidade pequena, um estupro de uma criancinha, um parricídio, etc. Mas, tais crimes são inafiançáveis não pelo clamor público que possam causar, e sim, porque a pena mínima é superior a

dois anos... Note-se que clamor público, aí, está no sentido de indignação, revolta, comoção. A não ser que pense no furto da Madona de Cedro... que comocionou e traumatizou aquela comunidade...

O art. 324 do CPP trata, também, de outras hipóteses de inafiançabilidade: 1) “aos que no mesmo processo tiverem quebrado fiança anteriormente concedida, ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350 do CPP”. Quando se presta fiança, a pessoa beneficiada fica obrigada a cumprir certas obrigações previstas nos arts. 327, 328 e 341, última parte, todos do CPP. Se houver descumprimento de qualquer dessas obrigações, a fiança será havida por quebrada, a teor do art. 341 do CPP e, por isso, se o beneficiário, por acaso, pretender prestar nova fiança, no mesmo processo, não o conseguirá. Assim, também, quando o Juiz concede a liberdade provisória sem fiança àquele impossibilitado economicamente de prestá-la, submetê-lo-à a uma série de obrigações. Se vier a descumprir qualquer uma delas, a fiança fica sem efeito e, ainda que o indiciado ou réu pretenda prestar fiança (no mesmo processo, é claro), não poderá fazê-lo; 2) “Em caso de prisão por mandado do Juiz doível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar”. Em se tratando de prisão civil (alimentante inadimplente, depositário infiel, etc), decretada precisamente para compelir o cidadão a cumprir determinado ato, seria um não senso a prestação da fiança. Idem em se tratando de prisão disciplinar. Quanto à prisão militar, a prestação da fiança nem faz sentido, porquanto não prevista no CPP Militar. Respeitante à prisão administrativa decretada, também, para compelir a pessoa a praticar determinado ato, ou cautelarmente, no caso de expulsão ou extradição, a prestação da fiança, ou anularia toda a força da autoridade, ou, então, no caso de expulsão ou extradição tornaria difícil de cumprimento a decisão da Justiça.

Há quem entenda que a prisão administrativa não mais existe, em face do que dispõe o art. 5.º, LXI, da CF. Na verdade a Constituição não permite que outra autoridade que não o Juiz possa expedir ordem de prisão. Sob esse aspecto, sim. Contudo nada impede possa a Autoridade Administrativa, nos casos previstos em lei, requerer ao Juiz a decretação da prisão. Sabemos que o Ministro da Justiça, na fase do inquérito administrativo podia determinar a prisão administrativa do extraditando ou expulsando. Hoje não pode mais. Nem por isso tal modalidade de prisão se extinguiu... O Ministro da Justiça encaminha o pedido, devidamente formalizado, ao STF, e caberá, então, ao Ministro Relator sorteado, decretar, ou não a medida odiosa; 3) "Ao que estiver no gozo da suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança". Assim, se o indiciado estiver no gozo do *sursis* por lesão grave, furto, estelionato ou outro crime que admita o benefício, vindo a cometer nova infração penal, somente poderá prestar fiança se essa nova infração for culposa, ou se se tratar de contravenção que admita fiança; 4) "Quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP)". Pouco importa saber se, em tese, a infração autoriza a fiança. Se presente um dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (perturbação da ordem pública, embaraço criado na colheita da prova durante a instrução criminal, ou demonstração de que pretende fugir, a eventual execução da pena), descabe a fiança. Contudo, é preciso muita sensibilidade do Juiz. Assim, por exemplo, se o réu fizer jus ao "*sursis*", por que impedi-lo de prestar fiança? Se a infração será punida com multa, por que impedi-lo de prestá-la?

Ao lado dessas hipóteses de inafiançabilidade, há outras. A Magna Carta, no art. 5.º, LXII, prevê a inafiançabilidade

dos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Estes estão previstos na Lei 8.072, de 25.7.90. Em seu art. 2.º dispõe esse diploma legal: "os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de fiança".

A denominada Lei do Colarinho Branco (Lei 7.492, de 16.6.86), dispõe no seu art. 31, que os crimes nela previstos e punidos com reclusão, não admitem a prestação de fiança e o apelo em liberdade, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autorize a prisão preventiva. O legislador, nesse dispositivo, disse apenas o óbvio...

Inafiançáveis são, também, os crimes contra a fauna, nos termos do art. 34 da Lei 5.197, de 3.1.67, com a redação dada pela Lei 7.653, de 12.2.88.

