

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

JOÃO PAULINO DA SILVA

**O HIPOSSUFICIENTE E A DISPENSA DA FIANÇA
CRIMINAL PELA AUTORIDADE POLICIAL:
ENFOQUE CONSTITUCIONAL E LEGAL**

MARÍLIA
2012

JOÃO PAULINO DA SILVA

**O HIPOSSUFICIENTE E A DISPENSA DA FIANÇA
CRIMINAL PELA AUTORIDADE POLICIAL:
ENFOQUE CONSTITUCIONAL E LEGAL**

Dissertação apresentada ao Curso do Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA
2012

SILVA. João Paulino da.

O hipossuficiente e a Dispensa da Fiança Criminal
Pela Autoridade Policial: Enfoque Constitucional e legal /
João Paulino da Silva; orientador: Prof. Dr. Edinilson
Donisete Machado. Marília, SP: [s.n.], 2012.
113 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Eurípedes de Marília – Fundação de Ensino
Eurípedes Soares da Rocha.

1. os princípios constitucionais e a colmatação com a fiança
criminal e a liberdade provisória. 2. fiança criminal –
detalhamento do instituto. 3. fiança criminal, reconhecida
hipossuficiência, possibilidade da dispensa pela própria
autoridade policial.

CDD: 341.43

ATA DE DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO DE JOÃO PAULINO DA SILVA,
ALUNO DO PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

**O HIPOSSUFICIENTE E A DISPENSA DA FIANÇA
CRIMINAL PELA AUTORIDADE POLICIAL:
ENFOQUE CONSTITUCIONAL E LEGAL**

ORIENTADOR: Prof. Dr. Edilson Donisete Machado _____

1º EXAMINADOR: Prof. Dr. _____

2º EXAMINADOR: Prof. Dr. _____

DEDICO

ao meu *Deus*, que é o meu refúgio, a minha fortaleza em quem sempre confiarei;

à minha querida esposa *Elaine Oberg*, pelo incentivo e estímulo;

aos meus filhos *Pauline e Fábio Oberg*, motivo de orgulho por quem lutamos e nos esforçamos, *sempre*.

AGRADECIMENTOS

Meus efusivos agradecimentos ao Professor Doutor Edinilson Donisete Machado, meu sábio orientador, pessoa culta e possuidora da virtude da simplicidade e paciência. A todos os ilustres professores da UNIVEM pelos ensinamentos e transmissão de experiências positivas ao longo do curso, cabedal de conhecimentos que necessitava para a realização deste sonho antigo. Ao Doutor André Luis Luengo, digna autoridade policial pelas primorosas sugestões e incentivo e, principalmente, àquele que habita no esconderijo do Altíssimo em cuja sombra onipotente descansamos e nos refugiamos e quem nos fornece forças suficientes para conquistas dessa magnitude.

SILVA, João Paulino da. O hipossuficiente e a dispensa da Fiança Criminal pela Autoridade Policial: Enfoque Constitucional e Legal. 2012. 113f. Trabalho de Curso de Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” – UNIVEM, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

RESUMO

O trabalho faz uma análise criteriosa consubstanciada na ausência de uma política processual penal consentânea ante aos infratores juridicamente pobres. Foca pontos cruciais da linha de pesquisa que avança à prisão e às modalidades de liberdade provisória corroborando com a idéia de que ainda persistem práticas processuais discriminatórias atualmente entre infratores com poderio econômico e aqueles com histórico de miserabilidade, quando da prática de crimes afiançáveis. Aponta que a situação de insolvência pode levar o pobre que recebeu do juiz a liberdade provisória após dias de cárcere, a uma outra condenação no final do seu processo mesmo que seja ela pena restritiva de direitos, ocorrendo a duplicidade de sanções num mesmo processo. Mostra o trabalho, que os dias no cárcere sói ocorrer porquanto não têm as autoridades policiais a prerrogativa de dispensar o preso hipossuficiente do pagamento da caução, exclusividade dos juízes. Denota que o infrator dotado de posses não permanecerá segregado e, se conseguir amealhar provas convincentes no decorrer do seu persecutório, poderá nem mesmo conhecer no fim veredicto desfavorável. O trabalho demonstra que as autoridades policiais podem decretar a prisão e soltura do preso que pagou a fiança, mas não podem decretar a dispensa do recolhimento aos presos sem recursos financeiros. Verifica por meio de ampla pesquisa científica que não há prejuízo para a justiça a soltura imediata do infrator miserável e nem anormalidade em se averiguar a situação econômica da pessoa presa. Aponta que qualquer defesa em contrário, pode soar como vaidade dos críticos interessados. Arremata que da forma como a prisão e a liberdade provisória vêm sendo manejadas pelos operadores do direito hodiernamente, regras principiológicas constitucionais podem estar sendo infringidas, dentre elas, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da presunção de inocência e o princípio da igualdade. O trabalho considera, por fim, que a jurisprudência pode solucionar tais equívocos da lei processual penal interpretando e dotando as autoridades policiais da prerrogativa de poder dispensar o pobre da recolha da fiança, evitando-se a pontuação de injustiças e obedecendo-se aos princípios constitucionais.

Palavras-Chave: crime afiançável, fiança criminal, hipossuficiência, dispensa, autoridade policial, liberdade provisória.

SILVA. João Paulino da. O hipossuficiente e a dispensa da Fiança Criminal pela Autoridade Policial: Enfoque Constitucional e Legal. 2012. 113f. Trabalho de Curso de Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” – UNIVEM, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

RESUMEN

En este trabajo se hace un análisis detallado de manifiesto la inexistencia de una política coherente de procedimiento penal en contra de los infractores legalmente pobres. Se centra en los puntos clave de la investigación que adelanta los procedimientos penitenciarios y la libertad condicional para corroborar la idea de que el procedimiento prácticas discriminatorias todavía existen hoy en día entre los delincuentes con poder económico y los que tienen una historia de miseria cuando los crímenes bailable. Los puntos que pueden conducir a la insolvencia pobre recibió la libertad bajo fianza del juez después de días de prisión a otra condena al final de su proceso, aunque vale la pena que restringen los derechos, que se produce la duplicación de las sanciones en el mismo proceso. Muestra el trabajo, que con frecuencia se produce días en la cárcel porque la policía no tiene la prerrogativa de renunciar a la hipossuficiente prisionero fue pagado el depósito, exclusivo de los jueces. Indica que el delincuente no dotados de posesiones permanecen segregados y, si se puede acumular evidencia convincente en el curso de su persecución, ni siquiera saben con el fin veredicto desfavorable. El trabajo demuestra que las autoridades policiales pueden declarar la detención y liberación de la fianza detenido publicado, pero no puede aprobar la exención del pago de los presos sin recursos económicos. Verificado a través de una extensa investigación científica que no existe un perjuicio a la justicia la inmediata puesta en libertad del delincuente y miserable o anormalidad en la determinación de la situación económica de la persona detenida. Señala que cualquier defensa de lo contrario, pueden sonar como la vanidad de los actores críticos. Llega a la conclusión de que la forma de la prisión y libertad condicional han sido gestionados por los operadores de la hodiernamente derecho, las normas constitucionales principiológicas puede estar siendo violado, entre ellos, el principio de la dignidad humana, el principio de presunción de inocencia y el principio de igualdad. El documento considera, finalmente, que la jurisprudencia puede resolver malentendidos de derecho procesal penal y la interpretación que da a la policía la facultad de renunciar a la colección privilegio de libertad bajo fianza pobres, evitando las puntuaciones de las injusticias y la obediencia a los principios constitucionales.

Palabras clave: crimen afiançável, la fianza penal, hipossuficiência, la autoridad renuncia libertad bajo fianza.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A COLMATAÇÃO COM A FIANÇA CRIMINAL E A LIBERDADE PROVISÓRIA	16
1.1. a presunção de inocência como princípio constitucional	19
1.2. o princípio da dignidade e os direitos da pessoa humana	23
1.3. o princípio da igualdade e o hipossuficiente	26
1.3.1 análise dos direitos fundamentais e dos princípios penais constitucionais	30
1.3.2 princípio constitucional da subsidiariedade, da fraternidade e do direito penal solidário	37
CAPÍTULO II - FIANÇA CRIMINAL – DETALHAMENTO DO INSTITUTO	45
2.1 aspectos preliminares do instituto da fiança criminal	45
2.2 esboço histórico do instituto da fiança e da liberdade provisória	46
2.3 natureza jurídica do instituto da fiança criminal e da liberdade provisória	50
2.4 distinção entre o instituto da fiança criminal e a liberdade provisória	52
2.5 sistema de liberdade provisória pátrio e o direito comparado	56
2.6 distinção entre o instituto da fiança criminal e a fiança do código civil	60
2.7 evolução do instituto da fiança no ordenamento processual penal brasileiro	65
2.8 da comunicação do auto de prisão em flagrante e as providências do magistrado	69
2.8.1 hipótese em que o indiciado livrou-se solto independentemente de fiança	70
2.8.2 a comunicação do flagrante em que o indiciado livrou-se solto após recolher o valor da fiança	71
2.8.3 a comunicação do flagrante em que o delegado de polícia reconheceu excludente de ilicitude	72
2.8.4 a comunicação do flagrante em que o delegado de polícia deixou de fixar fiança	74
2.9 fiança criminal e o momento ideal para sua prestação	75

2.9.1 a lei n. 12.403/11 e os delitos inafiançáveis _____ 78

2.9.2 a lei n. 12.403/11 e alguns dos delitos afiançáveis _____ 79

**CAPÍTULO III - FIANÇA CRIMINAL, RECONHECIDA HIPOSSUFICIÊNCIA,
POSSIBILIDADE DA DISPENSA PELA PRÓPRIA AUTORIDADE
POLICIAL _____ 83**

3.1 fiança criminal a ser fixada pelo delegado – mecanismos de cálculo de penas _____ 92

3.1.1 procedimento no caso de infração penal tentada com pena máxima superior a 4 anos _____ 92

3.1.2 procedimento nos casos de concurso material de crimes _____ 93

3.1.3 procedimento nos casos de crime continuado _____ 94

3.1.4 procedimento nos casos de concurso formal de crimes _____ 95

3.2 fiança ainda é entrave à liberdade de réu pobre _____ 97

CONSIDERAÇÕES FINAIS _____ 101

BIBLIOGRAFIA _____ 109

INTRODUÇÃO

A recepção e solução de complexos casos policiais, costuma denotar a faceta da lei que com o objetivo de semear justiça por meio da ciência do direito, muitas vezes ministra doses de remédio exacerbadamente. Esse excesso, de fato, surte mais efeitos negativos do que positivos, afinal, o direito existe como meio a alcançar aquilo que se imagina por justo.

A sociedade brasileira não quer que seus algozes se submetam a penas que possam ser compreendidas como sacrifícios extremos. Isso é fato, basta ver que o ordenamento jurídico pátrio não fomenta a possibilidade da pena de morte, da pena de prisão perpétua e nem o banimento.

A única manifestação da opinião pública em casos clamorosos é para que o autor do crime pague pela sua conduta vilipendiosa e que se promova a justiça.

Poder-se-ia entender com isso, que a sociedade quer o afastamento e a prisão do infrator, ou seja, a retirada dele do meio social pelo tempo suficiente à sua recuperação. Depois disso, pode ser reintegrado.

Essa questão do tempo de prisão merece uma reflexão. Não existe pesquisa médica ou qualquer outro estudo científico capaz de indicar com precisão que o autor de um homicídio simples, por exemplo, deva permanecer afastado da sociedade entre seis e vinte anos para regenerar-se. Não há fundamentação teórica nem base científica coerente e concreta sobre este tema.

Ipsa facto, a estipulação do tempo de prisão fica jungida às análises do julgador.

Outro tema intrigante é a questão da interpretação da norma penal. O legislador, por vezes, expressa-se de forma rebuscada, tornando complexo ao homem médio o entendimento. Até mesmo os tribunais superiores divergem em determinados temas jurídicos e o referencial são as jurisprudências conflitantes.

Em que pesem as inconsistências da lei, o fato é que se houver condenação com fulcro na interpretação da obscura norma, ainda assim o infrator deve aceitá-la e acatá-la, malgrado esteja ciente de que o exercício da interpretação do texto jurídico tem práticas implícitas e intuitivas.

O processo mental de interpretação da norma deve atingir um resultado final seguro e que se aproxime da justiça almejada.

Ao buscarmos o significado etimológico da palavra interpretar, iremos encontrar, segundo o dicionário Houaiss da língua Portuguesa¹: “determinar o significado preciso de texto, lei, etc”.

No mundo jurídico, interpretar é confrontar o texto frio da lei com os fatos e litígios. A hermenêutica jurídica cuida do estudo da interpretação.

A maneira sistemática interpretativa analisa a lei atendo-se ao fato de que o direito é organizado em princípios informadores, subordinando as leis em um conjunto harmônico.

Portanto, a ciência do direito carrega muitas incertezas e imprecisões, caminhando distante das ciências exatas. Muitas de suas premissas têm como base a filosofia, a sociologia, a antropologia e a lógica por método indutivo. Por isso, tenta-se alcançar a justiça por meio de métodos interpretativos, por vezes.

O próprio direito assente e demonstra essa sua inconsistência ao estampar no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil²: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso inspirado na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito”, constando, outrossim, no artigo 126 do Código de Processo Civil³: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”.

A fonte principal do direito é a lei. A lei é, assim, a matéria-prima do direito. Poder-se-á dizer que a lei apresenta-se *in natura* e a ciência do direito é quem vai moldá-la e transformá-la em instrumento utilizável.

Diante dos casos policiais complexos postos para a decisão da autoridade policial, especialmente a questão envolvendo presos insolventes e presos com condição econômica confortável, as divagações supervenientes são automáticas com a sensação de que a lei processual penal trata os desiguais (pobres e ricos) de forma desigual (prisão ao pobre e liberdade provisória imediata ao rico).

¹ HOUAISS, Antonio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1ª Edição. Editora Objetiva. Rio de Janeiro (2001)

² Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942. Disponível em www.jurisdoctor.adv.br/legis/intcivil.htm. Acesso em 23.03.2012.

³ Código de Processo Civil (art. 126). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível. www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso: 03/03/2012.

Numa observação mais profunda dessa questão envolvendo os presos juridicamente pobres, fica ressaltado que a falta de tolerância que o Estado tem para com os menos favorecidos é bem acentuada. A sensação que bolina o imaginário das pessoas que têm a capacidade de pensar é a de que a legislação penal somente existe por causa dessas pessoas. A tendência, devido a isso, é o desinteresse do Estado em absorver e procurar entender o motivo que levou determinada pessoa a ferir as normas. Não se trata de complacência estatal para com o infrator, mas é imperioso que o Estado organizado determine que se cumpra os chamados comandos de otimização que devem ser encimados, dentre eles, o princípio da presunção de inocência que está insculpido no art. 5º, inc. LVII e o princípio da igualdade descrito no caput do art. 5º, ambos da Constituição Federal⁴.

Encarcerar o infrator apenas porque não dispunha no momento crucial de sua vida da capacidade de contribuir com as custas de um processo ainda inexistente atinge profundamente as regras principiológicas constitucionais suso referenciadas.

A prisão por impossibilidade de antecipar custas de um processo imaterial não pode prevalecer num Estado Democrático de Direito, vez que tal postura estatal faz lembrar das nocividades do mundo totalitário.

A prisão da pessoa sem riqueza tem ocorrido nos inúmeros plantões de polícia judiciária pelo País. A regra é simples: recolheu o valor fixado como fiança readquire a liberdade. Não podendo recolher o valor da fiança nos delitos afiançáveis, prisão. Apenas o juiz, posteriormente, após analisar todo o expediente pode deferir a liberdade provisória dispensando o pobre daquele pagamento, com base no art. 350 do Código de Processo Penal. A questão do segregamento do desvalido e da liberdade ao possuidor de posses é interpretativa. A jurisprudência pode reparar essa inconsistência processual penal dotando as autoridades policiais – os primeiros juízes da causa, dessa vanguarda, isto é, permitindo que essas autoridades detenham o poder de também dispensar o preso pobre do pagamento da fiança que ele mesmo fixou durante a legitimação do auto de prisão em flagrante, promovendo a soltura imediata. Dessa forma, os princípios constitucionais tratados neste trabalho estariam sendo reconhecidos e reverenciados.

⁴ Constituição Federal de 1988. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/htm . Acesso: 03/03/2012.

Como não pode haver complacência estatal já que impera e deve ser sempre observado o princípio da igualdade entre todos, é curial exigir-se do beneficiado com a soltura, a confirmação em juízo dessa sua condição de pobre jurídico. Não havendo a confirmação, a fiança criminal não recolhida deve ser transformada em dívida de valor a ser cobrada pela fazenda pública.

Assim, este trabalho explora as causas que dão ensejo à prisão de pessoas insolventes nos delitos que admitem o pagamento de fiança criminal; fomenta distinção entre presos com posses e os hipossuficientes e promove pesquisa criteriosa das regras principiológicas constitucionais com viés humanista. A natureza jurídica da fiança criminal e da liberdade provisória também mereceram destaque além de todos os demais elementos que com elas se irradiam. A obra compreende três capítulos, os quais foram distribuídos em seqüência lógica e dialética.

No primeiro deles, deu-se enfoque às regras principiológicas constitucionais e abordagem sobre os direitos fundamentais e os princípios penais constitucionais.

No segundo capítulo foi promovido um estudo conceitual e originário da expressão fiança criminal com detalhamento do instituto, além do histórico e natureza jurídica e sobre a atuação da polícia judiciária com mostra sistêmica dos crimes afiançáveis e inafiançáveis, e pesquisa sobre o direito comparado.

Em se tratando dos métodos das ciências sociais, analisou-se os históricos e os jurídicos. Ao optar pelo método histórico, o trabalho mostra estudos sobre a origem do instituto da fiança criminal e da liberdade provisória, o momento ideal para a prestação da fiança pelo preso solvente e a evolução do instituto da fiança.

O terceiro capítulo, versa sobre a essência da linha de pesquisa: fiança e hipossuficiência, com pesquisas de mecanismos de cálculo de penas e métodos procedimentais, ou seja, a raiz da atuação jurídica da polícia judiciária brasileira com estudo de casos e a dispensa do pagamento da fiança criminal pelo preso hipossuficiente por deliberação da própria autoridade de polícia judiciária.

Sob o aspecto científico a motivação pela análise e estudo do tema em questão é curial em virtude de que existe fundada incoerência sistêmica suscitada pelo ordenamento jurídico processual penal pátrio que precisa reconhecer e recepcionar o espírito principiológico constitucional – a essência do princípio da igualdade entre todos os

homens e mulheres, vez que o direito existe para solucionar o problema das pessoas, não para agravá-lo nem desconsiderá-lo. Não olvidemos que inconsistências legais podem produzir mais mal do que o bem.

O método jurídico sofre abordagem por meio do estudo de bases principiológicas e das disposições constitucionais e infraconstitucionais que versam sobre o assunto, assim como foram permeadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais que enfrentaram a questão.

A pesquisa científica na área do direito, em especial do direito processual penal, teve por escopo esquadrihar e incrementar novos conhecimentos, empregando e utilizando em debate temas contraditórios na investigação de consenso.

CAPÍTULO 1 – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A COLMATAÇÃO COM A FIANÇA CRIMINAL E A LIBERDADE PROVISÓRIA

É possível identificar que às autoridades policiais, como um todo, é dado pela legislação infraconstitucional um poder muito expressivo: o de ordenar a prisão de alguém com supedâneo, por vezes, em meros indícios da prova de um ilícito qualquer.

É perceptível que tem ocorrido com certa constância do condutor de um indivíduo que supostamente estava praticando um delito ou que acabara de praticar, ou daquele outro que foi perseguido e preso adiante ou ainda o suspeito que foi encontrado logo depois com algum instrumento ou produto que o apontasse como sendo o autor de um crime, ser apresentado na delegacia com pouquíssimos indícios de ter dado causa ao evento, porém, havendo justa causa, a sua prisão é legitimada.

No Brasil, em matéria penal, existem as seguintes formas de prisão: (a) *a prisão pena* – que é aquela decorrente de sentença condenatória com trânsito em julgado e (b) *a prisão processual* – que é aquela que vai ocorrer por decisão judicial antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, quais sejam, a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão em flagrante delito, esta última cautelar, considerada a matéria prima das polícias civis dos Estados e da polícia federal.

Como se nota, o juiz pode decretar ao final de um processo criminal a prisão do indivíduo – contudo, antes de fazê-lo se debruça sobre o arcabouço jurídico, legislações e jurisprudências e delas não se distancia vez que o seu dever é semear induvidosa justiça. Ao infrator é deferido buscar o meio de prova que lhe satisfaça em obediência à cláusula constitucional.

Ao final de um longo período e etapas de reunião de provas, obedecendo-se ritos processuais, nasce o veredicto. O juiz decide com base nas provas existentes no processo penal. Se forem elas veementes, não há como escapar da condenação. Sejam tênues, insubsistentes, espera-se a absolvição.

Ao delegado de polícia foi conferida a faculdade de determinar a restrição da liberdade da pessoa, como já se disse, sem a observância de ritos processuais ou análises

mais complexas. Basta que a pessoa conduzida seja apontada como tendo infringido algum tipo penal para que culmine por perder, *incontinenti*, o seu direito de ir e vir.

E tal ocorre porque o Estado é soberano e por isso tem o poder genérico de punir as pessoas que burlam as normas, propriedades da sociedade.

No exato momento em que o indivíduo comete o crime, esse poder estatal deixa de ser genérico e transforma-se em poder concreto. Nasce, assim, um conflito de interesses: de um lado, o Estado pretendendo punir o agente (*jus puniendi*) e de outro o autor da infração exercendo com inteireza o seu direito constitucional de defesa.

Quando se aponta o relevante poder decisório da autoridade policial no tocante à prisão cautelar coercitiva, tal ocorre porque o legislador ordinário dá mostras de confiança na gestão desses profissionais da área de segurança pública.

No entanto, entendemos que o inquérito policial devia perder o seu caráter inquisitivo e sem rito processual definido e transformar-se num procedimento em que vigorasse o princípio do contraditório, nos termos do art. 5º, da Constituição Federal.

Isso, para todas as formas de instauração: seja por portaria - nos termos do art. 5º, I; seja nos casos de requisição do juiz e do promotor - art. 5º, II, 1ª parte; seja por representação da vítima nos crimes de ação penal pública condicionada - art. 5º, § 5º; em razão de requerimento do ofendido - art. 5º, II, 2ª parte e nos casos de autuação em flagrante delito - art. 302, todos do Código de Processo Penal.

É evidente que adotando-se tais medidas, as prisões pelo Brasil seriam mais justas e consentâneas. Da forma como a ordem jurídica vem sendo palmilhada nas construções de cadernos investigativos, está latente que havia necessidade da presença do princípio do contraditório nas delegacias, para que a utilização do direito de defesa fosse geral, amplo e irrestrito.

O direito processual penal tem produzido destemperanças em alguns aspectos. A prisão e o encaminhamento ao cárcere do ser humano desvalido que não teve na delegacia uma defesa consistente, dada a falta de previsibilidade normativa do princípio do contraditório, gera insegurança jurídica. Como a defesa não é ampla na construção do inquérito policial gerado pelo flagrante delito, prisões indevidas e desnecessárias podem ocorrer, pontuando-se injustiças.

Um decreto de prisão gerado de uma insensatez desse porte, vai produzir indignidade e pode não ressocializar o desafortunado.

Algumas das unidades do sistema carcerário brasileiro não tem recebido adequadamente o infrator dadas às precariedades de estrutura de algumas penitenciárias mais antigas, apesar do contido no art. 88 da Lei de Execução Penal ao pontuar que:

“Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)”.

A Lei de Execução Penal⁵ é primorosa. Em seu artigo 85, estampa que “o estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade ...”.

Normalmente nesses tipos de celas permanecem mais do que um indivíduo com a ausência real da necessária tranquilidade entre os habitantes da cela, salvo algumas unidades prisionais com melhores estruturas e mais modernas. A reportagem da TV Record⁶ do dia 25 de março de 2010, deixou o país estarecido e contristado com imagens de pessoas presas em *containers* em alguns Estados brasileiros.

Pessoas presas por não possuírem recursos suficientes para recolher o valor de uma fiança criminal são encaminhadas para esses locais quando bem podiam responder ao processo em liberdade junto aos seus familiares, acaso a lei processual penal possuísse entre seus enunciados premissas humanistas. A Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos alude expressamente à fiança criminal. Interessam à pesquisa as seguintes pontuações:

Art. 5º, incisos:

- LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
- LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;
- LXI – ninguém será preso a não ser em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

⁵ Lei nº 7.210, de 11/07/1984. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso: 04/03/2012.

⁶ Disponível em www.noticias.r7.com/videos/presos. Acesso: 04/03/2012.

A dignidade proclamada no art. 1º, III, da Magna Carta como um dos seus princípios fundamentais e o art. 5º, inciso III, que dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, estão muito distantes das posturas estatais praticadas em algumas prisões. Não olvidemos que os direitos humanos devem ser entendidos como direitos de todos os homens, em qualquer circunstância de lugar e tempo.