Observe-se que a fiança pressupõe um estado coercitivo ou iminência de estado coercitivo, vale dizer: somente poderá ser prestado, se a pessoa estiver presa, ou na iminência de o ser. Assim, se alguém for preso em flagrante, pronunciado ou condenado em sentença recorrível, dêis que a hipótese comporte fiança, ela poderá ser prestada. Não assim, se a hipótese não a comportar ou, se se tratar de prisão temporária ou de prisão preventiva. Nesses dois últimos casos, em face da absoluta incompatibilidade existente. Idem, em se tratando de prisão civil, disciplinar ou administrativa.

17. Que é a fiança? É um sucedâneo de determinadas prisões processuais. É um sub-rogado da prisão em flagrante, da prisão resultante de pronúncia e de prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, nas hipóteses previstas em lei. Além de ser um sub-rogado de determinadas prisões provisórias, ela visa a assegurar, na hipótese de condenação, o pagamento das custas do processo, eventual multa, e na medida do possível

serve, também, para a satisfação do dano *ex delicto*.

Ao tempo do Império havia a fiança provisória. Prestada a fiança, e posta a pessoa em liberdade, procurava a Autoridade, após avaliação do bem caucionado (que às vezes demorava), saber se ele correspondia, ou não, ao valor arbitrado. Em caso positivo, a fiança se convolava em definitiva. Em caso negativo, a fiança podia ser revogada... Hoje já não mais existe fiança provisória. Por isso mesmo diz o art. 330 do CPP: "A fiança que será sempre definitiva..." A avaliação, se for o caso, se faz de imediato... Se bem que, em face dos valores da nossa fiança, nunca vi um caso em que alguém houvesse prestado fiança com outro bem que não o papel moeda...

Ela consiste em dinheiro ou valores outros, nos termos do art. 330 do CPP. Prestada a fiança, e uma vez lavrado o respectivo termo em livro próprio, o indiciado ou réu assume uma série de obrigações, como se vê pelo art. 329, parágrafo único do CPP. Trata-se de uma maneira de se substituir a prisão provisória por um determinado bem. Evidente que o indiciado ou réu não vai querer perder o bem dado como garante. Por isso mesmo, procura ele cumprir as obrigações que lhe forem impostas, para que a fiança não seja quebrada, com a conseqüente perda da metade do seu valor e, o que é mais grave, com a obrigação de ser recolhido à prisão.

Trata-se de uma maneira civilizada de se substituir a prisão daquele não definitivamente condenado por um determinado bem. Evidente, por outro lado, que a fiança para poder atuar como sucedâneo da prisão provisória deve ser considerável, a fim de que o indiciado ou réu sinta todo o peso da responsabilidade por eventual descumprimento das obrigações assumidas. Basileu Garcia dizia que o seu valor não devia ser muito alto de molde a se tornar impossível ao réu prestá-la. Discordamos. Deve ser bem

alto, precisamente para que o beneficiário saiba que aquele valor está substituindo sua prisão e, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, implicará perda da metade do valor dado como garante e, ao mesmo tempo, seu recolhimento ao cárcere. Tratando-se de pessoa pobre, cabe ao Juiz conceder-lhe a liberdade provisória sem fiança, exigindo-lhe, tão-somente, obediência àquelas exigências de que trata o art. 350 do CPP.

8. Limites da fiança

18. Qual o valor da fiança? Em face da Lei 7.780, de 22.6.89 e da Lei 7.789, de 3.7.89, substituindo o Salário Mínimo de Referência pelo BTN, esses os valores da fiança: 1) se a pena cominada à infração, no seu grau máximo, não ultrapassar dois anos, a fiança oscila entre 40 a 200 BTN; 2) a fiança será de 200 a 800 BTN, quando se tratar de infração punida, no seu máximo, com (quatro) 4 anos; 3) será de 800 a 4.000 BTN, quando a pena máxima for superior a (quatro) 4 anos.

O Governo aboliu os BTN. Seu último valor, de 30.1.91, era de 126,8621. Note-se que nos termos do art. 5.º da Lei 8.177, de 1.3.91, "a partir de 1.º de março de 1991, o valor nominal... dos BTN será atualizado, no primeiro dia de cada mês, por índice calculado com base na TR referente ao mês anterior". Assim, para facilitar a feitura do cálculo, procura-se o valor do BTN já atualizado pela TR do 1.º dia do mês anterior. Encontrado o valor, multiplica-se pelo número de BTN exigido como caução, e aí estará o seu valor. Os jornais das Capitais dos Estados publicam esses valores, diariamente, na seção de finanças ou economia. Vamos a um exemplo: hoje é 1.º.6.94. O Juiz arbitrou uma fiança em 100 BTN. Procura-se o valor do BTN do mês anterior, no caso, maio de 1994, que era de 731,9741. Multiplicando-se esse

valor por 100 (número de BTN arbitrado), teremos CR\$ 73.197,41 (setenta e três mil, cento e noventa e sete cruzeiros reais e quarenta e um centavos).

Tratando-se de crime de sonegação fiscal ou contra a economia popular a fiança oscila entre 10.000 a 100.000 BTN, nos termos do art. 325, § 2.º, II do CPP.

Conhecida a regra tarifária, restará à Autoridade competente dosar o *quantum* da fiança, individualizando-a. Da mesma forma que o Juiz deve individualizar a pena, cumpre, também, à Autoridade competente particularizar o valor da fiança, jamais se deslembrando que ela deve representar uma garantia equivalente à prisão processual que ela vai substituir.

Para individualizá-la, o art. 326 e os § 1.º e 2.º do art. 325, todos do CPP, ministram as regras necessárias. Deverá a Autoridade atentar para a natureza da infração (pena máxima cominada), as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do indiciado ou réu, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento. Alie-se a isto a circunstância apontada na última parte do art. 326 do CPP: o valor da caução servirá, também, para o pagamento da indenização do dano *ex delicto* e eventual multa, na hipótese de condenação.

Se o valor da fiança não for suficiente para atender a tais exigências, deixará ela de ser um sub-rogado da prisão provisória, nos casos previstos em lei, para adquirir um sabor de burlesco e ridicularia, com indisfarçável desprestígio para a dignidade da Justiça. Na prática, conhecida a pena cominada à infração, limita-se a Autoridade a analisar as condições pessoais de fortuna e a vida pregressa do indiciado ou réu. Observe-se: atenta-se para a situação de quem vai ser beneficiado e não daquele que presta a fiança.

Dependendo da situação econômica do

indiciado ou réu, a fiança poderá ser reduzida até o máximo de dois terços, seja pela Autoridade Policial, nos limites da sua competência, seja pelo Juiz. Pode, também, em razão dessa mesma situação econômica, ser aumentado o valor até o décuplo. Nesse caso, somente o Juiz é que poderá fazê-lo, nos termos do item II do § 1.º do art. 325 do CPP.

Em se tratando de fiança fixada na Lei 6.368, de 21.10.76, será ela atualizada, nos termos e forma estabelecidos no seu art. 30, § 2.º.

Nos crimes contra a economia popular ou sonegação fiscal, o valor da fiança oscila entre 10.000 a 100.000 BTN. Como os BTN se extinguíram em janeiro de 1991, considera-se o último valor do BTN em janeiro de 1991 (126,8621), atualizando-o, conforme esclarecido.

Nesses crimes, por força do item III do § 2.º do art. 325 do CPP, em face da situação econômica do indiciado ou réu, o limite mínimo ou máximo da fiança poderá ser reduzido, pelo Juiz, em até nove décimos ou aumentado até o décuplo.

9. Autoridade competente para arbitrar o valor da fiança

19. A fiança é arbitrada pelo Juiz. Contudo, na hipótese de flagrante, tratando-se de crime apenado com detenção (exceto sonegação fiscal e crime contra a economia popular) ou prisão simples, poderá fazê-lo a Autoridade Policial, nos termos do art. 322 *caput*, c/c o item I do § 2.º do art. 235 todos do CPP.

10. Extinção

20. A fiança se extingue de várias maneiras: pelo quebramento, perdimento, cassação, ou, então, quando fica sem efeito.

Dá-se o quebramento, quando o afiançado descumpre os ônus processuais que lhe foram impostos quando da concessão

da fiança, e aos quais fazem referência os arts. 327, 328, 329 e 341, todos do CPP. O quebramento implica perda da metade do seu valor em benefício do Estado (na hipótese de crime da alçada estadual), ou da União, em se tratando de infração da alçada federal, e a obrigação do indiciado ou réu recolher-se à prisão, nos termos do art. 343 do CPP.

Julgada quebrada a fiança e recolhido o indiciado ou réu à prisão, devolve-se metade a quem a prestou e a outra metade servirá para as despesas processuais e outros encargos a que estiver obrigado o afiançado e, se houver saldo, este será recolhido ao Tesouro Nacional, por meio de depósito na Caixa Econômica Federal ou Banco do Brasil, ou, sendo da alçada estadual o crime, na Caixa Econômica Estadual ou Banco do Estado.

Dá-se o perdimento, quando, condenado, não se apresentar à prisão. Nesse caso, nos termos do art. 345 do CPP, pagas as despesas e outros encargos, o que sobejar será recolhido aos cofres públicos.