1.1 a presunção de inocência como princípio constitucional

Este princípio constitucional tem como essência, que o natural do homem é o estado de inocente e nessa condição permanece até que provas irrefutáveis o transporte à condição de culpado. Até se chegar a este último estágio, a condenação sem mais direito a recursos ou o trânsito em julgado da sentença, um complexo e longo caminho de defesa foi percorrido pelo suposto infrator, tudo conforme expressa garantia de índole constitucional estampada no artigo 5º, inciso LVII. Leonir Batisti⁷, infere à p. 28 sobre este expressivo tema constitucional, a presunção de inocência, que:

“Em termos penais, o que se viu, em alguns momentos mais e em outros menos, foi a manipulação do direito penal como instrumento de perseguição, com prisões com base em boatos, condenações infundadas baseadas em revanchismo ou oportunismo dos que manipulavam o poder, a par de um sistema de penas absurdamente fora daquilo que hoje se traduz como dignidade humana. No direito português encontram-se antigos exemplos de alvarás em que se incentivavam as denúncias no mais recatado segredo, mediante premiação, denúncias estas que permaneciam abertas sem tempo determinado de apuração e em que não havia número certo de testemunhas [...] Mais do que isso, constata-se, em certo período, em especial a partir do começo do século XV até a Revolução Francesa, um sistema processual de caráter inquisitivo, com uma concentração de atividades em maior ou menor grau subordinado aos interesses dos que detinham o poder, dominado pelo segredo e pelo emprego de tortura. Nas Ordenações Filipinas, que vigeram no Brasil e em Portugal, previa-se, no seu Título 124, do Livro V, os tormentos como meio de prova, embora estes tormentos não se pudessem dar a fidalgo, cavaleiro, doutor em Cânones, lei, ou medicina, e vereadores, exceto quanto a certos casos, o que permite simultaneamente demonstrar a violação a uma série de princípios fundamentais hoje assentados, principalmente presunção de inocência e igualdade jurídica”.

Em 1789 eclodiu a Revolução Francesa. Foi aprovado pela assembléia a declaração dos direitos do homem e do cidadão em 26 de agosto de 1789 e o princípio da presunção de inocência recebeu importantes aspectos inerentes às garantias de caráter

⁷ BATISTI, Leonir. Presunção de Inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constitucionais do Brasil e Portugal / Curitiba: Juruá Editora, 2009.

penal. O autor Leonir Batisti (op. cit. p. 31), faz atentar a menção ao direito de liberdade, contida no art. 4º da declaração dos direitos do homem e do cidadão e ainda nos artigos 7º e 9º:

Art. 4º. “La liberté individuelle consiste à faire tout ce qui n’est pas à autrui; ainsi l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de limites que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi”. (A liberdade individual consiste em fazer tudo que não prejudique a outros; o exercício dos direitos naturais de cada homem não obedece a outros limites senão aos (limites) que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites não podem ser determinados senão em lei).

Art. 7º. “Nul homme ne peut être arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et dans les formes qu’elle a prescrites”. (Nenhum homem pode ser preso ou detido exceto nos casos determinados por lei e na forma que ela (a lei) prescreve).

Art. 9º. “Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimé par la loi”. (Todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei).

Conforme tais enunciados, a prisão ilegal será rechaçada pela lei e todas as prisões, mesmo as indispensáveis, só podem ser executadas desde que as regras sejam claras e factíveis. É fato que a prisão em flagrante, *prima facie*, constitui oposição à presunção de inocência. No entanto, trata-se este instituto de uma cautela diante da necessidade estatal em custodiar a sociedade ante as lesões dos infratores. A prisão em flagrante não existe por si própria. Urge que ocorra um fato concreto para análise da necessidade dela ou não. O princípio da presunção de inocência pode ser definido, desse modo, como sendo aquele que torna inconcebível a prisão que não seja originária de um processo legal condenatório. A prisão em flagrante – sistema de caráter processual eminentemente inquisitivo, está presente em diversos países. Quando se avença a necessidade da observância de que todos são considerados inocentes até que sobrevenha condenação, não se está tentando cercear o direito da sociedade em ver o seu algoz sofrer a justa reprimenda.

Assim, não se condena a realização de atividades que observam o tempo todo a aplicação justa dos enunciados legais. O autor Leonir Batisti nessa mesma obra citada e na mesma página 161, arremata que:

“Significa concluir que não seria injurídica a possibilidade de fixar fiança quando justificável a prisão cautelar, desde que se desse a esta fiança uma dimensão dupla: i) como garantia de comparecer e responder ao processo; ii) como garantia de ressarcimento patrimonial, o que seria extremamente útil em crimes como os de gestão fraudulenta, crimes contra a administração e de quaisquer crimes com reflexo patrimonial às organizações coletivas e até individuais [...] O sistema de restituição à liberdade que tivera como causa a prisão em flagrante, nos primórdios, sustentava-se na fiança, como se sabe, entrega de dinheiro ou outro bem que garantisse ao juízo que o agente se apresentaria para o processo. Era, no fundo, um meio de a justiça fazer respeitar-se. Contudo, havia pessoas presas que não tinham condição de oferecer fiança. Por tal razão, desde logo já se especificou a possibilidade de dispensa [...] A par da dispensa de fiança, e concomitantemente a ela, havia situações em que a pequena gravidade emprestada ao crime ensejava já a liberdade imediata: o preso livrava-se solto. Significa que nesta hipótese nem mesmo a fiança era condição a ser analisada. O código de Processo Penal do Brasil de 1941, no art. 321, estabelecia [...] a liberdade imediata, dispensando-se qualquer análise sobre as circunstâncias do ilícito penal, quando a pena prevista para o ilícito não fosse a de privação de liberdade (caso de contravenções a que só são cominadas penas de multa) e ainda, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada não excedesse a 3 meses [...] nas Constituições tanto no Brasil como em Portugal, invariavelmente previa-se a não prisão, ou por outra, a própria dispensa de fiança para crimes considerados de menor gravidade em face da pena fixada. [...] a Carta de 1826 de Portugal, na mesma senda da Constituição de 1822 de Portugal assegurava a não prisão, quando o crime não tivesse pena maior de que 6 meses ou desterro para fora da comarca. A Carta Brasileira de 1824, logicamente, continha idêntico dispositivo”.

O art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão antes mencionado, repisa-se, denota que a presunção de inocência é a regra e todo rigorismo desnecessário, nos casos da indispensabilidade da prisão, deve ser severamente reprimido por lei.

Do exposto é imperioso compreender que o princípio da presunção de inocência nasceu para coibir toda e qualquer segregação ilegal e também para punir aquele que indevidamente se exceder nos casos de prisão devida, impostergável.

A presunção de inocência nasceu com a Revolução Francesa, como já dito, e foi citada expressamente no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tornando-se um marco universal, sendo este comando de otimização assim inscrito:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no que tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁸, de 04 de novembro de 1950, retrata e demonstra em seu art. 6º, nº. 02, menção direta à presunção de inocência nos seguintes moldes: “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Da mesma forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁹, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969 ao qual o Brasil aderiu em 06 de novembro de 1992, inseriu o tema presunção de inocência em seu art. 8º, garantias judiciais.

É fato que variados temas do direito processual penal possuem origem deletéria, prejudicial. A questão processual penal talvez seja a que mais aflija as pessoas de um modo geral.

Invariavelmente, todas as pessoas que estão envolvidas em questões processuais ou mesmo aquelas que imaginam ser imiscuídas em alguma questão dessa vertente ou que possa suscitar apenamento, passam a refletir estado de contristamento da alma.

A reação humana ao tomar conhecimento de um fato negativo que possa atingi-la em princípio delituoso, é marca indelével em sua existência.

Tal negatividade mexe com o seu imaginário e conspurca a sua saúde mental, psicológica e até mesmo física.

Quantas notícias exsurgem hodiernamente de que esse ou aquele cidadão por se ver envolvido em ilegalidades culminou por tomar atitudes extremas, às vezes, contra si próprio, no afã de se ver livre daquilo.

No entanto, bom se diga, que o homem não se livra dos seus problemas mesmo quando busca deles fugir.

Tais impropriedades o seguirá por todas as trilhas, todos os carreadores, todos os caminhos, mesmo que se transforme ele num vagamundo ...

A única alternativa é enfrentá-los e rechaçá-los, opondo a necessária resistência. O saldo da infração suscita a imagem da destemperança, da desilusão, da angústia, da destruição moral e física, um corpo sem vida ...

⁸ Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html. Acesso em 03/10/2012

⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em www.pge.sp.gov.br/. Acesso em 03/10/2012

Subsume-se de tudo o que foi anotado, que a presunção de inocência não restringe nem significa qualquer obstáculo à apuração de infrações e esse princípio só se aplica às infrações criminais.

A construção de uma eficaz investigação, tem o efeito de atribuir ao delinqüente a necessária tutela. Até mesmo às pessoas comprovadamente envolvidas na prática de crimes, deve o Estado observar a normatização antes de puni-la, o que deve se dar na exata medida de sua culpabilidade, nem mais nem menos.

O princípio da presunção de inocência transformou-se em um pressuposto que não precisava estar positivado em nenhum lugar, mas era uma condição de existência da dignidade da pessoa humana.

A presunção de inocência é uma garantia processual penal que visa à tutela da liberdade pessoal do imputado até que uma sentença condenatória irreversível o declare culpado, ou seja, o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica através da prolação de uma sentença definitiva que comprove claramente a sua culpabilidade.

1.2 o princípio da dignidade e os direitos da pessoa humana

Etimologicamente, dignidade vem do latim *dignitas*, que tem o significado de cargo, honraria. Tem, outrossim, o sentido de respeitabilidade, moral, honra, honestidade. É um estado de espírito que só os seres humanos podem possuir, qual seja, a postura, a autodeterminação, a idiossincrasia, que faz com que todas as demais pessoas ao notar essas qualidades, esses valores, se curvem em respeitabilidade.

Com o transcurso do tempo o termo dignidade quando indicativo da figura humana, denotou aferir ainda a sua integridade, a sua intangibilidade e a sua inviolabilidade.

Pelo pensamento filosófico de Norberto Bobbio, citado em pesquisa de Flávio Rodrigo Masson Carvalho¹⁰, os direitos humanos são direitos fundamentais do ser

¹⁰ CARVALHO, Flávio Rodrigo Masson. Disponível em www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista. Acesso em 08/03/2012

humano. Sem eles, o ser humano não consegue participar plenamente da vida em sociedade.

Podemos assim compreender que o ser humano vive sob a égide de normas por ele mesmo criadas, cujas normas servem justamente para que ele possa transitar no seio social exercitando todas as suas legítimas potencialidades.

Esse arcabouço jurídico, perfeitamente analisado e referendado pela sociedade, contém todas as regras delimitando a conduta genérica de seus integrantes, pontuando as implicações a que cada um está sujeito no caso de inobservâncias. Tem efeito “*erga omnes*”. Ao primeiro sinal de transgressão, surge a figura estatal com o poder soberano de perseguir e de punir o algoz da sociedade.

O que não se concebe, é a eventual arbitrariedade, o possível autoritarismo ou mesmo o abuso de poder e a injustiça aliados à tirania que possam advir desse poder soberano.

Como já dito, perpetrado o delito o Estado transforma o seu poder genérico em poder concreto e vai responsabilizar o infrator pela sua impropriedade. O Estado é o fiscal, o protetor, o vigilante dos direitos.

Mais uma vez citando Bobbio (1992), o autor da pesquisa mencionada faz constar que a declaração universal dos direitos humanos foi uma inspiração e orientação para o crescimento da sociedade internacional, com o principal objetivo de torná-la num Estado, e fazer também com que os seres humanos fossem iguais e livres.

Mas, basta transitarmos pelas diversas regiões deste imenso país para aquilatarmos quantas desigualdades. Parece que as rendas são distribuídas de acordo com ideologias políticas. Ou seja, a tríade: igualdade, liberdade e fraternidade constante no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹ existe mesmo somente no imaginário das pessoas.

A Constituição Federal de 1988 estampa os direitos e garantias fundamentais em seu art. 5º, caput:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a igualdade, a segurança e à propriedade [...]”.

¹¹ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm - Acesso em 08/03/2012

Samuel Antonio Merbach de Oliveira¹² citando Bobbio (1992, p. 17) anota que o estudo dos direitos humanos conduz, necessariamente, à análise de sua relação com o próprio homem, seu destinatário. Dessa maneira, no plano histórico, busca-se a justificação dos valores naquilo que representam ao homem, que lhe possibilite o desenvolvimento da personalidade, da convivência pacífica e da solidariedade social.

Sobre este importante tema, a dignidade da pessoa humana, anota Ângela Cristina Lourenço Silva¹³, citando José Afonso da Silva, à p. 86, que:

“Dignidade da Pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. O conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos exigência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania(art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana [...] A reflexão começou pelas explanações apresentadas à Constituição Federal de 1988, plasmou a dignidade da pessoa humana como superprincípio, a imposição de que se reconheçam à pessoa humana todos os direitos fundamentais que a ela são inerentes, sob pena de, agir de forma contrária, estar-lhe negando a própria dignidade. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana, onde por meio da pesquisa, se verificou que desde o princípio da história, o homem se preocupou com uma vida digna. No início, apenas como utopia, para, posteriormente, se tornar norma positivada. Portanto, digno é o homem a quem são de fato assegurados todos os direitos fundamentais, e que deles possa usufruir”.

O art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem, demonstra e estampa: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Ao Estado incumbe tutelar os direitos das pessoas, inclusive dos infratores, como dito. A reprimenda deve ser dosada de sorte a evitar abusos, vale dizer, até para se aplicar a sanção, devem ser observados os direitos e os comandos de otimização que são os princípios. Relação: causa e efeito consentâneos.

¹² OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach. Disponível em: www2.pucpr.br/reol/index.php – Acesso: 08/03/2012.

¹³ SILVA, Ângela Cristina Lourenço. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Teoria Geral do Direito – Ensaio Sobre Dignidade Humana e Fraternidade: Birigui-SP. Boreal Editora, 2011.

1.3 o princípio da igualdade e o hipossuficiente

O princípio da igualdade ou da isonomia trata-se de um princípio jurídico disposto nas constituições de vários países que afirma que “todos são iguais perante a lei”, independentemente da riqueza ou prestígio destes.

Subdivide-se em dois aspectos: o da “igualdade da lei”, pelo qual o legislativo e o próprio executivo, por ocasião da confecção das leis, atos normativos e medidas provisórias, não poderão fazer nenhuma discriminação; e da “igualdade perante a lei”, que significa a coibição dos poderes por ocasião da aplicação da lei, em promover qualquer discriminação.

Paralelo, temos a igualdade jurídica que visa assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigalam, sempre preservando o equilíbrio entre todos.

A Constituição Federal adotou o princípio da igualdade de direitos, ou seja, igualdade jurídica. Isso importa em verificar que é vedada as diferenciações arbitrárias, pois que para haver diferenciação necessita-se de uma finalidade acolhida pelo direito.

A igualdade se configura compatível com os valores que a Constituição Federal, como norma suprema, proclama. Assim, prescreve o caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

”Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”

Portanto, o princípio da igualdade tem sede explícita no texto constitucional, sendo também mencionado inclusive no Preâmbulo da Constituição. Por isso que todas as demais normas a ela devem obediência.

Contudo, há o desafio existente nas efetivas desigualdades existentes e eventualmente estabelecidas por lei, entre os vários seres humanos, como é o caso do hipossuficiente em prestar fiança criminal para galgar a sua liberdade. No direito, tal princípio assume um caráter de dupla aplicação, qual seja: um, com a finalidade de repulsar

privilégios injustificados e outro, ajudando na diminuição dos efeitos decorrentes das desigualdades evidenciadas diante do caso concreto.

Aquele é conhecido como igualdade material, considerada como o tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, aliado à sua equiparação na concessão de oportunidades, ou seja, as chances devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos.

Já a igualdade formal, prescreve a igualdade de todos perante a lei. É a pura identidade de direitos e deveres expresso pelos textos legais, sem que haja a concessão de privilégios de classes. Para Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴ o princípio da igualdade:

“Encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material”.

Já Aristóteles, citado por Celso Ribeiro Bastos¹⁵, defendia que o princípio da igualdade consistiria em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam”. A esse respeito João Mangabeira¹⁶, escreveu que somente a igualdade atribuída pela lei não seria o bastante para solucionar todas as contradições geradas pelo capitalismo. Defendeu que a essência do princípio deveria ser no sentido de permitir-se oportunidades iguais para a realização dos objetivos de todos os seres humanos. Assim, para igual oportunidade seria necessário igual condição, ou seja, igual oportunidade concomitantemente à igual condição ainda que entre homens desiguais frente às suas capacidades singulares.

Deste modo, estaria privilegiando a igualdade social e para tanto incumbia à lei estabelecer a supressão das desigualdades chamadas por ele de desigualdades artificiais criadas pelos privilégios da riqueza, em uma sociedade na qual o trabalho é social, mas o lucro é individual e destinado a apenas alguns.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 89

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 229.

¹⁶ MANGABEIRA, João. Apud. PINTO FERREIRA, Luís. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. São Paulo: Saraiva. 1983, p. 771.

Disto decorre que para se alcançar a igualdade, o seu ponto incipiente precisa ser a desigualdade. Partindo dela se chega à igualização.

Hans Kelsen foi o precursor da idéia de que a igualdade dos indivíduos submissos à ordem pública não significa que a todos eles, indistintamente, haverá de ser imposto tratamento igual nas normas legisladas.

É esse o ideal de igualdade que ele tinha em vista, pois não fosse desse modo, estaria a defender o positivista, ocorreria o absurdo de se impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem qualquer tipo de distinção, citando por exemplo, crianças, adultos, pessoas sãs de espírito, doentes mentais e pessoas insipientes.

Para ele o princípio da igualdade deveria ser aplicado no momento da elaboração da lei, empregando raciocínio lógico e coerente.

Aliás, em matéria de reconhecimento da igualdade pela cúpula do poder judiciário, até o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu as suas exceções afirmando que as leis poderão dispensar à União e às demais pessoas de direito público, privilégios impostos pelo interesse público sem lesão à garantia constitucional.

Sobre o assunto Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁷, na sua obra “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, elenca casos para os quais é possível a discriminação e em outros quando é vedado discriminar, asseverando três questões, a saber:

“a) elemento tomado como fator de desigualação (fator de *discrímen*); b) correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e c) consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados”.

Isto importa em reconhecer que o legislador poderá estabelecer critérios diferenciadores, porém, sem contrariar os valores constitucionais, ou seja, o Estado poderá realizar tratamento desigual, desde que o faça justificadamente, sem ferir os mencionados paradigmas constitucionais.

Então, para que não haja violação ao princípio constitucional da igualdade, a norma jurídica não poderá atingir apenas um único indivíduo e deverá existir um nexos lógico entre o fato de *discrímen* e a própria discriminação e por fim, haja correlação

¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1993, p.21.

pertinente com a função dos interesses constitucionalmente preservados pela Constituição.

Há que se observar o aspecto da “igualdade na lei” e o da “igualdade perante a lei”. Aquele em uma fase de generalidade puramente abstrata destinado ao legislador por ocasião do processo de sua formação.

Já igualdade perante a lei, contudo, pressupondo a lei já elaborada, se direciona aos demais poderes estatais que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

Assim, é necessário avaliar à luz do caso concreto apresentado, se sob o ordenamento constitucional houve agressão aos seus fundamentos para dispor quanto a eventual tratamento discriminatório.

Pelo exposto, o princípio da igualdade não se resume apenas em um princípio de Estado de Direito, mas igualmente em um princípio de Estado Social, mantenedor da ordem constitucional.

De tal sorte que a sua inobservância atinge a substantividade do próprio ser humano, pois a existência de desigualdades de um lado e do outro as injustiças geradas por tal situação, geram lesões gravíssimas aos cidadãos.

Para tanto, imperioso é a conscientização de que para se promover a igualdade, há que se levar em conta as particularidades que desigualam os indivíduos, provendo os cidadãos das mesmas oportunidades.

Pelo referido princípio, não é somente o legislador quem deve obediência ao comando, mas também o aplicador da lei, pois não é somente diante da norma posta que se devem nivelar os indivíduos, mas desde a sua formação.

Levando-se em conta que a igualdade não é só perante à lei, mas em especial perante o direito, à Justiça, à sociedade, o princípio deve preservar as igualdades de oportunidades de todos os cidadãos.

Deste modo, é inconcebível que a hipossuficiência do preso - fator que obstaculiza a sua potencialidade econômica impedindo-o de responder pelo seu comportamento ilegal em liberdade, ainda possa existir e persistir no Estado Democrático de Direito, por ferir de forma gravíssima o princípio constitucional da igualdade e marcar indelevelmente a vida do ser humano que enfrenta essa questão.

1.3.1 análise dos direitos fundamentais e dos princípios penais constitucionais

Distinguem-se direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos humanos devem ser entendidos como direitos de todos os homens independentemente da circunstância e da época.

Os direitos fundamentais devem ser compreendidos como aqueles prescritos em normas jurídicas dentro de uma ordem jurídica constitucional.

A Constituição Federal de 1988 lança no art. 5º os direitos fundamentais dos cidadãos, no qual estão delineados os deveres e garantias que devem ser observadas já que tratam-se de cláusulas pétreas. E havia mesmo a necessidade da previsão constitucional desses direitos, justamente para se delimitar o poder do Estado. Um ponto crucial e que vai merecer destaque neste estudo, é a persecução penal promovida pelo Estado, enquanto ente soberano, e que por vezes viola os direitos fundamentais. As autoridades públicas, no exercício de seus cargos, devem sofrer as conseqüências na eventualidade de violarem direitos fundamentais sob a pecha da aplicação do princípio da proporcionalidade para aplacar possíveis irregularidades cometidas. Adriane Patrícia dos Santos Faria¹⁸, infere à p. 95 sobre direitos fundamentais que:

“Surge um problema, na atualidade, quando o Estado na investigação criminal ou na instrução processual penal utiliza nos autos provas colhidas com infringência a direitos fundamentais do cidadão [...] os Direitos fundamentais surgiram e foram incorporados ao texto constitucional como limite à atuação do poder do Estado, de forma que este deverá observar todas as normas legais durante uma persecução penal, respeitando os direitos consagrados constitucionalmente e que devem ser observados irrestritamente como meio de garantir a Dignidade da Pessoa Humana [...] no entanto, o que se nota atualmente no cenário jurídico é que o Estado quando viola direitos fundamentais, como a liberdade, a intimidade, etc., pela inobservância das normas legais, tem suscitado o princípio da proporcionalidade numa tentativa de validar a prova obtida ilicitamente, alegando que o interesse público é que está em jogo e que este deve preponderar sobre os direitos individuais [...] O princípio da proporcionalidade deve servir sempre de norte no processo legislativo e também nas decisões judiciais onde exista a colisão entre princípios e direitos fundamentais, com a indagação sobre qual seria a solução plausível para o caso, qual o bem de maior valor, considerando sempre o interesse público, mas sem dar aval às autoridades públicas para que descumpram as normas e suprimam direitos, pois não se pode esquecer que se vive em um Estado Democrático de Direito, onde o Estado está subordinado às normas, devendo respeitá-las”.

¹⁸ FARIA. Adriane Patrícia dos Santos. Teoria Geral do Direito – Ensaios Sobre Dignidade Humana e Fraternidade. Estado Intervencionista x Direitos Fundamentais. Birigui-SP. Boreal Editora, 2011.

Para Robert Alexy¹⁹, autor da obra Teoria dos Direitos Fundamentais, princípios são comandos de otimização. Os distingue das regras com base também nas teorias do conflito, colisão e ponderação.

Destaca o autor que os princípios determinam o modo e a forma de ser e por isso, enquanto as regras se conflitam, visto se questionar a sua validade, os princípios se colidem, pois o que se questiona e se pondera é a sua aplicação em determinado contexto fático, mas não a sua validade.

Deste modo, os princípios fundamentais são as diretrizes que determinam a atuação estatal e refletem os valores que foram açambarcados pelo ordenamento jurídico, fruto dos anseios apresentados ao constituinte pela sociedade. São verdadeiras garantias do cidadão.

Mesmo que os princípios guardem o seu caráter de velado, trazem em seu bojo um mínimo de elemento descritivo, que é utilizado em conexões axiológicas pelo intérprete da lei.

Para Bonavides²⁰, a origem da expressão princípio vem da geometria com o significado das primeiras verdades, daquilo que vem primeiro. Algumas vezes, sequer pertencem ao mundo do ser, mas ao do dever ser – deontologia. Contudo, há que se destacar a força normativa dos princípios penais constitucionais.

Em matéria penal, o Estado pune os indivíduos, mas ao mesmo tempo salvaguarda as liberdades e os direitos fundamentais de outros tantos. Para isso, a política legislativa criminal necessita se adequar à Constituição e aos anseios do próprio Estado Democrático de Direito, como forma de fundamento e de limite à aplicação da responsabilização criminal.