A fiança também se extingue pela cassação, nos termos dos arts. 338 e 339 do CPP. São duas hipóteses: a) se a fiança concedida não for cabível, será cassada em qualquer fase do processo. Exemplo: a Autoridade Policial arbitrou fiança num crime de lesão corporal grave. Será ela cassada. Primeiro porque se trata de crime apenado com reclusão e a Autoridade Policial não tinha, como não tem, competência para o arbitramento. Segundo, porque nesse caso, em face do inc. V do art. 323 do CPP, tal infração é inafiançável; b) se houver inovação na classificação do delito. Exemplo: a Autoridade Policial julgou tratar-se de lesão leve e arbitrou a fiança. Na denúncia o Ministério Público entendeu tratar-se de lesão grave e pediu a cassação da fiança. Também se alguém for denunciado por crime afiançável, e, na sentença, houver desclassificação para um crime inafiançável, a fiança será cassada.

Nesse caso, a fiança será restituída a quem a prestou, e o indiciado ou réu recolhido à prisão. Dependendo do caso concreto, nada obsta possa ele ser beneficiado com a regra do parágrafo único do art. 310 do CPP, dès que não esteja presente qualquer dos motivos que autorizam a preventiva, e sua prisão tenha sido em razão de flagrante.

11. Fiança sem efeito

21. Embora a cassação da fiança a torne sem efeito, o certo é que o CPP fala, especificamente, em fiança sem efeito, nos arts. 337 e 340, parágrafo único. Assim, sem efeito ficará a fiança, se cassada, nos termos dos arts. 338 e 339 do CPP; sem efeito, ainda, se, na hipótese do art. 340, I, II e III do CPP, não houver reforço. Observe-se que o art. 581, V, do CPP, não fala em fiança sem efeito, e sim em inidoneidade da fiança. Por outro lado, falando aquele dispositivo em cassação da fiança e na sua inidoneidade, e não cuidando da fiança sem efeito, conclui-se que fiança inidônea é aquela que, não reforçada, tal como exige o parágrafo único do art. 340 do CPP, ficou sem efeito.

12. Reforço

22. Às vezes, a Autoridade, ao arbitrar o *quantum* da fiança, o faz sem maiores exames, tornando-a insuficiente; outras vezes, há uma depreciação ou perecimento dos bens caucionados ou hipotecados; pode, também, a infração ser objeto de inovação. Dá-se este último caso, quando da denúncia ou sentença houver uma qualificação jurídico-penal diversa, sem tirar o caráter de afiançável da infração, mas, de maneira a aumentar o valor do garante, tendo em vista a pena máxima. Assim, se em face da inovação, o delito passa a ser outro, alterando, desse modo, o valor do garante (atente-se para o art.

325 do CPP), a fiança deverá ser reforçada. Em todas essas hipóteses, será o indiciado ou réu, ou quem por ele prestou fiança, notificado a reforçá-la. Não o fazendo, a fiança, em face da sua inidoneidade, fica sem efeito e a consequência será a devolução do bem caucionado e o recolhimento do indiciado ou réu à prisão. Nesses casos, também, nada obsta se valha o interessado da regra contida no parágrafo único do art. 310 do CPP, se a prisão se deu em decorrência de flagrante.

13. Fiança sem objeto

23. Diz-se que a fiança fica sem objeto, quando houver absolvição com trânsito em julgado, ou quando for julgada extinta a punibilidade, nos termos do art. 337 do CPP. Evidente, também, que ela perderá o seu objeto se houver arquivamento do inquérito. Nesses casos, caberá a quem a prestou requerer ao Juiz sua restituição, devidamente atualizada. Quando se presta uma fiança, é dever da Autoridade competente fazê-la recolher em conta sujeita a juros e correção,

mesmo porque, na hipótese de a fiança perder seu objeto, quem a prestou não sofrerá prejuízo, em face da inflação que a todos sufoca. Por outro lado, se o processo se arrastar por algum tempo, e houver condenação, o valor original da fiança nem servirá para pagamento das custas. E, nesse caso, seria de uma insensatez sem nome, exigir-se do réu a complementação daquele valor defasado para pagar custas e cobrir outras eventuais despesas.

14. Condenação

24. E se o réu for condenado? Pagas as custas, se for o caso, eventual multa e satisfação do dano, o que sobejar (!!!) será restituído a quem a prestou.

15. Execução

25. Se a fiança consistiu em depósito de pedras, metais ou outros bens de valor, caberá ao Juiz das Execuções Penais determinar sua avaliação e venda, por meio de leilão ou corretor. Se se tratar de hipoteca, ao órgão do Ministério Público para a sua execução cível.