Então, o *jus puniendi* encontra a sua fonte e seus elementos basilares do direito penal nos princípios penais constitucionais, dentre eles: princípio da legalidade, princípio da dignidade, princípio da presunção de inocência, princípio da anterioridade da lei penal, princípio da irretroatividade da lei penal prejudicial, princípio da responsabilidade subjetiva e o princípio da individualização da pena.

¹⁹ ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

Mas há também implícito outros princípios penais constitucionais, tais como, o princípio da intervenção mínima, o princípio da insignificância, o princípio do *nom bis in idem*, dentre outros mais.

São os chamados princípios de conteúdo não específicos do direito penal, também chamados de constitucionais penais, pois que possuem caráter heterogêneo e de relevância constitucional pois que malgrado não digam respeito à forma da tutela penal, se importam com o seu conteúdo.

Deste modo, nenhuma regra penal poderá maculá-la e dentro da regra teleológica ela serve de sustentáculo para todos os demais princípios penais constitucionais.

Assim, a dignidade humana serve de base para a correta adequação criminal para a criação, aplicação e execução do que se convencionou chamar de direito penal.

Tanto é fato, que os princípios além de alicerçarem a legislação criminal quanto ao seu conteúdo de significados para a proteção do indivíduo contra os demais asseclas, também existem para protegê-lo do poder soberano estatal.

Por isso que desde o início dos estudos do direito é colocado que o direito penal é a *ultima ratio* carregando o *status* de somente ser aplicado quando os demais ramos se mostraram ineficientes ou não consentâneos para a resolução da contenda.

É no momento da criação das leis que cabe ao legislador analisar o período político histórico e social para adequar aquelas condutas que deverão merecer atenção do direito penal. Para isso há que obedecer as garantias constitucionais.

Assim, hoje se apercebe que a política criminal se direcionou para a descriminalização de algumas condutas convolvando práticas anteriormente classificadas como crime para a dispensa da reprimenda penal, como exemplo, podemos citar a lei n. 9099/95 que implementou as penas restritivas de direito numa nova visão criminal social.

Acredita-se que os princípios penais constitucionais são dotados de força normativa juridicamente apta a vincular a criação do direito criminal de modo a dar proteção e garantia aos direitos fundamentais dos indivíduos lesados ou de seus ofensores.

Em vista da constitucionalização do direito, hodiernamente não se pode falar em direito penal distante da Constituição Federal.

O Direito Penal Constitucional possibilitou a aplicação de uma interpretação sistemática por meio da qual se garante ou busca a garantia da segurança jurídica, ainda que

haja a necessidade de descriminalizar condutas pelo fato de não mais atingirem os bens tutelados pelo Direito Penal Constitucional.

Isto se deve ao fato da teoria finalista da ação apresentar o conceito analítico de infração penal como fato típico, antijurídico e culpável. No tópico do fato típico se analisa a conduta, o resultado, o nexos de causalidade e a tipicidade.

Ainda que a conduta esteja prevista como infração penal, atualmente muitas delas não se revelam mais inadequadas e ofensivas ao bem jurídico tutelado pela lei penal.

Ainda que a ação ou a omissão se adeque ao aspecto formal de infração penal, o seu conteúdo valorativo, a sociedade não a reputa mais como relevante ao Direito Penal, pois que falta-lhe a adequação ou relevância social.

Isto demonstra que a tipicidade preconizada pela teoria finalista da ação não se esgota apenas nesse juízo de valor formal de subsunção do fato imponible à hipótese de incidência. A conduta deve se revelar ofensiva ao Direito Penal Constitucional para verdadeiramente poder ser repelida.

Urge deste modo que o Direito Penal Constitucional se fundamente nos princípios penais constitucionais conhecidos como: princípio da intervenção mínima, princípio da fragmentariedade-subsidiariedade, princípio da ofensividade ou insignificância.

Ainda que a insignificância possa ser uma na ótica da doutrina e jurisprudência e outra socialmente falando, o fato é que a tipicidade *Welzeliana* deve ficar materialmente afastada.

Acerca da adequação social de Welzel, Francisco de Assis Toledo²¹, assevera que:

“[...] Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria juntamente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam [...]”

²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

Aliás, conforme - RT 734/748, TRF da 1ª Região, Ap. 95.01.31300-0/MG – 3ª T. – j. 25.03.1996 – Rel. Juiz Tourinho Neto e TRF da 1ª Região, RT 727/601²², é a tendência dos pretórios, senão vejamos:

“DESCAMINHO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Ementa Oficial: Pelo princípio da insignificância, excluem-se do tipo os fatos de mínima perturbação social. A adequação social leva à impunidade dos comportamentos normalmente admitidos ainda que formalmente realizem a letra de algum tipo legal. Ementa da Redação: Tendo-se em vista o alto custo social que a pena apresenta, as lesões de bens jurídicos só podem ser submetidas à pena, quando isso seja indispensável para a ordenada vida em comum. Uma nova política criminal requer o exame rigoroso dos casos em que convém impor pena (criminalização) e dos casos em que convém excluir, em princípio, a sanção penal (descriminalização), suprimindo a infração, ou modificar ou atenuar a sanção existente (despenalização). PENAL – DESCAMINHO – IMPORTAÇÃO – EXCESSO DE COTA – ILUDIR – CONCEITO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PRINCÍPIO WELZELIANO. Ementa: I – A entrada de mercadorias estrangeiras no País, licitamente, pressupõe o pagamento dos tributos; se o agente não declara o excesso de cota, evidentemente está iludindo o fisco. II – Pelo princípio da insignificância se exclui do tipo os fatos de mínima perturbação social [...] - III Não se pode castigar o que a sociedade considera correto (Santiago Mir Puig)”.

Ou, TACRIM. Apel. 1.008.943/3, Rel. Márcio Bártoli, 12.06.1996:

“Se o descaminho referiu-se a objetos de pequeno valor para comércio de sacoleiro, além do princípio da insignificância, aplica-se o da adequação social, pois a sociedade não considera a prática de tal comércio como ilícito penal [...] Ainda que formalmente a conduta executada pelo sujeito ativo preencha os elementos compositivos da norma incriminadora, dado que bastaria para configurar o fato ilícito, inexistindo ameaça ou ofensa substancial ao bem jurídico protegido pela lei penal, determina-se o reconhecimento de improcedência da denúncia, por atipicidade do comportamento realizado [...]”.

Assim, o Direito Penal Constitucional deve intervir somente nos casos de lesões e ofensas graves aos bens jurídicos e nos demais casos, ainda que perturbem a paz e ordem jurídica, devem ser objeto das outras searas do direito.

Como já bem debatido, a *persecutio criminis* promovida pelo Estado tem mostrado por vezes pontos que merecem ser acentuados.

Em muitos deles, fica estampado, como no estudo de caso a seguir, que a delimitação do poder do Estado é relativo, e em razão disso, direitos fundamentais são feridos de morte. Senão vejamos: Suponhamos que alguém seja vítima de um flagrante forjado, hipótese de flagrante reconhecidamente nulo pela vasta jurisprudência.

²² http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6936. Acesso em 24/11/2011.

Como estudo de caso, citamos por exemplo, a situação da pessoa que por alguma inimizade com um agente policial fica surpreso e estupefato ao saber que está sendo preso em flagrante por tráfico de drogas porque em seu veículo foi localizada, numa “blitz” onde presente se encontrava aquele inimigo policial, substância entorpecente.

Qualquer ser humano pode ser surpreendido com uma trapaça dessas. Aliás, muitas situações com esse enredo já devem ter ocorrido nos longínquos e sombrios rincões deste vasto território.

Imaginemos a cena: Uma família de pessoas honestas e probas transitando com o seu automóvel em qualquer ponto de uma cidade ou numa rodovia. Avistam policiais realizando uma fiscalização. Dentre eles, aquele policial que se tornou inimigo por questões passadas e que jurou uma vingança. A ordem de parada é dada. Segue-se a revista ao porta-malas. De repente, aquele policial indaga: O que é isso e a quem pertence? A resposta do incauto: Isso não é meu e não sei quem colocou aí. Resposta insuficiente. A voz de prisão em flagrante delito por tráfico de drogas é o que essa pessoa vai ouvir na seqüência. Por fim, uma vida honesta, cidadão de conduta exemplar na sociedade e no meio familiar, agora encontrando-se no lodaçal.

O Estado, a quem está incumbido constitucionalmente o atendimento e a observância dos direitos fundamentais da pessoa humana, na qualidade de detentor do poder concreto de punir as pessoas surpreendidas na prática delitiva, arvora-se numa situação como a descrita, como se uma pessoa sedenta fosse, por meio de suas autoridades, passando a impressão que se vive ainda na época medieval, tanta é a fome, em ver aquele “infrator” pagar com o máximo de sofrimento possível pelo “crime” cometido.

É incontroverso, que na persecução criminal persistem ainda fórmulas arcaicas de investigação. Muitos agentes encarregados dessa missão, a de investigar, utilizam-se de métodos ultrapassados e surrados, quase sempre adotando posturas inquisitoriais quando o melhor seria a formulação de uma investigação, ou pelo menos parte dela, tangenciada e com a observação do princípio do contraditório já partindo, desde o limiar do inquérito policial a plena e ampla defesa.

Numa situação como a declarada, devemos partir do preceito de que as chamadas “blitzes” policiais não podem ser realizadas sem quaisquer garantias para o cidadão.

Deveriam elas ser programadas para locais, primeiramente, bem iluminados, dotados de garantias para a pessoa tais como: antes da abertura do veículo que alguém não pertencente aos quadros policiais produzissem filmagens, sem cortes, com acompanhamento da movimentação do policial nas suas atividades de vistoria, tudo para se evitar sabotagens ou maquiavelismos de agentes de má-formação profissional e moral.

Ao homem correto e honesto que é submetido a uma fiscalização numa rodovia qualquer deste imenso país, muitas vezes deserta, só resta confiar na boa índole e na honestidade do agente fiscalizador.

A desvantagem que essa pessoa tem para com o agente do Estado é imensa. Aquela pessoa fica submetida às decisões do policial.

Qualquer frase mal colocada num momento desses pode ser entendida pelo policial como um desacato, uma corrupção ativa, uma ameaça ...

A força do Estado numa hipótese assim, passa a ser usada três vezes contra o cidadão: 1) a força do Estado-preventivo; 2) a força do Estado-repressivo e 3) a força do Estado-punitivo.

O Estado-preventivo quando faz uso de sua força para determinar a paz e a ordem, de forma legítima, a todos aproveita. Inviável seria viver em sociedade se não existissem os “agentes da lei”, aqueles que retiram as pessoas nocivas, para que a sociedade possa bem respirar.

No entanto, quando o Estado-preventivo burla a legalidade e se transforma num ente coator, produz marca indelével na vida do cidadão honesto. Podemos entender com isso que o Estado produziu a sua primeira ação negativa.

Sequencialmente, surge na cena o Estado-repressivo. Aquela impropriedade praticada contra o cidadão honesto que viveu a sua primeira ação negativa, a vitimização, tem uma oportunidade de ser reparada – momento em que a pessoa é apresentada ao outro braço do Estado - a polícia judiciária, também conhecida por polícia repressiva ou polícia preventiva especializada.

Nesse momento todo o transcorrido será analisado por alguém afeito ao mundo do direito, absolutamente imparcial, mas que não possui o dom da vidência. A autoridade policial, por certo dará crédito aos testemunhos dos mesmos policiais que participaram da fiscalização, que sustentaram ter encontrado o produto proibido e que por

fim afirmaram que aquilo estava sendo transportado no veículo de alguém. Ai presente a segunda ação negativa estatal.

Aquela pessoa sofrerá ainda uma terceira ação negativa, ou seja, será vítima uma vez mais quando for-lhe anunciada a punição pelo Estado-Juiz, por um crime que não cometeu.

A frase: a liberdade é a regra, a prisão a exceção - deveria ser melhor avaliada, sopesada. Prende-se muito no Brasil e muitas vezes de forma atabalhoada e injusta. A prisão deveria ocorrer somente diante de provas irrefutáveis e incontestáveis.

A autoridade que for avaliar um fato como o descrito, certamente se curvará à dúvida. Mas, a força do testemunho de policiais (que poderá não ser fidedigno), ganhará fôlego ao qual sucumbirá o avaliador.

Por isso que outros meios de prova deveriam ser exigidos e apresentados quando da condução de uma pessoa presa à presença do delegado para uma decisão segura, indubitosa, legalista e justa em perfeita conotação com os princípios constitucionais e com os direitos fundamentais.

1.3.2 princípio constitucional da subsidiariedade, da fraternidade e do direito penal solidário

O termo subsidiariedade significa ajuda, apoio, socorro. Contudo, segundo o dicionário HOUAISS²³, pode ser entendido como defesa, proteção.

Quando aplicado à esfera do Estado, o princípio de subsidiariedade significa que o mesmo tem o dever de ajudar as pessoas, reconhecendo-as como sujeitos na realidade em que se posicionam.

O Estado deve promover o bem comum e assegurar a participação de todos na coisa pública.

A Constituição Federal não explicita o princípio da subsidiariedade em seu texto. No entanto, este princípio vem implicitamente norteado em alguns de seus artigos, como por exemplo, quando infere que o Estado deve preservar o respeito à dignidade e à liberdade do homem.

²³ Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

No mundo moderno está em ascensão a atuação humana baseada na solidariedade até como modo de se garantir a vida em sociedade.

O valor da solidariedade vem ganhando forma e consistência ao longo dos anos. Mas urge que se analise a que ponto de vista o exame da solidariedade é palmilhado no mundo jurídico hodierno.

O seu subsídio se encontra nas relações com os direitos fundamentais e permanece insculpido na Lei Maior como espécie de princípio.

A história da solidariedade se iniciou na teoria individualista de Protágoras, autor da célebre frase: “...o homem é medida de todas as coisas, das que são o que são, e das que não são o que não são...”²⁴.

Pela teoria, o mais fraco ficava subjugado pelo mais forte.

A natureza demonstra claramente tais fatos. Porém, os homens mais fracos se unem e realizam as suas leis escritas apenas com o intuito de obterem vantagens e de se igualarem aos mais fortes.

Surgem os idealizadores da teoria contratualista - Hobbes, Locke e Rousseau, considerando o Estado como uma ficção humana apto a propiciar a vida em coletividade²⁵.

Para Thomas Hobbes, autor da obra “Leviatã”, a eleição de um homem ou uma assembléia de homens era a única forma de defendê-los.

É por meio da razão que o homem entende a reciprocidade do contrato, abrindo mão da liberdade e da vontade em nome do eleito.

Confundia o estado de natureza com o estado de guerra, pois que este era fruto do confronto entre os desejos.

Já John Locke autor da obra “O segundo tratado do governo civil”, considerava que o homem no estado de natureza gozava da liberdade dada pela própria lei natural, fruto da sua razão.

Por isso que a razão era capaz de ensinar aos homens que são todos iguais e independentes e deste modo nenhum deveria criar obstáculos aos outros.

²⁴ AVELINO, Pedro Buck. Princípios da Solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 53, out/dez, São Paulo: RT, 2005, p. 230

²⁵ HOBBS, Locke e Rousseau. As três principais Teorias Contratualistas: Disponível em: <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/politics/1962447-tr%C3%AAs-principais-teorias-contratualistas-hobbes/#ixzz1f7NA3Dv1>. Acesso: em 29.11.2011

Assim, o Estado é criado apenas para corrigir os inconvenientes do estado de natureza.

A seu turno Jean Jacques Rousseau, autor da obra “Contrato Social”, apregoava que o homem somente foi feliz quando vivia no estado de natureza obedecendo aos seus instintos próprios.

Salientava que o direito era apenas o decorrente da soberania popular e não o do rei. Mas, o ente constituído pelos homens só era suportável enquanto justo e promotor do bem comum. Por isso que ele defendia o direito de revolução, como meio capaz de substituir o governo.

Ocorre que com a criação do Estado, nascem as injustiças sociais, a miséria humana e a exacerbada conduta exploradora da força de trabalho operário, gerando a concentração de riquezas. Deixa o Estado de subsidiar os menos favorecidos e passam os economicamente mais fortes a dominar a sociedade.

Assim, se faz necessário a valorização da dignidade da natureza humana, protegendo a importante faceta social do ser humano.

Nas palavras de Hume²⁶, em sua obra “Tratado da Natureza Humana”, ressalta a importância de todos os seres humanos viverem relacionados e que as influências dos sentimentos de uns são sentidas pelos outros.

Eis que surge a noção de cooperação, ou seja, a solidariedade.

Desta forma, as teorias seguintes buscaram corrigir as injustiças sociais das classes dominantes. Para tanto, se apercebe que era necessário a associação dos esforços de modo a viabilizar as estratégias para a defesa dos interesses.

Então o homem descobre a vantagem de viver em coletividade como instrumento poderoso para a defesa dos interesses individuais.

Pedro Buck Avelino (op., cit., p. 243) cita a obra “A divisão do Trabalho” de Émile Durkheim, como estudo sociológico que apresenta o conceito de solidariedade no aspecto mecânico e orgânico.

Combinou a pesquisa empírica com a teoria sociológica e chegou a conclusão de que a normalidade da sociedade era alcançada quando o indivíduo

²⁶ HUME, David. Tratado da Natureza Humana. Trad. Déborah Danowskoi, 1ª reimp. São Paulo: Unesp e Imprensa Oficial SP, 2000, p. 403.

concomitantemente entendia algo como obrigatório e superior a ele, ou seja, a consciência coletiva existe antes mesmo da sua tangibilidade.

Procurou demonstrar que a vida em sociedade era exercício de submissão:

[...] o indivíduo há de se sacrificar, em certa parcela de sua liberalidade, em nome do todo. Há de agir em prol do Estado, da sociedade, do todo, pois é da sociedade que ele, homem, provém, e não o inverso [...]

Um fator preponderante para o entendimento da expressão solidariedade consiste no fato de que o ser humano se preocupa com o próximo pois enxerga no outro uma semelhança consigo mesmo.

O princípio da subsidiariedade traz consigo a afirmação do papel do Estado enquanto parte do corpo político, ou seja, aquele que exerce o poder em favor do bem comum.

No Preâmbulo Constitucional está contido que ao Estado é destinado assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Fazendo um paralelo com o princípio da fraternidade, é inegável que o princípio fundado na igualdade dos homens perante a lei ainda persiste nas práticas jurídicas, tanto quanto o princípio da liberdade, conquistas de muitas lutas das sociedades antigas e das modernas.

Há que se valorizar o princípio da fraternidade no direito constitucional ante a sua importância e real repercussão na seara jurídica.

No mesmo diapasão é que se busca demonstrar o princípio da fraternidade que filosoficamente está ligado às idéias de liberdade e igualdade.

Trata-se na verdade de um reconhecimento necessário sobre a trilogia que marcou parte do pensamento revolucionário francês no século XVIII.

Há que se conceber e considerar a fraternidade como uma categoria jurídico-constitucional no nosso ordenamento legal, de modo a considerar a sua importância não só nos momentos históricos, mas avaliando o seu valor atual no meio jurídico.

A fraternidade vem sendo reconhecida e transformada ao longo dos tempos, passando de filosofia política ou até mesmo social para fazer parte do ordenamento jurídico.

Ainda que se possa questionar o fato da fraternidade ser aperfeiçoada espontaneamente, enquanto o direito que se aperfeiçoa com o uso da coatividade, há que se apreciar os institutos sob uma perspectiva jurídica, pois fraternidade e direito não são excludentes.

Então, a fraternidade necessita ser considerada como a igualdade em dignidade entre todos os homens. Vai muito além da simples idéia antiga de consanguinidade ou laços parentais.

Extrapolando o conceito simplista de significar laços que ligam membros de uma mesma família, a dignidade transmuta para a nova perspectiva dinâmica, esta sim, de constante evolução e transformação.

Deste modo, a pessoa passa a ser considerada no seu contexto relacional e a busca das suas próprias realizações junto à comunidade e participação com os demais membros, cada qual respeitando os direitos subjetivos do próximo.

Por isso é que a fraternidade deve ser enxergada e respeitada como uma categoria jurídica e parte de um sistema que propicia o sustentáculo não só do mundo jurídico, mas aos seus operadores, tanto os monocráticos como os dos órgãos colegiados.

Isto justifica a normatização dos direitos fundamentais e a sua correlação com os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

Além do mais, a fraternidade passou a ter estreita relação com a dignidade da pessoa humana como condição indispensável e necessária para se compreender o caráter intersubjetivo das normas.

Esse constitucionalismo fraternal influencia o âmbito jurídico, galgando conquistas até então inimagináveis, como exemplo, a própria justiça restaurativa, apta a solucionar conflitos com um resultado prático do princípio da fraternidade insculpida no direito constitucional.

Em nosso ordenamento jurídico o valor da solidariedade está presente na Constituição Federal no art. 3º, inciso I, cujo teor está expresso da seguinte forma: “Art. 3º

- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

A expressão passou a ostentar a qualidade de norma constitucional, visando pautar as nossas ações para a construção de uma sociedade solidária, justa e livre. Trata-se de um objetivo fundamental da República Federativa.

Assim, a essência jurídica das condutas dos órgãos estatais e privados deve seguir o mencionado mandamento constitucional, pois se trata de uma das finalidades do Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado Social ideal a ser alcançado por toda a sociedade.

Isto importa concluir que a solidariedade foi galgada à categoria de princípio constitucional e por isso há que refletir nas normas infraconstitucionais.

Fica evidente que o princípio da solidariedade necessita aumentar a sua aplicação em todas as searas do direito, inclusive, no Direito Penal.

Aliás, o legislador e o operador do direito vêm implementando tais ações, até como meio apto a dar eficácia à manutenção da paz social e correção das injustiças sociais.

A lei n. 9099/95²⁷ que classificou os delitos em menor potencial ofensivo e trouxe os princípios da celeridade, economia processual, simplicidade, informalidade e oralidade, proporcionou a rápida solução dos conflitos e propiciou digno tratamento às infrações menos graves, ou seja, até 02 (dois) anos de pena privativa de liberdade.

Mencionado comportamento se mostrou solidário tanto aos autores de práticas infracionais bem como às vítimas, que constataam a pronta resposta estatal e solução de conflitos que anteriormente se arrastavam por vários anos.

Porém, muito há que se implementar para a aplicabilidade do princípio da solidariedade no Direito Penal, em especial na ainda insistente manutenção da Lei das Contravenções Penais que já deveria ter grande parte dos seus tipos penais açambarcados pelo Direito Civil e pelo Direito Administrativo, como exemplo, a vadiagem e a mendicância.

²⁷ Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso: 03/03/2012.

A máxima de que o Direito Penal é a *ultima ratio* significa que o legislador infraconstitucional precisa corrigir e adequar as normas criminais ao princípio fundamental da solidariedade, essencial à correção das injustiças sociais penais que assolam o país.

O Direito Penal solidário não significa a complacência estatal para a prática delituosa, mas sim, a sua aplicação aos casos e situações realmente preponderantes e eleitas pela sociedade como relevantes.

No mundo jurídico, a noção do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal encontra variáveis que dificultam a determinação de se conquistar a segurança e paz social.

Isto se deve em especial pelo fato do homem ser dotado de alto sentido com conteúdo valorativo e dinâmico.

Ainda que sigamos a idéia tridimensional quanto ao aspecto fato, valor e norma, a experiência social recebe influxos que se desenvolvem a todo o momento buscando os novos valores para a realização da convivência humana.

Assim é que se consagra o fato do Direito Penal ser um sistema aberto e não fechado que se dinamiza ante as mudanças sociais e ao avanço científico, tornando o seu conteúdo mutável e jungido às evoluções humanas, sociais e até do próprio Estado.

Então o movimento frenético e as mudanças incrementam a todo o instante a idéia de descriminalização e criminalização de condutas, bem como a aplicação de penas mais brandas ou mais intensas. Exemplos: Lei dos Crimes Hediondos, Lei Maria da Penha, Lei de Drogas, lei que criou os Juizados Especiais Criminais, dentre outras.

Levando-se em conta que o Direito Penal é o resultado das escolhas de política criminal influenciado pela sociedade organizada, o direito de punir se transforma em consonância com tais circunstâncias e o conceito de crime e consequentemente de bem jurídico tutelado se amolda ao momento histórico-político-social.

Porém, jamais poderemos abandonar a idéia da necessidade do Direito Penal em proteger as lesões aos bens jurídicos, posto que se trata de uma verdadeira conquista da sociedade. A teoria do Estado Moderno impôs limites ao poder estatal.

A importância para a eficácia, não apenas quanto a legalidade, mas sim quanto a legitimidade consiste no fato de que o Direito Penal deve adequar a sua eficácia às normas preconizadas em nosso texto maior.

No Direito Penal o legislador e o magistrado se movimentam a partir do marco do Estado Democrático, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana.

Jamais podem ser arbitrários na criminalização ou descriminalização de condutas ou mesmo na aplicação das normas penais.

O legislador recebe os influxos dos princípios ao momento fático da criminalização, enquanto o juiz realiza o mesmo trabalho por ocasião da interpretação e aplicação das normas.

Por isso que os mandamentos constitucionais de criminalização obrigam o legislador a tutelar penalmente determinado bem jurídico e ao mesmo tempo a descriminalizar determinados comportamentos.

No ordenamento jurídico a dignidade humana é fundamento da República Federativa e sustentáculo dos princípios constitucionais penais insertos na Magna Carta.

CAPÍTULO II - FIANÇA CRIMINAL – DETALHAMENTO DO INSTITUTO

A fiança criminal pode ser definida como uma caução real que consiste na entrega de valores feita pelo investigado ou autuado, ou por terceiro em seu favor, para que possa defender-se em liberdade das imputações contra a sua pessoa assacadas, nos casos previstos em lei.

É um direito do acusado garantido pela Constituição Federal, na medida em que satisfazendo o recolhimento de determinado valor e mediante a aceitação do cumprimento de certas obrigações faz com que ele conserve a sua liberdade até o pronunciamento da sentença judicial.

Diz o Supremo Tribunal Federal (STF): “Satisfeitos os pressupostos legais, a prestação da fiança é direito do réu e não faculdade do Juiz”, (RTJ, 116/139).

A fiança criminal é a exigência estabelecida pela legislação processual penal pátria com vistas à obtenção da liberdade provisória, nos crimes que a admitem. Dessa forma, ultimadas as atividades de polícia judiciária em que o investigado cometeu ilícito do rol dos afiançáveis, a autoridade policial, após promover análises circunstanciais sobre a vida pregressa do autor, ao verificar que o mesmo faz jus ao benefício, vai fixar o valor pecuniário.

O autor encontrar-se-á na iminência de ser preso, mas será solto na fase policial se atender ao mandamento legal. A *contrario sensu*, será incluído no sistema prisional até que a autoridade judiciária examine o seu caso e acabe por promover a sua soltura dispensando-o do pagamento da caução.

Assim, trata-se a fiança criminal de garantia real satisfeita pelo próprio autor da infração afiançável ou por terceira pessoa em seu favor, não sendo de interesse da lei a idoneidade de quem a presta. Por paradigma, o objetivo de garantir o pagamento de custas processuais e de eventuais ônus a que estiver sujeito o infrator.

2.1 aspectos preliminares do instituto da fiança criminal

A fiança criminal poderá ser concedida pelo delegado nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima abstratamente prevista não seja superior a quatro anos, segundo dicção do modificado art. 322 da nova lei nº 12.403, sancionada pela Presidenta da República em 04 de maio de 2011. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

A lei alterou 32 (trinta e dois) artigos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Antes da modificação a fiança era concedida pela autoridade policial apenas nos crimes apenados com detenção ou prisão simples, jamais nos crimes apenados com reclusão. No entanto, não podia o crime gerar clamor público e nem ser cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa. Incumbia à autoridade judiciária apreciar o instituto da fiança nos delitos apenados com reclusão. Pela nova lei, a autoridade policial ganhou essa atribuição conforme expressa o mencionado art. 322.

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 04 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Ipsa facto, a autoridade policial *ex vi* da nova lei, inopinadamente viu-se imbuída de atribuições de alta responsabilidade, vez que passou a fixar o valor da fiança criminal também aos presos surpreendidos na prática de delitos apenados com reclusão com pena não superior a 04 (quatro) anos. Até então, como já alinhavado, podia a autoridade policial fixar o valor da fiança nos moldes cabíveis, quais sejam, aos presos incurso em tipos apenados com detenção ou prisão simples com pena abstrata não superior a 02 (dois) anos.

2.2 escorço histórico do instituto da fiança e da liberdade provisória

O instituto da liberdade provisória origina-se do direito antigo. Na Grécia, se três cidadãos oferecem caução, o réu ganhava a liberdade provisória. Contudo, aqueles que estavam oferecendo a garantia, também tinham a responsabilidade da presença do

afiançado em todos os atos processuais. Seriam responsáveis, portanto, pela fuga do beneficiado. A partir da lei das XII Tábuas, a liberdade provisória passou a ser considerada direito entre os romanos. Antes do período imperial previa o direito romano que o acusado poderia responder ao processo em liberdade desde que pagasse uma fiança. No caso de pessoas pobres, bastaria um compromisso de que compareceria a todos os atos do processo. A ausência num ato do processo sem justificativa, resultaria na prisão imediata do faltoso. Na Idade Média foi usada a liberdade provisória de duas formas, mediante garantia fidejussória, que consistia no empenho da palavra de pessoa idônea, ou mediante o pagamento de um valor pecuniário, uma caução. Na Inglaterra, de 1554 a 1826 teve vigência o *Statute of Philip and Mary*, no último ano, por força do Ato Sete do Rei Jorge IV. Foram criadas novas normas sobre a fiança, especialmente, porque o juiz passou a conceber a fiança de forma discricionária, mas somente se a infração cometida fosse leve ou grave, nunca em crimes gravíssimos. No direito português, as Ordenações tiveram influência, tendo em vista que trouxeram modalidades de liberdade provisória, como exemplos, a carta de segurança, a homenagem ou menagem, a caução por fiéis carcereiros e a fiança. Para Luiz Otávio Rocha e Marco Antonio Baz²⁸:

“Na Grécia, nos crimes que não envolviam conspiração política ou peculato, permitia-se ao réu ficar em liberdade, desde que, três outros cidadãos prestassem caução e se comprometessem a garantir a presença do réu nos atos processuais. Entre os romanos, anteriormente ao período imperial, era permitido ao indivíduo defender-se em liberdade, exceto nos crimes contra a segurança do Estado, desde que pagasse fiança ou prestasse o compromisso de comparecer aos atos processuais, no caso de ser pobre. Com o advento do período imperial, o instituto da liberdade provisória ficou sob o poder discricionário do juiz, como mero favor caso concedido ao indivíduo. No direito português, nas Ordenações eram previstas as seguintes modalidades de liberdade provisória: Seguro ou Carta de Segurança: o acusado fazia uma promessa em juízo para se livrar solto e para tanto também era sujeito a observar determinadas condições. Homenagem ou Menagem: era concedida somente a determinadas pessoas, tidas como qualificadas, e era uma espécie de privilégio que gozavam para responder a processo em liberdade e deveriam permanecer em determinado local, cidade, castelo, durante o processo. Caução por fiéis carcereiros: consistia na palavra dada por fiadores considerados idôneos que o réu compareceria a todos os atos processuais, e desta forma, era concedido a ele a graça pelo rei, que permitia que respondesse o processo em liberdade. Fiança: o réu prestava uma caução que lhe permitiria responder o processo em liberdade e assegurava a sua apresentação no dia do julgamento”.

²⁸ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; BAZ, Marco Antonio Garcia. *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

O seguro – mais conhecido como cartas de seguro, era a modalidade em que o infrator prometia cumprir determinadas condições impostas para livrar-se da prisão iminente até o julgamento. Na antiguidade o processo penal baseava-se na presunção de culpabilidade. A homenagem ou menagem – constituía uma espécie de privilégio exclusivamente concedido à nobreza da época. O infrator permanecia em liberdade provisória por prazo determinado, comprometendo-se a comparecer no julgamento. Esse privilégio era concedido a desembargadores, vereadores, doutores e fidalgos. Permaneciam custodiados em suas próprias casas, castelos, durante a tramitação do feito. A caução por fiéis carcereiros – correspondia à obtenção da liberdade do réu, através da palavra de fiadores idôneos, que se responsabilizavam pela guarda e apresentação do imputado ao julgamento. Numa análise global, é fato marcante que a privação da liberdade individual existe desde os primórdios da civilização. Na antiguidade já se restringia o direito do indivíduo antes mesmo da decisão condenatória definitiva e tal se dava logo após à prisão em flagrante. Acreditava-se que a prisão servia como um lugar de custódia do infrator onde se preservava a sua integridade física até o momento de decisão sobre o deslinde do seu caso – se sofreria uma pena de prisão regular ou mesmo se sofreria a pena capital: a execução. Na antiguidade, conforme Odete Maria de Oliveira²⁹, a prisão era utilizada como “meio de impedir a fuga do acusado ou para forçar certos devedores a pagar suas dívidas”. Verifica-se que desde a sua origem, o instituto da liberdade provisória tinha como exigência o dever do infrator em comparecer ao processo e a prestação de certas garantias, para que não houvesse o risco de eventual fuga. Discorrendo sobre este importante tema, assevera Eugênio Pacelli de Oliveira³⁰, que:

“A fiança, desde a época das Ordenações Afonsinas [...] consistia na faculdade concedida ao acusado de permanecer em liberdade através de prestação de caução por fiador, que se responsabilizava pela apresentação do réu a todos os atos processuais, sob o risco de arcar com as custas e a pena pecuniária imposta pela sentença, ainda que esta excedesse o valor da fiança. Essa última modalidade de liberdade provisória era aplicada, como ainda acontece atualmente, nos crimes considerados mais leves e mediante o comparecimento do imputado aos atos do processo [...] como se vê, desde aqueles tempos, era prevista a hipótese em que o livramento se dava para o réu solto, isto é, para aquele cujo delito, apesar do aprisionamento e lavratura do

²⁹ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: Um Paradoxo Social*. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 1996, p. 44.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 62/63.

flagrante, não se impunha a custódia imediata, em razão da baixa apenação cominada, e, por isso, da menor reprovabilidade da conduta”.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, também privilegiou a fiança, ao expressar em seu art. 72, § 14, que ninguém poderia ser levado à prisão ou nela mantido se prestasse fiança idônea. Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Penal – no ano de 1941, a fiança criminal voltou aos cuidados do direito processual penal. A promulgação do Código de Processo Penal trouxe inúmeras inovações ao ordenamento jurídico brasileiro no que concerne à concessão da liberdade provisória ao indivíduo preso em flagrante delito, que permanecem até os dias atuais. Bem assentado na mencionada legislação repressiva sobre as modalidades de liberdade provisória, vale dizer, aquela auferida mediante o pagamento de fiança e aquela que independe de tal garantia, quando o investigado livra-se solto. Saliente-se, outrossim, a modalidade de liberdade provisória quando da ocorrência de excludente de ilicitude, hipótese em que o autor, em se comprometendo a comparecer a todos os atos processuais, auferir a liberdade provisória. Na concepção de Eugênio Pacelli de Oliveira³¹:

“[...] desde 1977, a legislação processual fez uma opção claríssima em tema de prisão [...] o preso em flagrante somente terá mantida a sua prisão se [...] pelo exame do auto de prisão [...] for possível verificar a ocorrência de razões que determinem a decretação de sua prisão preventiva [...] Conseqüência: a prisão provisória, como medida cautelar que é, nos termos dos arts. 312 e 313 do CPP, passava, desde aquela época, a constituir exceção do sistema. A regra, como se observa era (e é) a restituição da liberdade, logo após cumpridas as funções do flagrante, tendo em vista a inexistência de sentença condenatória definitiva [...]”

De acordo com o art. 5º, inciso LXVI da Constituição Federal “ninguém será levado à prisão [...] quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, exsurge que o espírito da Magna Carta de 1988 é no sentido de fazer ampliar as garantias e direitos fundamentais do indivíduo que se encontra submetido ao processo penal. Positivado através do art. 5º, incisos LVII e LXVI, que a regra geral é preservar o estado de liberdade da pessoa. Em suma, conforme já permeado nesta pesquisa, o instituto da liberdade provisória tem essa nomenclatura não em razão do atributo natural, aquilo que o ser humano traz desde o seu princípio, aquilo que se deve compreender e entender por estado de liberdade da própria natureza humana, mas, a liberdade mensurada enquanto

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 434/435.

direito reconhecido em todos os documentos internacionais do mundo ocidental de nossos tempos que cuidam não só do homem, mas também dos direitos humanos.

2.3 natureza jurídica do instituto da fiança criminal e da liberdade provisória

A liberdade é um bem jurídico absoluto e imprescindível à dignidade da pessoa humana, não devendo, jamais, curvar-se às relativizações.

Não obstante, o instituto da prisão cautelar, está ligado à garantia de aplicação da paz e segurança jurídica.

Entremeando-os há a liberdade provisória, com ou sem ônus pecuniário, a fiança criminal. Existem situações em que a pessoa investigada e presa pela prática de um delito, possa ser libertada de sorte a responder sua incriminação fora do cárcere. Quando há o livramento sem a necessidade de fiança o conceito jurídico dado à liberdade provisória é o do livramento sem o pagamento de fiança. Havendo a necessidade do recolhimento do valor economicamente apurável, se denomina liberdade provisória com pagamento de fiança. De acordo com o dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (op. cit., p. 1334):

“Fiança é o ato de fiar, de abonar obrigação de outrem; penhor, caução; ato de terceiro, denominado fiador, que vem garantir o pagamento da obrigação assumida por outra pessoa, o devedor, no caso de a obrigação não ser por este cumprida no tempo e nas condições previamente estabelecidas; quantia depositada antes do julgamento, pelo réu de crime arrolado entre os menos graves (ou por terceiro em seu favor) para que possa se defender em liberdade”.

Se o investigado preencher os requisitos estabelecidos em lei, passa a fazer jus ao benefício da fiança criminal, ou seja, essa vantagem é pessoal e intransferível e trata-se de um direito subjetivo do investigado, garantido constitucionalmente.

Nesses casos, a autoridade competente deve reconhecê-la de ofício, sob pena de ser apontada como autoridade coatora ou até mesmo responsabilizada por infringência ao crime de abuso de poder.

A fiança criminal é definida pela vasta doutrina como uma garantia real e consiste no depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal.

Essa mesma doutrina debate se a fiança seria sucedânea da prisão provisória e nesta ótica, entendida como contracautela ou se enquadraria na classificação própria das medidas cautelares. Para José Frederico Marques³²:

“A fiança criminal, desse modo entendida, é espécie de que a liberdade provisória constitui o gênero. Trata-se, pois, de contracautela destinada a impedir que a dilação do processo condenatório cause dano ao *jus libertatis* de par com o caráter de sub-rogado cautelar da prisão provisória”.

Sob esta ótica, entende-se que a prisão provisória seria a medida cautelar, destinada a assegurar a efetividade do processo, ao passo que a fiança seria a contracautela desta medida. Neste sentido, explicam Luiz Otávio Rocha e Marco Antonio Baz (op., cit., p. 18) que:

“[...] a liberdade provisória com fiança já foi vista como uma contracautela, em contraposição à prisão provisória. A prisão em flagrante delito do indiciado seria uma cautela para a regular tramitação do processo penal e sua cessação exigiria uma contracautela, representada pela fiança”.

O princípio do estado de inocência constitucionalmente previsto, deveria ser melhor aquilatado em todas as situações em que se verificassem a iminência da decretação da restrição da liberdade.

O que se percebe em âmbito genérico hodiernamente é que primeiro se prende, geralmente, com o ganho de momentos de notoriedade através dos holofotes de plantão e, somente, depois, com o carrear do enfoque investigativo e processual, é que as autoridades realmente se debruçam para aferir a veracidade da notícia criminosa e de sua autoria. Para Scarance Fernandes³³:

“[...] a idéia de fiança como contracautela é também equivocada pelo fato de somente se referir a uma contracautela quando o réu já estivesse preso, ao passo que enquanto solto, possuía natureza idêntica a uma, em sua essência, às outras modalidades de medidas cautelares”.

Em linhas gerais, entendemos que a prisão de alguém pode ser focado como tutela da sociedade. A autora desse procedimento é a justiça pública. O interesse na segregação do infrator é de toda a sociedade que decide por essa exclusão como um bem a si própria. Portanto, a prisão cautelar serve para a garantia da ordem pública.

³² MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Editora Imprensa: Campinas, Bookseller, 1997.

³³ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, (2003, p. 323)

Como já dito, preenchidos os requisitos legais, dentre eles, a questão da reincidência e vida progressiva, e se o delito praticado estiver entre aqueles em que se admite a soltura por meio do recolhimento de uma caução, uma garantia, passa o investigado a fazer jus ao benefício, um direito subjetivo garantido pela *Lex Maior*. Para Magalhães Noronha³⁴:

“A fiança é um direito subjetivo do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível”.

Acrescente-se que o preso pode livrar-se solto não apenas recolhendo, em espécie, o valor caucionado. Pode, igualmente, oferecer depósito de pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

2.4 distinção entre o instituto da fiança criminal e a liberdade provisória

Conquista-se a liberdade provisória desde que a infração praticada esteja no rol das afiançáveis. Portanto, nos crimes inafiançáveis, só pode ser concedido este instituto quando não estiver presente o *fumus boni iuris*, ou seja, quando não há prova da existência do crime ou quando não há indício suficiente da autoria.

Assim, afora estas circunstâncias, nos casos em que não se admite a liberdade por satisfação de qualquer tipo de garantia, o investigado terá que aguardar o posicionamento da justiça criminal segregado. A liberdade provisória é consectário lógico do pagamento de fiança nos casos admitidos.

Fazendo a distinção entre a fiança e a liberdade provisória afirma Magalhães Noronha (1997, op., cit., p.183) que com relação à liberdade provisória, o julgador teria a faculdade de concedê-la.

“Há uma distinção entre a liberdade provisória e a fiança. Esta última constitui um direito do réu, enquanto a liberdade provisória poderá ou não ser concedida, não sendo um direito do acusado, mas uma faculdade do julgador, como indica o verbo usado pelo legislador: poderá. Destarte, é possível que o acusado não tenha direito à fiança, mas seja favorecido pela liberdade provisória”.

³⁴ NORONHA, Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva (1997, p. 186).

Casos há em que é perfeitamente possível a soltura do autor do crime dada a afiançabilidade do delito. No entanto, entre a prisão apenas para dar uma resposta à sociedade e a soltura simplificada, escolheu o legislador algo que ficasse entre uma situação e outra: a liberdade provisória. Entre outros significados, sabe o preso provisório que pode ser recolhido a qualquer momento à prisão, basta que volte a incorrer em erro ou mesmo não justificar eventuais descumprimentos de acordos judiciais. Posicionamento de Júlio Fabrini Mirabete (2006, op., cit., p. 438) sobre o tema:

“Tem-se entendido, por vezes, que o parágrafo único do artigo 310 do CPP atribui ao magistrado a mera faculdade de conceder a liberdade provisória. Trata-se, porém, de um direito subjetivo processual do acusado que, despojado de sua liberdade pelo flagrante, a readquire desde que não ocorra nenhuma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. Não pode o juiz, reconhecendo que não há elementos que autorizariam a decretação da prisão preventiva, deixar de conceder a liberdade provisória. Além disso, embora a lei diga que a liberdade é concedida quando o juiz verificar a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, deve-se entender que quer dizer que deve concedê-la quando não verificar a ocorrência de uma dessas hipóteses, pois caso contrário estaria exigindo a evidência de um fato negativo, o que não se coaduna com o sistema probatório do processo penal”.

Não se pode olvidar que o recolhimento do valor fixado como fiança é um direito subjetivo constitucional do investigado. Trata-se de um mandamento da Magna Carta. Cumpridas pelo preso as obrigações estabelecidas pela lei, não há justificativa ou fundamentação judicial que possa convencer sobre a eventual negação. Sob o novo paradigma traçado pela lei 12.403/11, assevera Edilson Mougnot Bonfim³⁵, citando Mirabete, que “a liberdade provisória aplica-se para atenuar tanto a prisão já decretada (atual) quanto aquela que poderia ser decretada (iminente)”.

Expressando-se em sua obra sobre o instituto da fiança criminal, asseveram Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves³⁶ que ela “havia perdido sua importância [...] reconquistando a relevância após as reformas da lei nº. 12.403/11”.

Enxergamos na regra permissiva da fiança, premissa de direito penal solidário, princípio da fraternidade e regra com viés humanista.

³⁵ BONFIM, Edilson Mougnot. Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403/11. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

³⁶ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Processo Penal – Parte Geral. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Como já explanado anteriormente, resta à autoridade competente assimilar a essência do princípio da presunção de inocência e aplicá-lo aos casos concretos de sorte a que o direito seja manejado em sua plenitude de justiça, e que o increpado possa sentir a sensação de que a sua potencialidade de defesa foi eficazmente saciado.

Guilherme de Souza Nucci (ob., cit., p. 618), conceitua a liberdade provisória como:

“a liberdade concedida ao indiciado preso em flagrante [...] que, por não necessitar ficar segregado, provisoriamente, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, deve ser liberado, sob determinadas condições [...]”

A fiança tem por objetivo, especialmente, garantir a liberdade provisória do indiciado enquanto tramita o processo criminal. Entregando bens ao Estado, o investigado estaria vinculado ao acompanhamento da instrução.

Não se pode olvidar que na análise de reincidência, o juiz não deve recrudescer seu posicionamento só porque aquele investigado possui outro inquérito, por outro motivo, em andamento, ou mesmo um outro processo criminal.

Esse raciocínio contraria o princípio da presunção de inocência, vez que aquela pessoa pode muito bem ser absolvida ao final daquele outro procedimento.

Edílson Mougenot Bonfim (op., cit., p. 147), discorrendo sobre a prisão cautelar, aduz que:

“O instituto da prisão cautelar implica o encarceramento do acusado mesmo sem a existência de sentença condenatória. A privação da liberdade anteriormente à prolação da sentença condenatória com trânsito em julgado, é medida excepcional [...]”

O fato é que a lei processual penal admite a existência de um sucedâneo à prisão provisória, que é a contramedida que possibilita ao investigado manter-se livre desde que opte e tenha condições financeiras suficientes para recolher o *quantum* pecuniário fixado, a caução real. Como já delineado nesta pesquisa, o fundamento da liberdade provisória é o art. 5º, LXVI, da CF., segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

De outra banda, é também fato que as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, podem ser aplicadas conjuntamente com a liberdade provisória então concedida.

O autor Edilson Mougenot Bonfim anota julgados sobre o tema (ob., cit., p. 156):

Direito de aguardar em liberdade: “Se estiverem preenchidos os requisitos legais para a sua concessão o réu terá direito de aguardar em liberdade, mediante fiança, o julgamento de recurso interposto (TJRJ, RT 561/405)”

Benefício da fiança concedido pelo STJ: “Após a concessão do benefício pelo STJ de o acusado permanecer em liberdade após a condenação, não pode o magistrado monocrático determinar a expedição de mandado de prisão contra o réu na sentença recorrível. Ato que acarreta usurpação de competência (STJ, RT 827/546)”.

A doutrina e a jurisprudência explanam que sendo condenado definitivamente o réu, a fiança servirá para o pagamento das custas processuais, para o pagamento de eventual indenização à vítima e, se imposta, também para o pagamento da pena de multa.

Mesmo que haja a prescrição da pretensão executória, não há impedimento a que o valor da fiança seja destinado ao pagamento das custas processuais e da indenização devida ao ofendido. No entanto, eventual pena de multa imposta não será paga com o valor da fiança, uma vez que o Estado não mais poderá executá-la.

No caso da absolvição ou da decretação da extinção da punibilidade, restitui-se o valor da fiança, devidamente atualizado, a quem o houver prestado.

Vejamos as seguintes decisões que possuem conexão com o art. 337 do Código de Processo Penal:

“Extinta a punibilidade pela prescrição sem ter havido condenação, é possível a restituição da fiança prestada pelo réu (6ª Turma, Resp 124.149/SP, rel. Vicente Cernicchiaro, j. 2-3-1999)”.

“Levantamento da quantia depositada a título de fiança criminal revela-se depósito judicial que impõe, na restituição, o pagamento da complementação atinente aos rendimentos do mesmo depósito com fundamento no princípio *restitutio in integrum* (TJSP, AC 199.201, rel. Ernani de Paiva, 21-10-1993; JTJ 153/36)”.

A fiança será sempre definitiva. Isso quer dizer que não é possível oferecê-la de forma condicional, e, uma vez concedida a liberdade provisória, o valor ou bem ficará gravado com o ônus da garantia, até o final do processo ou outra decisão alterando tal gravame. É da doutrina corrente que se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o investigado ou mesmo declarada extinta a ação

penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 do CPP: “o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas [...] se o réu for condenado”. Antonio Scarance Fernandes³⁷ sobre o tema assente que:

“a expressão liberdade provisória, não é adequada [...] melhor seria falar em liberdade vinculada. O preso assume compromissos que, se descumpridos, poderão levar à prisão [...]”.

Hodiernamente as prisões cautelares no Brasil são três: a preventiva, a prisão temporária e a prisão gerada pelo auto de flagrante delito. A prisão por pronúncia, antes pertencente a esse rol, não mais existe desde agosto de 2008. O juiz ao proferir a decisão de pronúncia determinará a prisão do réu apenas nos casos em que presentes estejam os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva.

2.5 sistema de liberdade provisória pátrio e o direito comparado

Em busca de conteúdo sobre o sistema de liberdade provisória pátrio e o direito processual praticado em outra cultura jurídica, a pesquisadora Dra. Simona Leporati³⁸, advogada militante na cidade de Lesa (no), na Itália, região de Piemonte, atualmente em pesquisas na cidade de Dracena-SP, forneceu o seguinte relato sobre o tema em epígrafe, em sua língua nacional, conforme anotamos:

“Nella legislazione penale italiana non è prevista la cauzione, come pagamento di una somma atta ad ottenere la libertà provvisoria o anche detta libertà su cauzione. La libertà provvisoria nel sistema penale italiano è la libertà, quale sostituzione della pena detentiva o quale applicazione di misura cautelare, nelle more del procedimento penale stesso”.

A lei penal italiana não admite, à consecução da liberdade, pagamento de soma ou mesmo fiança. A liberdade provisória no sistema penal italiano é a liberdade simples ou a substituição da pena prevista no processo em trâmite por uma medida de precaução.

“Gli artt. 228-229-230 e 231 c.p. definiscono gli aspetti principali della libertà vigilata. La libertà vigilata non è una pena, ma una misura di sicurezza non

³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Disponível em: www.justitia.com.br/links/revista.php - Acesso: em 05/03/2012.

³⁸ LEPORATI, Simona. Advogada Italiana na cidade de Novara - região de Piemonte. Contacto: E-mail: simonaleporati@hotmail.com, 2012.

detentiva e consiste nella concessione della libertà al condannato, che è affidato alla pubblica sicurezza, per la sorveglianza, ed al Centro di Servizio Sociale, per il sostegno e l'assistenza".

Esses tipos penais italianos, definem os principais aspectos da liberdade condicional. Assentado que a liberdade condicional humanitária não é punição, mas medida de segurança humana não privativa de liberdade.

“Art. 228 - La sorveglianza della persona in stato di libertà è affidata all'Autorità di pubblica sicurezza (p.p. 658 ss.; o.p. 55). Alla persona in stato di libertà vigilata sono imposte dal giudice prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati (att. P.p. 190). Tali prescrizioni possono essere dal giudice successivamente modificate o limitate. La sorveglianza deve essere esercitata in modo da agevolare, mediante il lavoro, il riadattamento della persona alla vita sociale. La libertà vigilata non può avere durata inferiore a un anno. Per la vigilanza sui minori si osservano le disposizioni precedenti, in quanto non provvedano leggi speciali. L'art. 229 c.p. definisce i casi nei quali può essere ordinata la libertà vigilata. Oltre quanto è prescritto da speciali disposizioni di legge la libertà vigilata può essere ordinata; Nel caso di condanna alla reclusione per un tempo superiore a un anno; Nel caso in cui questo codice autorizza una misura di sicurezza per un fatto non previsto dalla legge come reato”.

O texto transmite a exata dimensão do processo de liberdade provisória italiana, ou seja, que ele é um estado de liberdade fiscalizado pela autoridade de segurança pública, por no mínimo 01 (um) ano. Uma pessoa em estado de provação é observada pelo tribunal de sorte a evitar que volte a delinquir. Esse acompanhamento visa a facilitar a vida da pessoa para que possa se reabilitar e conviver com a sociedade.

L'art. 229 c.p. 2c. definisce i casi nei quali deve essere ordinata la libertà vigilata. La libertà vigilata è sempre ordinata:
Se è inflitta la pena della reclusione per non meno di dieci anni: e non può, in tal caso, avere durata inferiore a tre anni;
Quando il condannato è ammesso alla libertà condizionale (p. 176 s.);
Se il reo abituale o professionale, non essendo più sottoposto a misure di sicurezza, commette un nuovo reato, il che quale si manifesta di come abitudine o professionalità;
Negli altri casi determinati dalla legge.
Detto articolo è stato poi abrogato dall'art. 31 1c L. n. 663/1986 e così riscritto.
Il comma 2 dell'art. Cit. dispone ora: <<Tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa>>
Fuori Del caso preveduto dalla prima parte dell'articolo 177, quando la persona in stato da libertà vigilata trasgredisce agli obblighi imposti, l'art. 231 prevede che il giudice non può aggiungere alla libertà vigilata la cauzione di buona condotta.
Avuto riguardo alla particolare gravità della trasgressione o al ripetersi della medesima, ovvero qualora il trasgressore non presti la cauzione, il giudice può sostituire alla libertà vigilata l'assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro, ovvero, se si tratta di un minore, il ricovero in un riformatorio giudiziario.

Nel sistema di applicazione della libertà vigilata è coinvolto con obblighi specifici il CENTRO DI SERVIZIO SOCIALE, i cui compiti sono:

Neste trecho notamos que a lei italiana define os casos em que podem ser determinadas a liberdade condicional, que são aqueles casos em que a própria lei prevê medida de segurança ou nos longos períodos de condenação, não inferior a dez (10) anos; o infrator não pode voltar a delinquir e nem estar sujeito a medidas de segurança, situações essas, impostas aos presos possuidores de condutas socialmente perigosas. O bom comportamento do infrator também é levado em consideração ante a possibilidade da conquista da liberdade condicional.

O juiz leva em consideração a forma como a infração foi cometida, especialmente a sua gravidade ou não, para promover a substituição do estágio de colônia agrícola para trabalhos domésticos.

Prima dell'ammissione allá libertà vigilata

Svolge un'inchiesta di servizio sociale, richiesta, a seconda dei casi, dal Magistrato di Sorveglianza, dal direttore dell'istituto penitenziario, o dal Tribunale di Sorveglianza, finalizzata a fornire elementi, oggettivi e soggettivi, relativi all'appartenenza ed alle risorse personali, familiari, relazionali ed ambientali.

Nel corso della misura

Il Centro di servizio sociale há il compito di aiutare il condannato in libertà vigilata ai fini del suo reinserimento e, pertanto:

- svolge interventi di sostegno e di assistenza;
- riferisce periodicamente al Magistrato di Sorveglianza sui risultati degli interventi effettuati.

La sorveglianza del condannato in libertà vigilata è invece affidata alle autorità di pubblica sicurezza, e deve comunque essere esercitata in modo da agevolare il riadattamento alla vita sociale (art. 228 c.p.).

La richiesta di libertà vigilata è accolta o respinta con un'ordinanza.

Il giudice competente alla ammissione è in alcuni casi il giudice che infligge la condanna principale, in altri casi il Magistrato di Sorveglianza in sede di primo esame o di riesame della pericolosità sociale del condannato.

In caso di libertà vigilata per la libertà condizionale è competente il Tribunale di Sorveglianza. In ogni caso la competenza a dettagliare le prescrizioni è Del Magistrato di Sorveglianza (art. 190 norme att. C.p.p.)

Le prescrizioni non sono rigidamente predeterminate; il loro contenuto minimo è comunque dato da:

- l'obbligo di conservar la carta precettiva e di presentarla ad ogni richiesta;
- l'obbligo di essere sempre reperibile;
- il divieto di trasferire la residenza da Comune a Comune senza autorizzazione Del Magistrato di Sorveglianza e nell'ambito Del Comune senza preavvisare l'organo di polizia ed il Centro di Servizio Sociale;
- l'obbligo di presentarsi secondo precise modalità presso gli uffici di pubblica sicurezza"

No sistema de aplicação da liberdade condicional estão envolvidas as obrigações específicas do Centro de Serviço Social, cujas atribuições, antes de deferir a condicional – o juiz realiza um levantamento de serviço social adequado para as atividades do infrator, que visa proporcionar elementos que se amoldem aos aspectos de relacionamento e ambiente.

Por sua vez, o Centro de Serviço Social auxilia a justiça com informações periódicas sobre a conduta do infrator, estando vedado a ele, dentre outras exigências, a transferência de domicílio sem a permissão do magistrado ou da autoridade policial.

Numa síntese, está patente que na Itália a pessoa presa em flagrante é conduzida para a “polizia”. Em 48 horas o preso deve ser apresentado ao juiz para análise e julgamento.

Esse sistema se assemelha muito com o brasileiro, porquanto a pessoa presa em flagrante no Brasil, como já dito, deve ter o seu expediente analisado imediatamente pelo magistrado que decidirá pela manutenção daquela pessoa no cárcere não mais pela prisão em flagrante, mas pela prisão preventiva já convertida ou, estabelecerá uma medida cautelar.

Ainda, no direito processual penal pátrio, poderá a autoridade judiciária reduzir em 2/3 (dois terços) o valor da fiança fixada ou mesmo desconsiderá-la ou, em outras palavras, dispensá-la com base no art. 350 do Código de Processo Penal, em razão de pobreza material do infrator.

Existe, outrossim, a possibilidade de ao preso ser concedida alguma medida cautelar. Portanto, no Brasil o preso poderá responder ao processo em liberdade ou não, dependendo da análise daqueles requisitos.

No sistema processual penal italiano se o preso for condenado, vai para a penitenciária e que lá não existe o instituto da fiança posto que em 48 horas, como dito, deve ele receber o seu veredicto.

Nesse lapso de 48 horas, a pessoa acusada do crime não tem o beneplácito da liberdade provisória, ou seja, ela sempre permanecerá reclusa até a decisão do juiz.

Trata-se de um sistema criminal muito rígido. O Estado italiano não permite aos presos visita íntima, porém, as prisões oferecem toda a estrutura necessária para o cumprimento da sanção com dignidade. Não oferece bolsa salário para as famílias dos

presos e o Estado, igualmente, não subsidia custos para familiares, principalmente, deslocamentos para visitas.

Existe, porém, a chamada “*misure cautelare*”, que significa que o réu pode livrar-se da prisão, mediante condições, dentre elas, a obrigatoriedade de não frustrar o regular andamento do processo, sendo que o Estado impõe rigoroso controle sobre ele. A mais usada é a liberdade vigiada. Isto pode ser imposto no período de tramitação do processo.

2.6 distinção entre o instituto da fiança criminal e a fiança do código civil

No Código de Processo Penal³⁹, como amplamente debatido alhures, a fiança criminal é consectário lógico da liberdade provisória. Sem a sua prestação, sem o seu oferecimento, a liberdade provisória poderá não ser efetivada.

Disse poderá, posto que há situações em que o investigado livrar-se-á solto, independentemente da satisfação dela ou mesmo situações outras, conforme previsão legal, em que o autor do crime, embora instado a recolhê-la, não o fará por deliberação do juiz competente, que são os casos de dispensa. Edílson Mougenot Bomfim (op., cit., p. 99), infere que:

“A fiança criminal será concedida, independentemente de requerimento pela autoridade policial. Caso haja recusa desta, o preso poderá prestá-la ao juiz competente, que decidirá em 48 horas [...]”

O valor da fiança será fixado de acordo com critérios a serem bem observados e definidos pela autoridade policial, isto é, urge que se leve em consideração a natureza da infração que foi praticada; as condições pessoais de fortuna do indiciado e a sua vida pregressa, ou seja, a análise de sua folha de antecedentes, incluindo-se as circunstâncias indicativas da sua periculosidade e um célere exame sobre a importância provável das custas do processo.

³⁹ Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso: 03/03/2012.

Diante desses dados, a autoridade policial com fulcro no art. 325 do Código de Processo Penal, quantificará o montante pecuniário a ser fixado, ou seja, de 01 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando a infração for punida com pena privativa de liberdade, no grau máximo, não superior a 04 (quatro) anos, inc. I, ou de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando a infração for punida com pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, inc. II.

Quando o valor prestado se mostrar insuficiente, deverá a fiança, chamada, nesse caso, fiança inidônea, ser reforçada, de ofício ou a requerimento das partes.

É dicção do art. 340 do Código de Processo Penal as hipóteses de reforço da fiança, vale dizer, quando a autoridade policial tomar, por engano, fiança insuficiente; quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados ou depreciação dos metais ou pedras preciosas e ainda quando for inovada a classificação do delito praticado.

Interessante pontuar que quando o investigado não completar o valor da fiança tida por inidônea, será ela declarada sem efeito, decretando-se sua cassação e restituindo-se o valor a quem o houver prestado.

Uma vez prestada a fiança criminal, ela poderá ser declarada quebrada se o beneficiário não comparecer a ato do processo, se legalmente intimado para tanto, sem provar, imediatamente, motivo justo (art. 341, inc. I, do CPP); se o investigado deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo (art. 341, inc. II, do CPP); se descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança (art. 341, inc. III do CPP); se resistir injustificadamente a ordem judicial (art. 341, inc. IV do CPP) e se praticar nova infração dolosa (art. 344, inc. V do CPP).

Importante salientar que declarada pelo magistrado a quebra da fiança, os efeitos são danosos para o beneficiário. Assim, poderá ele perder definitivamente, mesmo em caso de futura absolvição, a metade do valor pago, que será destinado ao fundo penitenciário (art. 346 do CPP). A parte não perdida servirá para cobrir as custas e encargos a que estiver o acusado obrigado. O juiz nesse mesmo decreto, deverá pontuar sobre a imposição de medidas cautelares ou se for o caso, decretar a prisão preventiva (art. 343, parte final, do CPP).

A nova redação do art. 343, feita pela lei n. 12.403/11, não impõe mais a obrigatoriedade da decretação da imediata prisão preventiva no caso do quebramento da fiança.

Isto ocorrendo, constatando-se o quebramento, caberá ao juiz verificar acerca da possibilidade da atribuição de outras medidas cautelares – que já não tenham sido eventualmente impostas com a fiança, ora quebrada. Se não for o caso dessa imposição, não restará outra alternativa ao juiz que não seja a decretação da prisão preventiva do faltoso.

O art. 324, inc. I, do CPP é claro no sentido de que é impossível a concessão de nova fiança no processo em que se deu o quebramento.

Outra situação que desperta interesse, é a que se refere à possibilidade da cassação da fiança em qualquer fase do processo.

O investigado que estiver usufruindo dos benefícios da liberdade provisória poderá ter essa benesse cassada – e não propriamente a fiança, se ocorrer o reconhecimento judicial *a posteriori* que a fiança fixada não podia ter sido concedida por se tratar de crime inafiançável (art. 338 do CPP).

Uma outra situação que levará à cassação da liberdade provisória, é a que, ocorrendo a reapreciação das provas e circunstâncias dos fatos, conclui-se pela inovação da classificação do delito, dicção do art. 339 do Código de Processo Penal.

Ainda assim ocorrerá a predita cassação nos casos determinados de reforço da fiança sem que o acusado cumpra tal determinação do juiz, conforme expressão do art. 340, parágrafo único, da legislação processual repressiva.

O acusado perderá o valor total da fiança se, condenado, não se apresentar à prisão (art. 344 do CPP). A sanção não ocorrerá, se a pena a cumprir não implicar recolhimento à prisão.

De acordo com a dicção do art. 581, V, do Código de Processo Penal, caberá recurso em sentido estrito da decisão judicial que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança ou conceder liberdade provisória.

Na visão e entendimento de Andrey Borges de Mendonça (ob. cit. p. 349), “a fiança é uma garantia concedida pelo réu [...] para evitar a prisão, vinculando-o ao processo mediante o cumprimento de deveres processuais [...]”.

No Código Civil Brasileiro⁴⁰ – Lei n. 10.406, de janeiro de 2002, a fiança encontra-se regulada do artigo 818 ao 839. Por esta modalidade de garantia, o fiador se obriga a cumprir a obrigação perante o credor, em todos os seus termos, caso o devedor principal não a cumpra em tempo e modo contratados. Pressupõe-se, por óbvio, a existência de um contrato principal, sem o qual inexistente a fiança.

A responsabilidade do fiador é subsidiária, isto é, ele só responde pela dívida afiançada no caso de o devedor principal se tornar inadimplente. Ocorrendo tal situação, a lei faculta ao fiador a prerrogativa de primeiro executar os bens do devedor. O fiador também poderá ingressar com ação de regresso contra o devedor, no caso dele – fiador, ter honrado a dívida do devedor principal. Ricardo Fiuza⁴¹, assevera a respeito da fiança do código civil que:

“É um contrato mediante o qual uma parte (fiador) assume para com a outra, credor de determinada obrigação de terceiro (afiançado), a garantia de por ela responder caso aquele não venha adimpli-la. Essa segurança oferecida constitui contrato acessório ao principal, onde subsiste a obrigação por esta garantida. É garantia fidejussória, por tratar-se de garantia pessoal e, como tal, uma espécie do gênero garantia. A doutrina o reconhece como um contrato unilateral, em regra não oneroso, acessório, solene e *intuitu personae*”.

O contrato de fiança tem natureza unilateral, ou seja, o fiador assume compromisso perante o credor em prol do devedor principal. Em contrapartida, inexistente comprometimento ou qualquer tipo de dever do credor em relação ao fiador.

Conforme disposição do artigo 819 do código civil, a fiança é assumida na forma escrita, garantindo-se a dívida eventualmente inadimplida pelo devedor.

Quando a fiança exceder ou for mais onerosa que o valor da dívida, não valerá senão até o limite da obrigação afiançada, conforme o art. 823 da lei em comento. No entanto, se a fiança for prestada com o consentimento do devedor, vindo o fiador a ficar insolvente ou incapaz, o devedor é obrigado a substituí-lo, inteligência do art. 826 do código civil, o que não ocorre se foi prestada à sua revelia.

⁴⁰ Código Civil Brasileiro. Lei de Introdução, art. 4º. - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/12002.htm. Acesso: 03/03/2012.

⁴¹ FIUZA, Ricardo. Novo Código Civil Comentado, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva,(2005, p. 750).

Maria Helena Diniz⁴², explanando sobre essa questão em sua obra infere que: “o fiador só responderá pelo que estiver expresso no instrumento da fiança, e, se alguma dúvida houver, será ela solucionada em favor dele”.

Não se pode olvidar que o fiador possui responsabilidade perante o locador e o locatário. O fiador garantirá eventual insolvência do locatário perante o locador do imóvel.

No entanto, embora o locatário deva restituir ao fiador regressivamente tudo aquilo que deixou de adimplir perante o locador, este, o locador, nenhum compromisso terá para com o fiador. Ricardo Fiúza discorrendo sobre o art. 828, do Código Civil (op., cit., p. 759), aduz que:

“Em regra, quando nada estipula as partes em contrário, todo fiador tem o direito de gozar do benefício de ordem, desde que: a) a ele não tenha renunciado expressamente, seja por cláusula inserta no instrumento mesmo da fiança, seja em documento apartado (inciso I); b) não tenha assumido o ônus de pagar a dívida como principal pagador, ou seja, não tenha pactuado fiança com cláusula de solidariedade (RT. 204/497, inc. II); ou c) o devedor principal não seja insolvente ou falido [...] se instaurada a falência do devedor ou contra ele instaurado concurso de credores, fica afastada, em ambas as hipóteses, a possibilidade de ser feita a indicação de bens livres e desembaraçados, indicação esta requisito inseparável do privilégio (inciso III). Em tais hipóteses, independentemente do afofado possuir patrimônio capaz de responder pelo pagamento do débito, primeiramente serão constrictos os bens do dador em garantia”.

Destarte, aludimos que este tipo de fiança, a civil, concorrentemente com a fiança criminal, é um instituto que subsiste ao longo dos tempos e, mesmo com a recente alteração da legislação que a regulamenta, continua sendo uma forma muito utilizada como garantia de diversas modalidades de contratos.

Enquanto a fiança civil, do ramo do direito privado, cuida basicamente das relações particulares entre as pessoas, especialmente, no contexto garantidor de dívidas e obrigações extrajudiciais, a fiança criminal, do ramo do direito público, cuida de interesses envolvendo o indivíduo e a sociedade.

Não há a participação da sociedade e nem interesse desta nas relações pessoais entre indivíduos. No entanto, é a própria sociedade quem impõe limites e parâmetros a todos os que se insurgem contra ela mesma.

⁴² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, v. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

Como já dito, essa mesma sociedade permite que os seus algozes possam se livrar da restrição da liberdade mediante o recolhimento de uma caução, em verdade, um benefício do Estado-Administração permissivo a que o infrator possa aguardar em liberdade o pronunciamento do Estado-Juiz, após acurada análise de sua transgressão.

Há o permissivo legal da soltura se o autor da infração puder recolher o valor fixado pela autoridade policial, a *contrario sensu* ele sofrerá a privação da liberdade.

Assim, enquanto na fiança civil o fiador é o garantidor da dívida do eventual inadimplente – o devedor principal, respondendo com seus bens pessoais, na fiança criminal quem resplandece é a figura do autor de um crime que no afã de continuar solto, salda o valor de fiança fixado, conquistando a liberdade provisória, e passa a usufruir dessa benesse enquanto o processo tramita regularmente.

2.7 evolução do instituto da fiança no ordenamento processual penal brasileiro

De todas as espécies de liberdade provisória, somente a fiança foi recepcionada pelo Código de Processo Criminal de 1832 e pela Carta Constitucional de 1824. A possibilidade do pagamento do valor da fiança tanto pelo próprio acusado quanto por alguma pessoa por ele, já era deferido naquele código processual.

A soltura com o pagamento de fiança era a única modalidade de liberdade provisória. Caso o crime fosse inafiançável, o réu deveria aguardar o julgamento preso. Seguindo a tendência da época imperial, a Constituição da República de 1891 e o Código Penal de 1890, também mantiveram a concessão da liberdade provisória somente mediante fiança. Para Luiz Otávio de Oliveira Rocha⁴³:

“A fiança criminal é instituto que remonta à antiguidade, tendo os gregos e romanos dela se ocupado (A Lei das XII Tábuas dela cuidou amiúde)[...] No Direito Brasileiro, manifestou-se o instituto não apenas nas Ordenações do Reino e na Constituição Federal, mas também no Código de Processo Criminal de 1832 e outras leis processuais do século passado e, neste século, a ela se referiram todas as Constituições da República, exceção feita à Carta de 1937”.

⁴³ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. A fiança e a nova legislação de proteção ao consumidor. *Justitia*. São Paulo, 54 (160), out / dez, 1992.

O atual Código de Processo Penal de 1941, parcialmente modificado pela nova lei n. 12.403/11, também adotou como regra a prisão do indivíduo, possibilitando a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança e excepcionalmente, admitia-se a liberdade sem fiança nos casos em que se pudesse comprovar de plano que o crime estava acobertado pelo manto da excludente de antijuridicidade.

A lei 12.403 de 04.05.2011 alterou o Título IX do Código de Processo Penal tendo havido avanços significativos nesta reforma. Esse Título IX, antes denominado “Prisão e Liberdade Provisória” passou para a nomenclatura: “Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória”, título mais extenso e, portanto, sem compactação.

Note-se que parte da liberdade provisória sem fiança continuou sendo prevista no Capítulo II (art. 310 e parágrafo único), que trata da prisão em flagrante, e também no Capítulo VI, no seu art. 321, e ainda “a liberdade provisória, com fiança”, tal qual ocorria antes dessa modificadora, regulando atualmente tanto a concessão de liberdade provisória com fiança quanto a obtenção dessa benesse pelo preso independentemente do pagamento dela, ou seja, a liberdade provisória sem fiança.

O art. 282 do Código de Processo Penal, que cuida da regulamentação de questões relacionadas com o encarceramento provisório do acusado, é totalmente novo em nosso ordenamento jurídico.

Nele, especialmente em seus incisos I e II, existe a indicação expressa das hipóteses em que a prisão preventiva pode ser substituída pelas medidas cautelares contempladas no art. 319.

Conforme Jorge Vicente Silva⁴⁴,

“É perfeitamente possível ao legislador [...] fixar os limites dessa benesse [...] a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares [...] através de ordenamento legal ordinário”.

Aliás, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares, foi uma opção do legislador infraconstitucional, vez que nem mesmo a Constituição Federal contempla essa modalidade de direito ao investigado. Segundo ainda o mesmo autor (op. cit. p. 25):

⁴⁴ SILVA, Jorge Vicente. Comentários à Lei 12.403/11 – Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 25.

“É constitucional a limitação contida no dispositivo proibindo a aplicação da substituição da prisão preventiva por medidas cautelares. Desta forma [...] a proibição de aplicar dita substituição quando o delito for considerado de gravidade [...] está perfeitamente de acordo com nosso ordenamento jurídico”.

Contudo, conforme já latente neste trabalho, a nova lei 12.403/11, elevou as atribuições da autoridade policial, o delegado de polícia, com relação à fixação de fiança aos delitos com pena máxima não superior a quatro anos e manteve o poder da autoridade em autuar qualquer pessoa que seja surpreendida em flagrante delito independentemente da quantidade de pena máxima prevista para o crime, observadas as cautelas legais.

É ela, a autoridade, junto com o juiz de direito, a competente para legitimar a prisão de alguém que é colocado a sua frente com a notícia de ter infringido qualquer tipo penal.

A prisão em flagrante, é uma prisão que consiste na restrição da liberdade de alguém, independente de ordem judicial, possuindo natureza cautelar, desde que esse alguém esteja cometendo ou tenha acabado de cometer uma infração penal ou esteja em situação semelhante prevista nos incisos III e IV, do art. 302, do Código de Processo Penal.

É uma forma de autodefesa da sociedade. Após aprofundada análise sobre os fatos apresentados e sobre a sua autoria, delibera a autoridade policial após minuciosa fundamentação legal, sobre o encarceramento ou não dessa pessoa.

No momento em que o investigado é apresentado ao delegado, a sua incumbência é adotar a medida legal adequada, usando a sua consciência imiscuída aos seus conhecimentos jurídicos.

A prisão em flagrante é medida de natureza processual que dispensa ordem escrita de autoridade judicial para a sua efetivação, segundo dicção do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal.

Com a reformulação legal antes mencionada, a autoridade policial poderá conceder fiança aos crimes cujo apenamento máximo não seja superior a quatro anos e em relação aos crimes cuja pena ultrapasse esse *quantum*, apenas o juiz competente poderá decidir, nos termos do art. 322 e parágrafo único do Código de Processo Penal.

Quando da apresentação do preso pelo condutor, a autoridade policial terá duas alternativas: (i) legitimar a prisão se as provas o convencerem ou (ii) registrar

minuciosamente os fatos e após acurada fundamentação legal, deixar de ordenar a prisão passando a apurar o imbróglio por meio de inquérito policial instaurado por portaria.

Legitimando a prisão do autor, o juiz da comarca e o promotor deverão ser comunicados imediatamente para aferição da legalidade da prisão e se a norma processual penal e constitucional foram seguidas.

Cabe a essas autoridades velar e zelar pela regularidade e legalidade da prisão e justamente para isso devem analisar a ordem prisional proferida pelo delegado de polícia.

O delegado de polícia, de regra, deve pautar-se no caminho da legalidade. Presente alguma ilegalidade, o juiz relaxa o flagrante e determina a imediata soltura do preso. Conforme Andrey Borges de Mendonça⁴⁵:

“Atualmente o magistrado possui, em verdade, quatro alternativas ao receber o auto de prisão em flagrante: (a) relaxar a prisão; (b) convertê-la em preventiva; (c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; e (d) conceder liberdade incondicionada, ou seja, liberdade pura e simples, quando ausente qualquer cautelaridade”.

Na obra citada, p. 293, Jorge Vicente Silva assegura, basicamente, que ao interpretar o art. 310 do Código de Processo Penal, o legislador primeiramente quis que o magistrado verificasse a presença dos requisitos que denominou de “medidas cautelares” para serem aplicadas antes de eventual conversão do auto de prisão em flagrante em preventiva. Infere que as chamadas “medidas cautelares” devem ser impostas em substituição à prisão preventiva quando presentes os requisitos para sua decretação e que em vista da possibilidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ocorreu “alvorço dos aplicadores do direito” face o teor do art. 313, inciso I, da lei 12.403/11, apontando, a seu ver, interpretações equivocadas sobre a matéria.

Ao nosso ver, andou muito bem o legislador posto que a prisão preventiva é muito mais gravosa do que o cumprimento de qualquer uma das medidas cautelares, ou seja, o magistrado deve esgotar todas as possibilidades com vistas à soltura do indigitado

⁴⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais*. Rio de Janeiro: Editora Forense. São Paulo: Editora Método (2011, p. 334).

autor já que a liberdade é a regra. A prisão, de uma forma geral, é a exceção. Com vistas a sanar a dúvida, cita artigo publicado por Capez⁴⁶:

“Agora, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. Mas somente poderá permanecer preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo. Ninguém responde mais preso a processo em virtude da prisão em flagrante, a qual deverá se converter em prisão preventiva ou convolar-se em liberdade provisória”.

O autor expressa que hodiernamente, após a promulgação da lei 12.403/11, antes que o juiz prolate a sentença condenatória, o autor do crime só poderá ser preso em razão do decreto de prisão preventiva ou por meio da prisão temporária.

De fato, pelo espírito da nova lei, a prisão em flagrante não terá mais força para manter o infrator preso durante a tramitação do processo. A pessoa permanecerá presa por força do auto de prisão em flagrante apenas até que o magistrado se manifeste no expediente: seja convertendo aquela prisão em preventiva ou seja deferindo a liberdade provisória mediante o cumprimento de alguma medida cautelar. Nasce, com isso, a figura do flagrante interstício.

A decretação da prisão preventiva somente é cabível nos delitos com pena máxima superior a (04) quatro anos. No entanto, há situações em que mesmo nos crimes com pena inferior o juiz se vê obrigado a determinar a medida principalmente se reconhecer que, de algum modo, o infrator poderá frustrar o regular andamento do processo uma vez solto.

Não se trata da prisão preventiva genuína, ou seja, aquela que nasce no curso da investigação policial ou do processo penal. Mas sim, da prisão preventiva imposta devido à conversão do auto de prisão em flagrante delito em prisão preventiva acaso presentes os elementos do art. 312 do CPP.

2.8 da comunicação do auto de prisão em flagrante e as providências do magistrado

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. A Lei 12.403/2011 e as Polêmicas Prisões Provisórias. Disponível: www.conjur.com.br – Acesso em 19.01.2012

Trata-se de mandamento constitucional, ou seja, a adaptação do texto do Código de Processo Penal à garantia prevista no art. 5º, LXII, da Constituição Federal: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

Diante desse princípio constitucional, analisemos algumas situações em que a comunicação do auto de prisão em flagrante delito poderá ser feita. São elas: hipótese em que o indiciado livrou-se solto independentemente de fiança; a comunicação do flagrante em que o indiciado livrou-se solto após recolher o valor da fiança; a comunicação do flagrante em que o delegado de polícia reconheceu excludente de ilicitude e a comunicação do flagrante em que a autoridade policial deixou de fixar fiança.

2.8.1 hipótese em que o indiciado livrou-se solto independentemente de fiança

Deverá ser posto em liberdade imediatamente, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante, dicção do art. 309 do Código de Processo Penal. Esta norma explicita os casos em que o flagrante é lavrado apenas para a formalização legal da situação, isto é, como meio de prova. Nos crimes de menor potencial ofensivo subsume-se pela essência da lei 9.099/95 que quando o autor da infração deixar de firmar compromisso de comparecer em juízo, ao invés de somente elaborar-se a ocorrência circunstanciada deve o delegado deliberar pela prisão coercitiva do mesmo. Após à legitimação, fixa-se o valor da fiança nos termos do art. 325, inc. I do Código de Processo Penal.

O autor será solto após o recolhimento. Se ele não comparecer aos atos processuais posteriores, a fiança será tida por quebrada, com fulcro no art. 327 do mesmo diploma processual penal.

As hipóteses estabelecidas no art. 61 da lei 9.099/95 considera como delitos de menor potencial ofensivo todos aqueles cujas penas cominadas não ultrapassem a 02 (dois) anos. O parágrafo único do art. 69 da lei em comento determina que:

“Ao autor do fato que [...] for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”.

A *contrario sensu*, infere-se do normativo que se o autor se recusar a comparecer em juízo, presume-se que o mesmo prejudicará o andamento do eventual processo penal com eventual fuga do local onde praticou a infração - *periculum libertatis*.

Daí, a imposição de sua prisão em flagrante. O art. 325, inc. I, do Código de Processo Penal especifica claramente a exigência da fixação de fiança. A regra do art. 92 da lei 9.099/95 aponta que: “aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta lei”, deve, portanto, ser observada pela autoridade que estiver diante do fato concreto. O juiz receberá a comunicação e as peças que compõem o auto de prisão respectivo, isto é, o expediente relacionado ao flagrante com a indicação do motivo de sua formalização, qual seja, sobre a postura e a falta de acatamento do agente infrator frente à política de justiça criminal. Em que pese esse comportamento do autuado, não se propugna pela ciência ao magistrado antes da soltura, pois no caso do não comparecimento posterior injustificado a qualquer ato do processo penal, a regra do art. 327 da legislação repressiva deve ser aplicada, como já mencionado anteriormente, com as devidas implicações ao faltoso.

2.8.2 a comunicação do flagrante em que o indiciado livrou-se após recolher o valor da fiança

Neste caso, o juiz terá maior conforto e disporá de maior tempo para as análises quanto à legalidade da prisão e sua formalidade, vez que o autor do fato encontrar-se-á livre, vez que recolheu o valor da fiança.

Quando tal ocorre, o delegado de polícia terá (30) trinta dias, prorrogáveis, para a conclusão dos trabalhos de polícia judiciária. Se o investigado estiver preso, o prazo para a conclusão será de 10 (dez) dias, conforme dispõe o art. 10 do Código de Processo Penal. Esse lapso deve ser rigorosamente observado sob pena de coação ilegal, nos moldes do art. 648, II, do mesmo diploma legal, cuja inobservância poderá caracterizar abuso de poder ou autoridade. A legislação extravagante, no entanto, estabelece prazos diferenciados para a tramitação dos procedimentos de polícia judiciária, tais como, nos inquéritos atribuídos à polícia federal, estando o investigado preso, o prazo para conclusão

do procedimento será de 15 (quinze) dias, prorrogáveis pelo mesmo período, conforme art. 66 da lei n. 5010/66⁴⁷. Nos crimes contra a economia popular, o prazo para a conclusão do inquérito será de 10 (dez) dias, independentemente de encontrar-se preso ou não o infrator, conforme o art. 10, § 3º, da lei 1.521/51⁴⁸. Nos crimes envolvendo drogas, o lapso temporal para conclusão do feito é de 30 (trinta) dias se estiver o indiciado preso e de 90 (noventa) dias se ele estiver solto. Esses prazos podem ser duplicados pelo juiz mediante representação da autoridade policial, conforme a lei 11.343/06, art. 51. Nos inquéritos militares o prazo para conclusão do feito militar é de 20 (vinte) dias no caso de investigado preso e de 40 (quarenta) dias no caso de pessoa solta. Pode ocorrer a prorrogação por mais 20 (vinte) dias, conforme disposição do art. 20 do Código de Processo Penal Militar⁴⁹.

2.8.3 a comunicação do flagrante em que o delegado de polícia reconheceu excludente de ilicitude

Evidente que numa situação dessa vertente, por exemplo, reconhecida hipótese de legítima defesa – a vítima que mata o seu algoz, por exemplo, deve ser promovida a legitimação da prisão.

Como o delegado está diante de comprovada excludente de ilicitude, portanto, diante de um fato, embora grave mas, reconhecido como não criminoso, ao invés de determinar o transporte daquela pessoa para a prisão, subentende-se que pode liberá-la, sem exigência de caução, devendo fundamentar juridicamente a decisão. A esse respeito vejamos a posição do juiz de direito Josemar Dias Cerqueira⁵⁰.

“A atuação persecutória estatal nasce, formalmente falando, com o delegado. Uma atuação, contudo, merece maior digressão: a conclusão do auto de flagrante. Acontecido um delito e uma prisão em flagrante, o delegado faz a segunda tipificação da conduta imputada à pessoa presa. Esta tipificação, porém, deve

⁴⁷ Lei 5.010, de 30 de maio de 1966 (art. 66). Organiza a Justiça Federal de 1ª instância, e dá outras providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15010.htm. Acesso: 03/03/2012.

⁴⁸ Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (art. 10, § 3º) - altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11521.htm. Acesso: 03/03/2012.

⁴⁹ Código de Processo Penal Militar (Art. 20). Decreto-Lei nº 1002, de 21/10/1969. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11521.htm. Acesso: 03/03/2012.

⁵⁰ CERQUEIRA, Josemar Dias. O delegado e a conclusão do auto de flagrante. Disponível em www.jus.com.br/revista/texto/9709. Acesso em 19/01/2012.

acontecer da forma mais científica possível. Toda a dogmática penal deve ser ponderada: dos elementos do crime à concorrência de normas; da tentativa à consumação, sem falar na possibilidade ou não de liberdade. Não se exige aqui um tratado científico, mas, como ato administrativo não discricionário por natureza, a manifestação da autoridade policial no flagrante exige motivação, principalmente diante dos valores envolvidos. Outra questão relevante, e que desperta resistências de toda ordem, é a possibilidade do delegado livrar alguém detido por suposto flagrante porque reconheceu, após a coleta dos dados na lavratura do auto, alguma excludente de ilicitude prevista no artigo 23 do Código Penal. Um aspecto normalmente esquecido é que a prisão de alguém não é o fato mais significativo no processo penal, pois a máquina estatal se move para buscar a verdade ao final, na sentença. Se o delegado soltar e o magistrado entender que não havia excludente, a prisão ainda pode ser possível. E mesmo que o indivíduo fuja, o processo ainda continuará e as provas ainda serão colhidas, mesmo dentro das regras do art. 366 do CPP. Não é a presença do réu que viabiliza o fim do processo, sendo que se há excludente, não há crime”.

Há autoridades policiais que, diante do fato ocorrido nos moldes do art. 23 do Código Penal, por excesso de zelo, preferem fazer imediatamente a comunicação da prisão ao juízo, mantendo aquela pessoa sob sua custódia, em ambiente propício, e aguardar urgente manifestação da autoridade judiciária quanto ao deslinde do caso.

Não existe, de forma taxativa, autorização da lei para que o delegado adote a providência de soltar aquela pessoa tão logo se convença que as respostas que obteve foram infundadas.

No entanto, há autoridades policiais que tomam a iniciativa do relaxamento da prisão com a colocação imediata da pessoa em liberdade, após aprofundada manifestação, demonstrando ao juiz como os fatos ocorreram e quais foram as suas circunstâncias e as providências jurídicas adotadas.

Como dito, não existe impeditivo legal que impeça a autoridade de polícia judiciária de reconhecer, fundamentadamente, a insubsistência da prisão que acabara de legitimar, em existindo nas respostas, infundadas suspeitas, ou seja, a falta de elementos ou de indícios suficientes da prática delituosa por aquele que está sendo apresentado como autor do crime.

Muitas autoridades policiais são questionadas hodiernamente quando promovem a prisão que não deviam, ou que deixam de prender, quando isso seria factível.

Tais impropriedades atualmente costumam macular a vida funcional dessas autoridades, com sanções administrativas e até mesmo, nos casos mais expressivos, com apenamentos na seara processual penal ou responsabilização na esfera civil.

As autoridades policiais são reconhecidas como integrantes das carreiras jurídicas do Estado. Devem possuir o conhecimento jurídico necessário para obrarem com acertos na difícil tarefa onde atuam. Raramente se ouve sobre erros ou equívocos quanto à prisão ou soltura que tenham sido motivadas por delegados de polícia. Daí, pensarmos que o relaxamento da prisão insubsistente por esses profissionais não seria um desserviço à justiça, até porque toda a atividade que exige o máximo de responsabilidade do gestor, cobra acurada atenção e fundamentação.

2.8.4 a comunicação do flagrante em que o delegado de polícia deixou de fixar fiança

Há casos em que o delegado ao elaborar a peça flagrançial se convence prontamente de que ao autor do crime não fixará o valor da fiança, vale dizer, que deve mantê-lo preso em vista da existência de elementos ensejadores da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesses casos, representa ao poder judiciário no mesmo expediente sobre a comunicação do flagrante, no sentido de que aquele promova a conversão do auto de prisão em flagrante em prisão preventiva.

Ao não fixar a caução, o delegado mantém o indivíduo preso e é nesse contexto que a comunicação do flagrante chega ao juiz. Como o indivíduo está preso, o magistrado deve, em nossa ótica, inicialmente analisar a possibilidade da aplicação do art. 319 do Código de Processo Penal que trata das outras medidas cautelares:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
IX – monitoração eletrônica;
§1º (Revogado).
§2º (Revogado).
§3º (Revogado).
§4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

O Superior Tribunal de Justiça, admitindo a aplicação de medidas cautelares atípicas no processo penal, já decidiu que:

“Embora possível a aplicação de medidas cautelares como condicionantes à revogação de custódia antecipada [...] art. 798 do CPC c.c. art. 3º do CPP, estas devem observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade” (HC 114.734/ES – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Gallotti / 17.03.2009).

Pois bem.

Convencendo-se o magistrado pela inaplicabilidade de qualquer destas medidas cautelares, imporá a conversão do auto de prisão em flagrante em prisão preventiva, isto é, terá o juiz como norte observar as disposições do art. 310, incisos e parágrafo único da legislação processual repressiva.

Isso nos faz entender que ninguém mais ficará preso pela medida coercitiva do flagrante, a pessoa ficará presa pelo auto de flagrante enquanto este não for convolado em medida cautelar ou em prisão preventiva pelo juiz.

O autor do crime que foi preso e autuado em flagrante ficará encarcerado por este instituto por algumas horas dependendo da rapidez da manifestação e atuação do magistrado.

Quanto mais célere for a análise judicial, mais rápida será a mudança da condição de preso em flagrante para a condição de preso em razão do decreto de custódia preventiva ou para a condição de cumpridor de alguma medida cautelar, beneficiando-se o preso com a liberdade provisória neste caso.

2.9 fiança criminal e o momento ideal para sua prestação

Diz-se prestada a fiança, quando a pessoa presa recolhe o valor fixado por ocasião de sua prisão em flagrante ou quando deposita o *quantum* arbitrado pela autoridade judiciária.

O requerimento e a concessão da fiança poderão ser feitos a qualquer tempo dentro do curso do processo criminal, a partir da instauração do pertinente inquérito policial até a decisão condenatória irrecorrível ser pronunciada.

No entanto, diz-se que o momento adequado para esse desiderato costuma ocorrer logo após a autoridade policial ultimar os seus trabalhos de polícia judiciária, com a lavratura do respectivo auto de prisão em flagrante delito e a conseqüente expedição da chamada nota de culpa. Tendo condições financeiras de prestar a caução, o preso livra-se do dissabor de ter que aguardar a manifestação do juízo encarcerado.

Em sendo daqueles delitos previstos na legislação substantiva como afiançáveis, o preso, ou outra pessoa por ele, querendo e podendo, deposita a quantia fixada, que pode ser por meio de moeda corrente nacional em espécie, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

Será lavrado em seu favor o pertinente alvará de soltura por deliberação do delegado de polícia natural, devendo a pessoa presa atender aos chamados judiciais ulteriores.

Note-se que outra autoridade policial que não aquela envolvida na legitimação do caso, também poderá determinar a expedição do competente alvará de soltura se outro for o momento do recolhimento ou depósito do valor então fixado.

Não satisfeita ou não cumprida a exigência do agente do Estado encarregado dessa premissa legal, ao preso inadimplente fica mantida a ordem de prisão e ele será incluído no sistema penitenciário.

Assim, como dito, será removido do local de sua prisão para a unidade penitenciária respectiva onde permanecerá aguardando o pronunciamento da justiça da comarca, local de registro da prisão.

O expediente com todas as informações necessárias é submetido ao crivo da autoridade judiciária⁵¹ com vistas ao membro do ministério público⁵².

Ademais, como dito, cabe a essas autoridades velar e zelar pela regularidade e legalidade da prisão e justamente para isso devem analisar a ordem prisional proferida pela autoridade de polícia judiciária.

O juiz, após acurado estudo das condições econômicas do acusado, poderá aumentar o valor da fiança fixado na polícia ou reduzir em até 2/3 (dois terços) no máximo aquele valor.

É ainda atributo do magistrado dispensar o pagamento da fiança se a situação econômica do réu o recomendar, nos termos do art. 325, incisos I, II e parágrafos c.c. art. 350 do Código de Processo Penal.

Ausente o *periculum libertatis* (perigo de fuga), a liberdade provisória poderá ser concedida pelo juiz após análise das seguintes situações: não oferecer o preso risco de prejuízo à instrução processual; ser réu primário; ter bons antecedentes; residência fixa e ocupação lícita.

Observado que o preso preenche os requisitos estabelecidos, a liberdade provisória passa a ser um direito público subjetivo do mesmo. Para Frederico Marques (op., cit., p. 450):

“A liberdade provisória é uma medida cautelar em prol do indiciado, no curso do procedimento [...] Como tal assegura a liberdade pessoal do indiciado mediante restrições e ônus impostos àqueles que a obtém”.

Com a reforma do Código de Processo Penal em 2011, foi dado novo paradigma para a liberdade provisória. Assim, o infrator permanece recolhido por força do auto de prisão em flagrante até o momento em que o juiz apreciar a comunicação feita pela autoridade policial. A partir dessa apreciação, subsume-se que a força prisional do auto de flagrante foi eliminada. Ou converte-se a prisão em flagrante em preventiva, ou coloca-se o preso em liberdade, também sendo opção do legislador permitir a concessão de medidas cautelares em substituição à prisão preventiva, benesse não prevista nem mesmo na Constituição Federal, como já mencionado anteriormente.

⁵¹ Constituição Federal, art. 5º, inciso LXII.

⁵² Código de Processo Penal, art. 306.

2.9.1 a lei n. 12.403/11 e os delitos inafiançáveis

O art. 323 retrata as condições em que a conduta do agente o afasta do beneplácito do recolhimento da fiança para solto defender-se. E assim:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I – nos crimes de racismo;

II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV – (revogado);

V – (revogado).

A lei n. 12.403/11, modificadora de parte do Código de Processo Penal, nesse contexto irradia-se por mandamento inserto no art. 5º da Constituição Federal onde já pacificamente assentado que o crime de racismo, os crimes hediondos e equiparados e o crime de grupos armados civis e militares contra o Estado Democrático, são inafiançáveis. Ainda:

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

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;

II – em caso de prisão civil ou militar;

III – (revogado);

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Como podemos bem observar, a fixação da fiança criminal pela autoridade policial ou arbitrada pelo magistrado nesses casos, contraria a ordem jurídica criminal. Assim, incabível a gestão da autoridade no aporte do oferecimento da benesse da fiança criminal nos casos em que de pronto aflora a hipótese autorizadora da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal ou nos casos em que o réu, de forma

deliberada e injustificada, quebrou a fiança por faltar, por exemplo, a um ato processual durante a tramitação do seu processo, ou violou as obrigações dos arts. 327 e 328 do mesmo diploma legal.

Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada. Art. 328. o réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

2.9.2 a lei n. 12.403/11 e alguns dos delitos afiançáveis

Pela nova lei 12.403/11 que alterou o Código de Processo Penal, cuja origem foram as modificações operadas pelo plenário da Câmara dos Deputados em 07/04/2011 que aprovou o substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.208/2001, novo rol de delitos afiançáveis foi estabelecido. Analisando a legislação, especialmente o Código Penal, com a mudança do Código de Processo Penal, como já mencionado em tópicos anteriores, poderá a autoridade policial fixar a fiança criminal aos infratores envolvidos em crimes com pena máxima até quatro anos, independentemente do regime de prisão, ou seja, se prisão simples, detenção ou reclusão.

A seguir, rol não taxativo de crimes afiançáveis na fase policial:

ARTIGO CÓDIGO PENAL	TIPO PENAL	PENA MÁXIMA
121, § 3º	HOMICÍDIO CULPOSO	03 anos
124	ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM SEU CONSENTIMENTO	03 anos
129, § 9º	VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	03 anos
130, § 1º	PERIGO DE CONTÁGIO VENÉREO	04 anos
133	ABANDONO DE INCAPAZ	03 anos
135	PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE	06 meses
136, § 1º	MAUS TRATOS NA FORMA QUALIFICADA	04 anos
148, caput	SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO	03 anos
155, caput	FURTO SIMPLES	04 anos
160	EXTORSÃO INDIRETA	03 anos

162	SUPRESSÃO OU ALTERAÇÃO DE MARCA EM ANIMAIS	03 anos
163,§único	DANO QUALIFICADO	03 anos
168	APROPRIAÇÃO INDEBITA	04 anos
172	DUPLICATA SIMULADA	04 anos
174	INDUZIMENTO À ESPECULAÇÃO	03 anos
177	FRAUDES E ABUSOS NA FUNDAÇÃO OU ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE POR AÇÕES	04 anos
178	EMIÇÃO IRREGULAR DE CONHECIMENTO DE DEPÓSITO OU “WARRANT”	04 anos
180	RECEPTAÇÃO	04 anos
184	VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL	01 ano
202	INVASÃO DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL, COMERCIAL OU AGRÍCOLA. SABOTAGEM	03 anos
206	ALICIAMENTO PARA O FIM DE EMIGRAÇÃO	03 anos
207	ALICIAMENTO DE TRABALHADORES DE UM LOCAL PARA OUTRO DO TERRITÓRIO BRASILEIRO	03 anos
210	VIOLAÇÃO DE SEPULTURA	03 anos
211	DESTRUIÇÃO, SUBTRAÇÃO OU OCULTAÇÃO DE CADÁVER	03 anos
212	VILIPÊNDIO A CADÁVER	03 anos
218-A	SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE	04 anos
238	SIMULAÇÃO DE AUTORIDADE PARA CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO	03 anos
239	SIMULAÇÃO DE CASAMENTO	03 anos
244	ABANDONO MATERIAL	04 anos
247	ABANDONO INTELECTUAL	03 meses
251, § 1º	EXPLOSÃO	04 anos
252	USO DE GÁS TÓXICO OU ASFIXIANTE	04 anos
255	PERIGO DE INUNDAÇÃO	03 anos
256	DESABAMENTO OU DESMORONAMENTO	04 anos
266	INTERRUPÇÃO OU PERTURBAÇÃO DE SERVIÇO TELEGRÁFICO OU TELEFÔNICO	03 anos
273, § 2º	FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS, NA FORMA CULPOSA	03 anos
278	OUTRAS SUBSTÂNCIAS NOCIVAS À SAÚDE PÚBLICA	03 anos
280	MEDICAMENTO EM DESACORDO COM RECEITA MÉDICA	03 anos
288	QUADRILHA OU BANDO	03 anos
293, § 2º	FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS	04 anos
294	PETRECHOS DE FALSIFICAÇÃO	03 anos
299	FALSIDADE IDEOLÓGICA (documento particular)	03 anos
300	FALSO RECONHECIMENTO DE FIRMA EM DOCUMENTO PARTICULAR	03 anos

303	REPRODUÇÃO OU ADULTERAÇÃO DE SELO OU PEÇA FILATÉLICA	03 anos
306, §único	FALSIFICAÇÃO DO SINAL EMPREGADO NO CONTRASTE DE METAL PRECIOSO OU NA FISCALIZAÇÃO ALFANDEGÁRIA, OU PARA OUTROS FINS	03 anos
309/310	FRAUDE DE LEI SOBRE ESTRANGEIRO	03 anos
313	PECULATO MEDIANTE ERRO DE OUTREM	04 anos
314	EXTRAVIO, SONEGAÇÃO OU INUTILIZAÇÃO DE LIVRO OU DOCUMENTO	04 anos
315	EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS OU RENDAS PÚBLICAS	03 meses
323, §único	ABANDONO DE FUNÇÃO EM FAIXA DE FRONTEIRA	03 anos
329, § 1º	RESISTÊNCIA QUALIFICADA	03 anos
334	CONTRABANDO OU DESCAMINHO	04 anos
342	FALSO TESTEMUNHO	03 anos
343	FALSA PERÍCIA	04 anos
344	COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO	04 anos
347,§único	FRAUDE PROCESSUAL	02 anos
351, § 3º	FUGA DE PESSOA PRESA OU SUBMETIDA A MEDIDA DE SEGURANÇA	04 anos
353	ARREBATAMENTO DE PRESO	04 anos
355	PATROCÍNIO INFIEL	03 anos
356	SONEGAÇÃO DE PAPEL OU OBJETO DE VALOR PROBATÓRIO	03 anos
359-A	CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO	02 anos
359-B	INSCRIÇÃO DE DESPESAS NÃO EMPENHADAS EM RESTOS A PAGAR	02 anos
359-C	ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO OU LEGISLATURA	04 anos
359-D	ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA	04 anos
359-E	PRESTAÇÃO DE GARANTIA GRACIOSA	01 ano
359-F	NÃO CANCELAMENTO DE RESTOS A PAGAR	02 anos
359-G	AUMENTO DE DESPESA TOTAL COM PESSOAL NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO OU LEGISLATURA	04 anos
359-H	OFERTA PÚBLICA OU COLOCAÇÃO DE TÍTULOS NO MERCADO	04 anos

Algumas leis extravagantes, tais como a de drogas (lei nº 11.343/06, art. 33, § 2º), prevê a afiançabilidade da conduta de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de entorpecentes. O estatuto do desarmamento (lei nº 10.826/03) que já previa a afiançabilidade na conduta criminosa de posse irregular de arma de uso permitido, agora também possibilita, em razão da reforma, a fixação de fiança às condutas ilegais de porte de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo, arts. 14 e 15, respectivamente. O mesmo se diga, com relação a alguns tipos penais expressos na lei

9.605/98⁵³, especialmente os seus artigos 30, 41, 45, 50-A, 54, 56, 61, 62, 63 e 66. Conforme Jéferson Botelho⁵⁴:

“A lei reformadora de parte do Código de Processo Penal manteve a coibição da prestação de fiança aos infratores incurso nos crimes de tortura, racismo, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e os definidos como hediondos na forma da lei 8.072/90. Também, nos delitos cometidos por grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, na prisão civil ou militar ou quando presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva”.

Relativamente ao tráfico ilícito de drogas, traficantes considerados de pequeno porte agora fazem jus à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direito. O Senado editou a resolução 05/2012 no dia 15 de fevereiro de 2012, para riscar da lei 11.343 (lei de drogas), a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, considerada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. O tráfico de drogas, com essa medida, está recebendo tratamento de crime de menor potencial ofensivo, apesar de ser equiparado a crime hediondo. O efeito prático é que traficantes de pequeno porte podem ter a pena privativa de liberdade substituída por prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

⁵³ Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe Sobre as Sanções Penais e Administrativas Derivadas de Condutas e Atividades Lesivas ao Meio Ambiente, e dá Outras Providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 21.03.2012.

⁵⁴ BOTELHO, Jéferson. Nova Reforma Processual. A Autoridade Policial e a Concessão da Fiança em Face da Lei 12.403/2011. Disponível em www.jefersonbotelho.com.br/nova-reforma-processual-a-autoridade-policial-e-a-concessao-da-fianca-em-face-da-lei-12-403-20. Acesso em 21.03.2012

CAPÍTULO III – FIANÇA CRIMINAL, RECONHECIDA HIPOSSUFICIÊNCIA, POSSIBILIDADE DA DISPENSA PELA PRÓPRIA AUTORIDADE POLICIAL

Como amplamente abrangido neste estudo, o infrator nos delitos em que haja previsão de afiançabilidade, será preso se for um desvalido financeiro e, em razão dessa condição de pobreza, tornar-se insolvente quando instado ao recolhimento da fiança.

No dia-a-dia dos plantões de polícia judiciária, tais eventos costumam bolinar o imaginário das autoridades policiais portadoras de senso fraterno e humanista.

Tem sempre alguém sendo conduzido preso, de regra pela polícia ostensiva, sob a pecha de ter praticado um delito do rol dos afiançáveis.

Para formar a sua convicção, que é livre e autônoma, o delegado de polícia, que é integrante das carreiras jurídicas, agente do Estado, dotado de responsabilidade e competência a si atribuídas pela Constituição Federal em seu artigo 144, § 4º, antes da adoção de medidas coercitivas, por cautela, procura conhecer o que o condutor, as testemunhas e a vítima sabem a respeito dos fatos e suas circunstâncias.

Isto, porque a prisão em flagrante é medida de natureza processual que dispensa ordem escrita de autoridade judiciária para a sua efetivação, conforme destaque do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal.

Portanto, toda a responsabilidade pela prisão ou pela soltura daquele conduzido recai sobre o delegado. Toda a conduta dessa autoridade é examinada posteriormente e assim, sendo o caso de prisão em flagrante, deve fazê-lo senão poderá ser responsabilizada por prevaricação caso não o faça (art. 319 do CP). E, sendo o caso de soltura, faça-o, posto que poderá ser incriminada por abuso de poder ou autoridade⁵⁵ no caso de prisão indevida.

Como já dito, é o delegado e a sua consciência imiscuídos aos seus conhecimentos jurídicos e à sua fundamentada decisão. O direito processual penal contempla hipóteses em que o delegado de polícia faz juízo de valor, fundamentadamente,

⁵⁵ Lei n.º. 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm. Acesso: 04/03/2012.

decidindo quanto ao encarceramento, ou não, do investigado. Portanto, não nos parece justo os aspectos de responsabilização do delegado por prevaricação ou por abuso de poder quando no desempenho legítimo e probo de suas funções, vez que ostentam essas autoridades o status de carreira jurídica. Nas palavras de Marcelo de Lima Lessa⁵⁶:

“Em termos administrativos, sabe-se que, entrevistadas as partes, cabe exclusivamente à autoridade policial formar, soberanamente, sua convicção jurídica e, então, determinar, ou não, a lavratura do auto de prisão, inadmitindo-se qualquer tipo de ingerência, relativamente ao enquadramento típico da conduta e à existência de estado flagrancial”.

Diante do caso concreto, em princípio, urge que se contemple aquilo que prescreve o art. 301 do Código de Processo Penal no que concerne à prisão coercitiva – “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Segundo vasta doutrina, a expressão “flagrante” tem o sentido de ardência, o conceito de queimar, denotando que a infração praticada por aquela pessoa que está sendo conduzida ainda está em chamas, quente, fervente, abrasiva. Conforme Andrey Borges de Mendonça (ob., cit., p. 133):

“Flagrante vem do latim *flagrare*, que significa queimando, ardendo, pegando fogo. Neste sentido, a prisão em flagrante é aquela que ocorre enquanto a infração está ainda em estado latente, evidente, visível. Em razão desta certeza visual do delito ou da proximidade deste momento, o legislador dispensa a ordem judicial, escrita e fundamentada”.

Por oportuno lembrar que a prisão em flagrante é a única das prisões processuais admissível sem ordem judicial. Daí, o rígido controle que se segue logo após a prisão pelas autoridades comunicadas, quais sejam, o juiz e o promotor de justiça.

Mas a regra do art. 301 “quem quer que seja encontrado em flagrante delito” não é absoluta. Conforme Guilherme de Souza Nucci (ob., cit., p. 580), há exceções constitucionais. Assevera que “há pessoas que, em razão do cargo ou da função exercida, não podem ser presas em flagrante ou somente dentro de limitadas opções”.

Preceitua o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Nenhum magistrado da Justiça Comum do Estado, em atividade, em disponibilidade ou aposentado, poderá ser preso senão por ordem do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, salvo em flagrante por crime inafiançável, caso

⁵⁶ LESSA, Marcelo de Lima. A independência funcional do Delegado de Polícia Paulista. Disponível em www.adpesp.com.br. Acesso em 16/03/2012. Rev. Edição 06: São Paulo, informe ADPESP, 2012.

em que a autoridade fará imediata comunicação do evento e apresentação do Magistrado ao Presidente do Tribunal”.

Tomadas estas primeiras cautelas, a autoridade policial passará a verificar a circunstância em que se deu aquela prisão, ou seja, se certificará de que efetivamente ocorreu um crime e se aquela pessoa que está sendo apresentada deu a ele ou não causa.

Conforme a doutrina, causa é a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. As providências ulteriores esbarram na dicção do art. 302 do Código de Processo Penal que trata das situações de flagrante delito.

E assim, a autoridade só determinará a lavratura da medida coercitiva se ficar convencida de que aquele indivíduo presente foi surpreendido cometendo a infração penal ou foi surpreendido acabando de cometê-la ou ainda, foi perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele autor da infração ou mais ainda, foi encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o mesmo autor da infração.

Encaixando-se a conduta daquela pessoa, eventual autora, com qualquer das modalidades de flagrante do art. 302 da legislação em comento, a prisão é factível e perfeitamente legal.

A autoridade policial cautelosa, ainda analisará outras vertentes antes do decreto que restringe a liberdade da pessoa presa, como por exemplo:

1. **Se é caso de flagrante próprio ou perfeito** (incisos I e II do art. 302 do CPP) – quando o sujeito está desenvolvendo a ação ou a omissão criminosas ou quando acaba de concluí-las.

2. **Se é caso de flagrante impróprio ou imperfeito** (inciso III do art. 302 do CPP) – quando o sujeito consuma o delito, foge, é perseguido e preso “logo após”.

3. **Se é caso de flagrante presumido ou ficto** (inciso IV do art. 302 do CPP) – quando o sujeito é encontrado “logo depois” da prática do delito em situação que faça presumir ser ele o autor.

4. **Se é caso de flagrante preparado ou provocado** – quando um agente provoca a prática da infração. Trata-se de crime impossível nos termos do art. 17 do Código Penal e portanto não pode haver prisão em flagrante. Ou, caso resolva a autoridade policial atuar, deve relaxar a prisão por insubsistência. Há exceções a esta regra: seria o caso em

que a polícia se vale do agente provocador, induzindo o autor a praticar um determinado delito, mas somente para descobrir a real autoria de outro.

5. **Se é caso de flagrante forjado** – trata-se de fato atípico, tendo em vista que a pessoa presa jamais pensou ou agiu para compor qualquer infração.

6. **Se é caso de flagrante esperado** – é uma hipótese de flagrante válida. É o caso das chamadas “campanas” feitas por agentes policiais os quais aguardam a consumação do ilícito pelo autor.

7. **Se é caso de flagrante diferido ou retardado** – quando a polícia retarda conscientemente a realização da prisão em flagrante, para obter melhores resultados posteriores. O acompanhar, por exemplo, de um veículo com drogas, para surpreender na sequência também, o receptor, o traficante. Trata-se de situação flagrancial exitosa.

8. **Se é caso de crime permanente** – aquele que se consuma com uma única conduta, mas o resultado se protraí no tempo.

9. **Se é caso de crime habitual** – aquele que não admite prisão em flagrante. É a prática reiterada e seqüencial que denota o comportamento de um indivíduo. O conjunto de ações torna a figura típica, dependente de provas para análise subjetiva do juiz. Inexiste precisão para determinar o momento do flagrante. Conforme Jorge Vicente Silva (ob., cit., p. 146):

“Decidindo pela lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial imediatamente ouvirá o condutor do preso [...] entregará ao condutor cópia de seu depoimento e recibo de entrega do preso [...] na seqüência, ouvirá as testemunhas que acompanharam a entrega do preso [...] em seguida proceder-se-á ao interrogatório do preso indagando-o sobre a imputação que lhe é feita”.

Sob esse aspecto, existe norma constitucional – art. 5º, inc. LXIII, em que “o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”.

O autor acima alinhavado não menciona, mas é regra: após às oitivas das testemunhas, elas assinam o termo de depoimento e são dispensadas. Da mesma forma, a vítima – se for possível a sua inquirição, ela assina o termo de declarações e também é liberada.

No calor ainda dos acontecimentos, ultimada a peça flagrancial, a autoridade policial apresenta ao detido o valor da caução – geralmente um salário mínimo, se puder e quiser responder ao processo em liberdade.

Duas eram as situações que o delegado vivenciava antes da atual reforma do Código de Processo Penal pela lei 12.403/11:

(1) *indivíduo detentor de recursos financeiros*: é rotineiro em plantões de polícia judiciária, o advogado do preso, antes mesmo da conclusão das atividades voltadas à ultimação da peça flagrancial, perguntar qual o valor a ser estipulado como fiança, justamente para retirar o mais rápido possível o seu cliente do ambiente policial por variados motivos. Fixado o valor respectivo, o advogado costuma recolhê-lo prontamente reduzindo a angústia do seu assistido.

Um preso nessas condições, não deixa de esboçar, mesmo que veladamente, motivo de alívio em razão da conquista da liberdade provisória, ficando livre para encontrar um bom álibi para o crime afiançável que praticou.

São raras as vezes em que um processo criminal nessas condições culmine por condenar o autor afiançado a penas restritivas de liberdade. Geralmente, são condenados a penas restritivas de direitos, especialmente quando a sua vida pregressa não o desabone.

Nesses casos nota-se condenações do tipo: prestação de serviços à comunidade, fornecimento de cestas básicas, dentre outras, ou seja, aquele indivíduo praticou uma comprovada infração penal e não foi recolhido à prisão por permissivo legal, eis que possuía recursos suficientes para readquirir a sua liberdade, mesmo que provisória.

(2) *indivíduo hipossuficiente*: a sua pobreza material o impede de responder ao processo em liberdade nos crimes em que é admitida a fixação de fiança.

A autoridade de polícia judiciária, quase regra geral, costuma fixar o valor da fiança em patamares mínimos, especialmente, quando o delito não for daqueles que costumam alertar a opinião pública pela ausência relativa de gravidade.

Antes da recente reforma do Código de Processo Penal, o delegado fixava a fiança aos delitos apenados com detenção e prisão simples. Como o número de prisões por tais regimes era relevante, numerosos também eram os casos da possibilidade da liberdade provisória com caução.

A frustração da autoridade policial possuidora de ideologia humanista costuma ser tamanha quando vislumbra a dor e a amargura do preso hipossuficiente.

Por quantia não vultosa de reais, tem ele que suportar o dia-a-dia de uma penitenciária às vezes insalubre com todos os seus perigos e especificidades e nessa condição aguardar o pronunciamento da justiça, quase sempre morosa.

Quantos desses hipossuficientes teriam sofrido constrangimentos pela vivência com indivíduos desconhecidos e de índole duvidosa somente por que não possuíam um salário mínimo disponível para livrar-lhes daquela situação extrema de suas vidas – a prisão. Ao mesmo tempo, não se compreende o ideal positivista do legislador infraconstitucional por contemporizar com esse estado de situações.

Todos os cuidados legais e humanos com o "investigado" são observados antes, durante e após à lavratura do flagrante. No entanto, o preso insolvente é lançado num ambiente por vezes sem qualquer higiene e sem a menor condição de adaptabilidade - a penitenciária, sendo-lhe, pois, negado o mínimo em dignidade que seria a sua soltura imediata em se apurando o estado de miserabilidade. Dentre outras assertivas o enfoque implícito de que: “se tiver dinheiro para custear a sua soltura tudo bem, se não tiver, cadeia”. O brocardo popular: “quem tem dinheiro no Brasil não é preso”, é fato que merece reflexão nessas ocasiões, que não são raras. Forçoso reconhecer a adequada correlação com um dos princípios do Direito Tributário - o instituto da capacidade contributiva, com previsão na Constituição Federal, art. 145, § 1º.

É fato que a fiança criminal não é imposto e nem tributo, é uma caução real dada em garantia para se alcançar a liberdade provisória. No entanto não se pode negar a verossimilhança. E Luciano Amaro⁵⁷, expressa-se da seguinte forma sobre esse princípio:

“o velho princípio da capacidade contributiva, que desaparecera de nossa Constituição em 1967, ressurgiu no texto de 1988. Aquele brocardo quer de cada um o tributo adequado à sua capacidade contributiva. O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água. Porém, na formulação jurídica do princípio, quer-se preservar o contribuinte, buscando evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza a sua capacidade econômica [...] O postulado em exame avizinha-se do princípio da igualdade, na medida em que, ao adequar-se o tributo à capacidade dos contribuintes, deve-se buscar um modelo de incidência que não ignore as

⁵⁷ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 11ª edição. Ed: Saraiva (2005, p. 138/139).

diferenças (de riqueza) evidenciadas nas diversas situações eleitas como suporte de imposição. E isso corresponde a um dos aspectos da igualdade, que é o tratamento desigual para os desiguais”.

Sempre em mente que a integridade física humana e a própria vida, são elementos muito mais importantes e valiosos do que o simples recolhimento de impostos ou tributos por algum fato gerador.

Se existe previsão de que o contribuinte não pode ser taxado além da sua capacidade de contribuir sob o risco de ver comprometido o seu meio de subsistência, muito mais importante e fraternal seria a possibilidade da concessão e reconhecimento ao preso pobre do seu direito de liberdade.

A própria Constituição Federal garante o direito à liberdade em seu art. 5º, caput, não podendo nos esquecer da presunção da inocência de que trata o inciso LVII do mesmo artigo.

Não precisa ser vidente, mas é evidente que a condição de presidiário ao invés de recuperar o hipossuficiente pode exacerbar ruinosamente a sua idiosincrasia, ou seja, o seu modo de ser e de sentir.

E aconteceu em 04 de Maio de 2011 a esperada reforma de artigos do Código de Processo Penal.

O legislador concedeu ao delegado de polícia o poder de fixar o valor da fiança – de 01 (um) a 100 (cem) salários mínimos, nos termos do art. 325, I, do Código de Processo Penal, aos delitos apenados em até 04 (quatro) anos de prisão.

Nos crimes com apenamento abstrato acima de quatro anos, desde que afiançáveis, a competência para o arbitramento da fiança é do juiz.

No entanto, o Código de Processo Penal não prevê, expressamente, a essas autoridades, os delegados, o poder *ex officio* de também promoverem a redução do *quantum* pecuniário fixado em até 2/3 (dois terços) como dispõe o art. 325, II, § 1º ou mesmo dispensarem o pagamento da fiança criminal após análise pormenorizada das condições econômicas do preso, conforme disposto no § 1º, inciso I, do artigo mencionado e no art. 350.

É fato que a lei processual penal, ao silenciar, implicitamente dispôs que não incumbe apenas aos magistrados o poder de promover a redução em 2/3 (dois terços) do valor da fiança. Desse modo, avaliamos que essa tarefa também está ao alcance da polícia

judiciária, ou seja, não soa incoerente que o delegado, logo após fixar o valor da fiança, também possa reduzi-lo caso perceba que a situação econômica do preso é de insolvência e de patente miserabilidade.

O legislador deu ao delegado um grande poder: o de fixar discricionariamente o valor da caução de um (01) a cem (100) salários mínimos. Não denegou-lhe, em nenhum momento, o poder de atribuir a redução do valor pecuniário fixado no patamar legal. A liberdade provisória deve ser sempre concedida quando a prisão, embora legal, não seja necessária.

A prisão processual não pode ser confundida com pena. Ela deve subsistir apenas como cautelaridade social, isto é, para a proteção à sociedade e também como cautelaridade ao eventual processo penal.

Se numa prévia análise for percebido que essa proteção é descabida ou desnecessária naquele momento, o investigado deve ser solto imediatamente.

A atividade exercida pelo delegado faz com que seja a primeira autoridade a conhecer sobre a ocorrência de fatos.

Deve promover o necessário e se valer de prerrogativas legais com vistas a dar a melhor solução no seu âmbito de atuação e competência.

O Estado precisa encontrar urgente solução visando minorar o sofrimento dos presos juridicamente pobres. Deveria oportunizar ao infrator hipossuficiente a possibilidade de satisfazer o seu débito social num outro contexto, especialmente após à condenação com trânsito em julgado da sentença, mas não o trancafiando antes da tramitação de um processo legal, como hodiernamente ocorre, unicamente pelo fato de ser um desvalido financeiro.

Conforme já reproduzido, Luciano Amaro levanta questão parecida com relação a contribuintes hipossuficientes (ob. cit, p. 138/139):

“O postulado em exame avizinha-se do princípio da igualdade, na medida em que, ao adequar-se o tributo à capacidade dos contribuintes, deve-se buscar um modelo de incidência que não ignore as diferenças (de riqueza) evidenciadas nas diversas situações eleitas como suporte de imposição. E isso corresponde a um dos aspectos da igualdade, que é o tratamento desigual para os desiguais”.

Se a Lei Maior admite a liberdade ao autor de crime afiançável, é porque ele tem absolutas condições de viver em sociedade. Mas a questão financeira tem se posicionado contra o espírito constitucional.

Efetivamente, a essência da lei 12.403/11 é o de impedir a prisão de pessoas que não apresentam periculosidade. Desta forma, com espeque no princípio da razoabilidade, não tem sentido manter-se encarcerados autores com esse nível de potencialidade delitiva. Soa inexplicável e até mesmo atributos perversos de Estados com regimes totalitários a exigência da prisão ao infrator sem potencial econômico. Seria como dizer ao preso: “pelo crime que você cometeu, você poderia responder em liberdade. Porém, como és um desvalido, um indivíduo que vive sem ter interesse na busca de recursos, vai responder preso mesmo”. A pobreza, muitas vezes, não é culpa do ser humano mas, da falta de oportunidades que nunca teve. Portanto, a pobreza material é problema que abarca toda uma sociedade. A oferta de boas oportunidades é ínfima. Poucos a alcançam. O crime grassa justamente nas camadas sociais excluídas, incultas e massacradas. O próprio Estado parece não ter muita paciência com os seus famigerados. A prisão do preso hipossuficiente é um exemplo clássico. A prisão de uma pessoa nessas condições só ostentará mais prejuízos à ela mesma e a seus familiares e mais ônus ao próprio Estado que terá que observar direitos fundamentais e mesmo a dignidade daquele novo morador do presídio. A comunicação do flagrante com pessoa presa ou solta será comunicada imediatamente ao juiz, como manda a Constituição Federal. No entanto, ocorrem muitas prisões num fim de semana quando o poder judiciário funciona em regime de plantão. Nessas situações, o expediente será analisado pelo juiz, geralmente, no primeiro dia útil subsequente, podendo ocorrer morosidade e prejuízos para o encarcerado. O preso permanecerá à disposição da justiça trancafiado na cela de uma prisão qualquer próximo a outros detentos, correndo todos os riscos inerentes à sua condição. Esse estado de situações, percorre caminhos contrários aos princípios constitucionais, especialmente, o princípio da presunção de inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana. Como já explanado, a autoridade de polícia judiciária possui todos os meios necessários para promover celeremente averiguações sobre as condições de fortuna e vida pregressa dos autores de crimes. Imposta a fixação do *quantum* pecuniário, como já deliberado, pode a mesma autoridade da polícia fazer a sua redução em até 2/3 (dois terços) acaso perceba nas averiguações sobre as condições de riqueza do preso, ser ele realmente desafortunado. Não existe, igualmente, qualquer prejuízo para a justiça que essas mesmas autoridades de polícia judiciária também possam deliberar pela *dispensa* do pagamento do valor total da fiança, na

própria delegacia de polícia, como medida que mais se amolda aos princípios constitucionais, além de cláusulas pétreas como o direito de ir e vir. A autoridade policial, como dito, pode o mais, que é fixar o valor total da fiança e a redução respectiva desse valor acaso o avalie como irreal para as condições de fortuna do preso. Nessa mesma toada deve ser avaliado como prática positiva do direito e conduta que se amolda aos conceitos de justiça a prerrogativa da deliberação da imediata soltura do preso hipossuficiente na própria delegacia pelo delegado que estiver diante do caso, evitando-se com essa postura a angústia e a desesperança dos seres humanos desamparados.

3.1 fiança criminal a ser fixada pelo delegado – mecanismos de cálculo de penas

A nova lei n. 12.403/11, estabelece que nos crimes – tanto aqueles apenados com detenção, prisão simples ou reclusão cuja pena máxima *in abstracto* não ultrapasse a 04 anos, pode o delegado de polícia fixar o valor da fiança ao preso tão logo termine os trabalhos de polícia judiciária. Uma tarefa complexa, no entanto, são os cálculos a serem apresentados e que devem buscar a exata correlação com o ilícito e a sua forma de consumação. Sobre esse importante aspecto que ocorrerá logo após à legitimação da situação de flagrância, anota Ivens Carvalho Monteiro⁵⁸, os passos seguintes:

3.1.1 procedimento no caso de infração penal tentada com pena máxima superior a quatro anos

Deve a autoridade policial transformar a pena máxima cominada à infração em meses. Aplicar sempre o percentual de 1/3 à pena máxima cominada para a infração (já transformada em meses) visando encontrar o *quantum* de redução da pena decorrente da tentativa. Transformar o *quantum* de redução da pena decorrente da tentativa em anos. Subtrair do valor da pena máxima o valor do *quantum* de redução da pena decorrente da tentativa para encontrar o valor da pena máxima final (ambos em anos). Se o valor da pena

⁵⁸ MONTEIRO, Ivens Carvalho. O passo-a-passo dos cálculos de pena para a possibilidade de arbitramento de fiança pelos delegados de polícia, 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19643>. Acesso em 29.07.2011

máxima final obtido for igual ou inferior a quatro anos, a infração se torna afiançável pelo delegado de polícia. Um bom exemplo elucidativo, seria o estudo de caso de tentativa de infanticídio, art. 123 do Código Penal: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: pena – detenção, de dois a seis anos.

Seguindo a fórmula proposta pelo autor, teríamos:

Transformar a pena máxima cominada à infração em meses: 06 anos = 72 meses. Aplicar sempre o percentual de 1/3 à pena máxima cominada para a infração (já transformada em meses) para encontrar o *quantun* de redução da pena decorrente da tentativa: 1/3 de 72 meses = 24 meses. Transformar o *quantun* de redução da pena decorrente da tentativa em anos: 24 meses = 02 anos. Subtrair do valor da pena máxima do valor o *quantun* de redução da pena decorrente da tentativa para encontrar o valor da pena máxima final (ambos em anos): 06 anos – 02 anos = 04 anos. Se o valor da pena máxima final obtido for igual ou inferior a quatro anos, a infração se torna afiançável pelo delegado de polícia: o resultado é igual a 04 anos. Logo, a tentativa de infanticídio é delito afiançável na fase policial. Observe-se que qualquer infração penal – na forma tentada, com pena máxima superior a 06 (seis) anos, é inafiançável na esfera policial.

3.1.2 procedimento nos casos de concurso material de crimes

O concurso material de crimes ocorre quando o agente comete dois ou mais crimes mediante mais de uma ação ou omissão. Os delitos praticados podem ser da mesma natureza (concurso homogêneo) ou não (concurso heterogêneo). No concurso material as penas são aplicadas acumuladamente, ou seja, somam-se aritmeticamente.

Art. 69 do CP. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

A lei 12.403/11 tornou insubsistente a Súmula 81, do Superior Tribunal de Justiça: “Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão”. Assim, para encontrar-se o valor correto da fiança nos crimes materiais, deve-se selecionar a pena

máxima comum às infrações ou as penas máximas de cada um dos crimes. Somar as penas máximas para encontrar o valor final da soma das penas máximas. Se o valor final da soma das penas máximas obtido for igual ou inferior a quatro anos, o concurso material se torna afiançável pelo delegado de polícia.

3.1.3 procedimento nos casos de crime continuado

A continuidade delitiva ocorre quando o agente comete dois ou mais delitos da mesma espécie, mediante mais de uma conduta, estando os crimes, porém, unidos pela semelhança de determinadas circunstâncias (condições de tempo, lugar, modo de execução ou outras condições) que permitam deduzir a continuidade.

Art. 71 do CP. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único – Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste código.

Assim, deve-se selecionar a pena máxima de qualquer das infrações (quando o crime continuado é simples) ou a maior pena máxima entre os crimes (quando o crime continuado é qualificado). Aplicar o *quantum* máximo (dois terços) à pena de um só dos crimes (se idênticas, isto é, no crime continuado simples) ou a mais grave (se diversas, ou seja, no crime continuado qualificado) para encontrar o *quantum* de aumento de penas. Somar o *quantum* de aumento de pena à pena máxima. Se o valor final da pena obtido for igual ou inferior a quatro anos, o crime continuado se torna afiançável pelo delegado.

Estudo de caso:

Durante cinco dias seguidos um médico emite quatro atestados falsos, infringindo ao disposto no art. 302, Código Penal, pena máxima: 1 ano de detenção.

Selecionar a pena máxima de qualquer das infrações (quando o crime continuado é simples) ou a maior pena máxima entre os crimes (quando o crime continuado é qualificado): a pena é de 01 ano de detenção. Aplicar o *quantun* máximo (2/3) à pena de um só dos crimes (se idênticas, isto é, no crime continuado simples) ou a mais grave (se diversas, ou seja, no crime continuado qualificado) para encontrar o *quantun* de aumento de pena: precisamos transformar um ano em meses para efetuar esse cálculo: 01 ano = 12 meses: $2/3$ de 12 meses = 08 meses. Somar o *quantun* de aumento de pena à pena máxima: 01 ano + 08 meses = 01a08m. Se o valor final da pena obtido for igual ou inferior a quatro anos, o crime continuado se torna afiançável na delegacia de polícia.

3.1.4 procedimento nos casos de concurso formal de crimes

O concurso formal de crimes verifica-se quando o agente pratica dois ou mais delitos mediante uma só conduta, embora sobrevenham dois ou mais resultados puníveis. No concurso formal, sendo idênticas as penas, impõe-se uma só, e, se diversas, a mais grave delas, porém, em qualquer caso, sempre acrescida de 1/6 até metade.

Art. 70 do CP – quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Diante disso, selecionar a pena máxima de qualquer das infrações (quando o concurso formal perfeito é homogêneo) ou a maior pena máxima entre os crimes (quando o concurso formal perfeito é heterogêneo). Aplicar o *quantun* máximo (a metade) à pena de um só dos crimes (se idênticas, isto é, no concurso formal perfeito homogêneo) ou a mais grave (se diversas, ou seja, no concurso formal perfeito heterogêneo) para encontrar o *quantun* de aumento de pena. Somar o *quantun* de aumento de pena à pena máxima. Se o valor final da pena obtido for igual ou inferior a quatro anos, o concurso formal se torna afiançável na delegacia.

Estudo de caso:

Alguém comete o crime de lesões corporais leves – art. 129, caput, CP, cuja pena máxima é de 01 ano de detenção. O mesmo ato dá causa a um homicídio culposo – art. 121, § 3º, CP, cuja pena máxima é de três anos de detenção.

Seguindo a fórmula, teremos:

O concurso formal perfeito é heterogêneo e o crime mais grave é o homicídio culposo, com pena de três anos. A metade de três anos é um ano e seis meses. Um ano e seis meses somados a três anos é igual a quatro anos e seis meses. O resultado é superior a quatro anos. Logo o delegado de polícia não pode fixar o valor da fiança. Sobre este tema a Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo fez divulgar a Recomendação DGP-4⁵⁹, nos seguintes termos:

“A liberdade provisória mediante fiança em face do limite estabelecido no art. 322 do Código de Processo Penal.

O Delegado Geral de Polícia,

Considerando que compete ao Delegado de Polícia a análise do fato que lhe é apresentado, a adequação típica e a conseqüente decisão sobre a possibilidade de colocação em liberdade do conduzido;

Considerando que, nos termos do art. 322, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, o Delegado de Polícia tem o poder dever de conceder liberdade provisória mediante fiança ao preso que tenha praticado infração cuja pena privativa de liberdade não exceda a quatro (4) anos;

Considerando que os Tribunais já se manifestaram no sentido de que o somatório das penas deve ser considerado para a aplicação dos institutos trazidos pela Lei 9.099/95 (Súmula 723, STF; Súmula 243, STJ e Súmula 82, TJSP), demonstrando a compreensão do tema que deverá guiar as inovações trazidas pela Lei 12.403/2011;

Considerando, finalmente, que o Delegado de Polícia é o agente a quem o Estado instituiu competência para analisar a relevância do fato apresentado, sob a ótica jurídico-penal, decidindo imediatamente a respeito sempre em defesa da sociedade e tendo como norte a promoção dos direitos humanos,

RECOMENDA

As Autoridades Policiais, ao decidirem sobre a liberdade provisória mediante fiança prevista no art. 322 do Código de Processo Penal, poderão analisar, de acordo com seu convencimento jurídico, concurso material e outras causas de

⁵⁹ Diário Oficial Poder Executivo (DOE) – Seção I, quinta feira, 21 de julho de 2011. Acesso em 15.08.2011

aumento e/ou de diminuição de pena, decidindo motivada e fundamentadamente, a respeito da possibilidade ou não da concessão do benefício legal”.

3.2 fiança ainda é entrave à liberdade de réu pobre

A fiança criminal é assunto que toca o imaginário das pessoas possuidoras de opinião. Como tal, não é raro encontrar enfrentamentos à questão. A jornalista Maria Gizele da Silva⁶⁰, do jornal gazeta de Maringá, fez a seguinte abordagem sobre o tema, conforme segue:

“[...] O Código de Processo Penal estabelece a isenção para suspeitos sem condições financeiras, mas a falta de padronização por parte dos juízes dificulta a aplicação. A discussão sobre a fiança ganhou um novo ingrediente. Diante do caso de um homem pobre preso por furto que não tinha R\$830,00 para sair da cadeia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que o acusado podia ganhar a liberdade provisória mesmo sem pagar a fiança. A regra já é velha conhecida dos juristas: o artigo 350 do Código de Processo Penal (CPP) estabelece a isenção da fiança para réus pobres. No entanto, a falta de um mecanismo eficiente de defesa dos réus carentes e a não padronização dos procedimentos dos juízes dificultam a aplicação do artigo. A fiança é um instituto jurídico criado em 1941 como uma espécie de garantia dada pelo preso que atende aos requisitos da liberdade provisória. A taxa varia de 1 a 200 salários mínimos [...], mas pode ser reduzida ou aumentada nesses mesmos limites de acordo com a condição financeira do réu. Não há um estudo sobre a faixa salarial dos presos. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informou que o perfil econômico da população carcerária brasileira é objeto de uma pesquisa que ainda não foi concluída[...]”.

A lei processual penal pátria em alguns aspectos, é preconceituosa. Na questão que trata da liberdade provisória ante ao pagamento de uma importância pecuniária, ela se mostra impiedosa e elitista. Ela acolhe adequadamente a dignidade do rico olvidando que os princípios constitucionais devem ser alçados e divisados como um primeiro horizonte, a igualdade entre todos.

O Código de Processo Penal regula os casos em que o réu é pobre, comete um crime afiançável, mas não tem condições de prestar fiança. Nesses casos, para não prejudicá-lo ainda mais em virtude de sua condição social, a lei permite que lhe seja deferida a liberdade provisória, mesmo sem o depósito da fiança, entretanto, serão exigidas as condições próprias dos afiançados.

O sofrimento do autor do crime em que é aceitável o pagamento de fiança aumenta ainda mais quando ele constata que a sua condição financeira é precária e que terá

⁶⁰ DA SILVA, Maria Gizele. Jornal Gazeta Maringá, 06/05/2011. Disponível em: gazetamaringa.com.br/conteúdo.ph – Acesso em: 30.05.2011

que amargar dias seguidos, trancafiado em uma penitenciária, junto com desconhecidos, até que a justiça criminal analise e dê solução ao seu caso.

Cada fato deve ser analisado de forma inédita. Não há uma padronização devido a isso. Urge que se analise a vida pregressa de cada infrator: se é primário, se é reincidente, condições de fortuna, tipo penal infringido, local da perpetração, grau de periculosidade, dentre outros elementos, daí a mora judicial em algumas situações.

A própria autoridade policial em razão dos meios de que possui, tem plenas e rápidas condições de tempo para levantar completamente os dados indispensáveis ante à prolação de segura decisão sobre o deslinde da situação do investigado.

Com vistas a tornar desburocratizante o manejo da ciência do direito, não há que dizer que a soltura do preso na própria delegacia, seja prejudicial à justiça ou que vá cercear ou tornar inócua a ulterior prestação jurisdicional.

Ao contrário. O reconhecimento e aplicação dos princípios constitucionais, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência não são apenas relevantes à questão da mera legalidade formal mas, igualmente, importante à criação de uma concepção mais propriamente axiológica do direito, em termos de objetivação de valores.

Todo e qualquer ordenamento constitucional revela, implícita e explicitamente, a existência de determinados princípios observáveis como fundamentais e que, em virtude disso, devem ser compreendidos como fatores modelantes de uma concepção valorativa.

Os princípios constitucionais devem ser reconhecidos e praticados de acordo com a sua força intrínseca. Caso contrário, não possuem validade prática alguma.

Se juízes procedem a julgamentos em conformidade com elementos principiológicos da Constituição, igualmente o cidadão comum possui o mesmo direito de evocar os princípios constitucionais.

Tais princípios embora não precisem estar diretamente revelados na constituição escrita, devem ficar identificados com alguma aspiração humana. Devido a isso, os princípios constitucionais carregam toda uma sorte de expectativas sociais e representam elementos valorativos.

É fato que os princípios constitucionais não são relevantes apenas à questão do direito positivo, mas também no sentido da concepção sociológica de valores subsistentes ao ordenamento jurídico.

Daí, o entendimento de que ao cidadão sem recursos financeiros deve ser reconhecido, inopinadamente, na própria seara policial, o seu direito a responder ao processo livre, independentemente do pagamento de fiança, podendo tais reconhecimentos ser prerrogativa também dos próprios delegados de polícia.

O poder de fixar valor pecuniário, como também o de determinar a redução em dois terços e até mesmo o poder de *dispensar* o recolhimento imediato da caução, se coaduna com regras principiológicas constitucionais, e ainda com premissas fraternais e com enunciados de direito solidário.

Repisa-se que pela redação do renovado art. 350 do Código de Processo Penal, existe menção a que apenas o magistrado possa dispensar a fiança nos casos comprovados de falta de recursos do autor do delito.

Pois bem. No entanto, no que pertine à dispensa da fiança pelo delegado, apesar de entendermos que não há óbice finalístico que a inviabilize, verifica-se que a lei em comento por reportar-se apenas ao juiz, tornou tecnicamente os delegados impedidos de referendá-la.

Ainda, é fato que esse obstáculo às autoridades policiais, fará o preso suportar sacrifícios extremos em sua vivência em razão da prisão por período desnecessário.

Em nossa análise, a lei processual penal ao não pontuar também aos delegados a faculdade de dispensar o pagamento da fiança ao preso realmente necessitado, criou em nosso ordenamento jurídico, implícita e veladamente, a figura da prisão por miserabilidade.

A crítica que fica é que não há razão jurídica para tanto. Não há nada de sobrenatural na avaliação da capacidade econômica de uma pessoa poder ou não pagar para responder ao processo em liberdade.

Fazendo jus à fiança e constatada a miserabilidade, deve-se colocar o preso pobre o mais rápido possível em liberdade, sob pena de afrontar o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal.

Qualquer defesa em contrário fere a ordem constitucional e soa mais como capricho ou vaidade que como qualquer razão juridicamente plausível para justificar a impossibilidade da dispensa da fiança pela autoridade policial, ainda que com espeque na competência exclusivamente judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema fiança criminal, notabilizado pela nova lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, especialmente, os relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, fez aflorar, Brasil afora, eloqüentes posicionamentos jurídicos. Alguns favoráveis ao novo ordenamento jurídico. Outros, nem tanto. É fato e notório que sempre que o país se vê às voltas com nova nomenclatura jurídica, muitos são os questionamentos posteriores.

Assim se observou quando da entrada em vigor da lei nº 11.340/06⁶¹; da lei nº 11.343/06⁶²; da lei nº 10.826/03⁶³, dentre outras. A desconfiança social de uma lei com repercussão nacional é impactante. Logo, aqueles que militam na árdua seara jurídica, vêm a campo com suas críticas ou elogios ou mesmo devaneios.

No caso da lei nº 12.403/11, a notícia mais ouvida foi a de que quando a mesma entrasse em vigor a partir do dia 04 de Julho de 2011, milhares de presos com condenação não superior a 04 (quatro) anos, seriam colocados imediatamente em liberdade, fazendo exsurgir, no seio social, naquele momento, temor e perplexidade.

⁶¹ Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l11340.htm. Acesso: 03/03/2012.

⁶² Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – (art. 51). Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l11343.htm. Acesso: 03/03/2012.

⁶³ Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas/Sinarm, define crimes e dá outras providências. www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10826.htm. Acesso: 03/03/2012.

Com o passar do tempo, notamos que o legislador queria encontrar solução para o lotado sistema prisional brasileiro.

No caso de um preso pela cautelar prisão em flagrante, interpretamos que a idéia do legislador ao fazer promulgar essa lei foi a de permitir que o mesmo responda ao processo em liberdade e como a prisão no nosso ordenamento jurídico é a exceção, que ele, livre, aguarde eventual pena restritiva de liberdade para a partir daí ser incluído no sistema penitenciário. Andou bem o legislador.

Não obstante, como já pormenorizadamente analisado, soa desumano e contraproducente, ainda manter-se alguém preso em razão de penúria ou com base em precária condição financeira. Sente-se que a lei processual penal é preconceituosa ante aos infratores sem recursos. Esse estado de falência patrimonial por vezes escapa à própria vontade do agente posto que é impensável que alguém não queira a auto-suficiência financeira.

A lei se mostra controversa nesse aspecto vez que conforme profundamente analisado nesta pesquisa, a tendência natural do direito é pela manutenção da pena restritiva de liberdade apenas nos casos considerados graves, o direito penal solidário. A doutrina e a jurisprudência já palmilham determinadas infrações como merecedoras do reconhecimento do princípio da insignificância, como visto anteriormente. É controverso que alguém tenha que pagar com a restrição da liberdade numa situação em que a própria lei oferece a condição de também poder dedicar-se à defesa, em liberdade. Igualmente sem sentido que tal prerrogativa - a de determinar a soltura imediata de preso reconhecidamente pobre e sem recursos através do dispositivo da dispensa, não foi estendida à autoridade policial, primeiro juiz da causa, presidente do procedimento inquisitivo.

É num cenário confuso como este que vigem as regras processuais penais. De um lado, o Estado soberano possuidor do poder genérico de perseguir - *jus persequendi*, e de punir - *jus puniendi*, todos aqueles que por ação ou omissão, infringem as regras sociais.

As normas pertencem à sociedade. Sem elas, inviável seria viver comunitariamente posto que presente o caos. De genérico passa o Estado a caminhar pelo poder concreto quando a norma ou a regra é quebrada por algum dos componentes daquela sociedade.

Diante disso, de um lado o Estado – como representante da sociedade, na busca da adequada punição e de outro o infrator buscando defender-se com base em princípio constitucionalmente previsto.

Mas as normas, por vezes, estampam inseqüências quando deixam de mensurar a própria dignidade da pessoa humana ou mesmo a omissão estatal que faz com que a pessoa passe a delinquir, geralmente em razão da exclusão social.

Vige neste país o princípio da obediência incondicional à lei, o positivismo jurídico, e as conseqüências disso podem ser nefastas, cuja rota pode colidir com as nocividades que se conhece hodiernamente como prática usual no mundo totalitário.

Desde os primeiros momentos acadêmicos, a orientação da docência é no sentido de que a vida é o bem maior e devido a isso recebe toda a tutela estatal.

Difícil acreditar nessa tese posto que no momento crucial da vida de uma pessoa – o momento de sua prisão, a norma fria é quem prevalece e postula apenas conhecer a capacidade contributiva do infrator. Se ele é ou não solvente. Se ele é ou não adimplente. Os princípios constitucionais devem ser encimados, dentre eles, o princípio da presunção de inocência, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da fraternidade ...

Soa incoerente e elitista que uma mesma normatização que admite ao infrator responder ao processo em liberdade – desde que tenha recursos para recolher o valor de uma caução, determine a sua prisão caso não o tenha.

Numa célere interpretação da norma processual penal, está implícito que aquele infrator tem plenas condições de viver em sociedade, que o mal que provocou não é daqueles que possa atormentar os seus semelhantes. Seria como dizer-lhe: “você não vai retornar ao convívio social apenas porque é inadimplente, em outras palavras, você é um desvalido financeiro. Indivíduo hipossuficiente. Por isso, cadeia”.

E, também implicitamente, o Estado está definindo que o infrator sem recursos de qualquer natureza deve padecer segregado por períodos incertos numa prisão qualquer até que a autoridade competente decida a respeito e manifeste-se.

É fato, como dito, que a lei processual penal admite que o infrator hipossuficiente possa ser beneficiado pelo Estado-Juiz, acaso este resolva conceder-lhe a liberdade provisória mediante a redução em 2/3 (dois terços) do valor da sua fiança ou até

mesmo dispensar ou deixar de exigir o pagamento dela. Nesse aspecto agiu o legislador com ideal humanista. A lei processual, embora veladamente, também dotou as autoridades policiais dessa vanguarda, isto é, da promoção da propalada redução do valor da caução, vez que estão essas autoridades obrigadas a tomarem as primeiras medidas ante às vicissitudes humanas.

A lei processual penal, como também já debatido anteriormente, deu prerrogativa a esses personagens do mundo jurídico concedendo-lhes a importante missão de fixar ou não fixar a caução a pessoas conduzidas à sua presença desde que o tipo penal infringido não extrapole a 04 (quatro) anos de detenção ou reclusão. Não atribuiu-lhes, entretanto, por questões não explicadas na doutrina e nem na parte jurisprudencial, a faculdade de poder dispensar o pagamento de fiança nos casos absolutamente necessários, nem mesmo com critérios bem fundamentados e definidos.

E o balanço disso é que, mesmo que o magistrado venha a promover concessões nos dias subseqüentes à prisão, o fato é que aquele infrator terá que permanecer durante o tempo da análise judicial num ambiente, por vezes, insalubre além de perigoso.

O Estado não tem como garantir de forma absoluta ao hipossuficiente que nos dias de segregação garantirá a sua vida ou mesmo a sua incolumidade física. É fato que a incolumidade psicológica certamente será abalada.

Outro ponto que merece reflexão é como fazer com que aquele preso compreenda ao final de seu processo uma eventual decisão judicial no sentido de que foi absolvido por fragilidade e inconsistência das provas colhidas ou mesmo que venha a ser condenado, como exemplo, a uma pena restritiva de direitos – ou seja, longe de uma condenação por pena restritiva de liberdade. Nesse caso, fica claro que a prisão inicial ocorreu somente porque o indivíduo não tinha posses econômicas.

Vislumbra-se nessa perspectiva que a dosagem do remédio que foi dado ao paciente foi excessiva e fez-lhe mais mal do que o bem. Aliás, não esqueçamos que esse desvalido geralmente possui familiares, esposa e filhos, que costumam sofrer junto nessas destemperanças.

Não se pode olvidar que o sofrimento é um momento eterno e a todos aproveita.

Ele é indivisível, imutável, intransferível na sua opulência dada a sua complexidade. Parece cingir em um doloroso epicentro.

O tempo não floresce. Imobilidade paralisante de uma vida. Inflexibilidade de leis de uma sociedade que as regem.

Cada dia, nos seus mínimos detalhes angustiantes, assemelham-se com os dias subseqüentes.

Se foi ao delegado permitido o mais – que é o poder de fixar a fiança, ou seja, em outras palavras, o preso com posses financeiras readquire a sua liberdade mediante o pagamento ao Estado de um valor pecuniário em troca do mal que produziu, não lhe foi autorizado o menos, que é a propalada dispensa daquele recolhimento em razão da penúria financeira daquela pessoa, tudo com fulcro em aprofundada análise e detalhamento das condições pessoais do infrator, condições essas vinculadas a emprego formal/informal, patrimônio pessoal ou familiar e possibilidade de saldar o seu débito para com a vítima ou mesmo para com o Estado oportunamente.

Essa autoridade, o delegado, deve possuir todos e os absolutos meios necessários, materiais e humanos, à obtenção desses dados de forma precisa e imediata e nos parece que ao magistrado exista uma certa limitação para o alcance aos dados particulares do preso de forma célere, especialmente, nos finais de semana e feriados prolongados.

Dessa forma ficou sem sentido não dotar as autoridades policiais dessa prerrogativa. Essa omissão legal é exatamente o que está levando à angústia milhares de seres humanos pelo país, os quais, por circunstâncias muitas vezes incompreendidas, um dia ousaram errar contra a sociedade. A não liberação do infrator insolvente em delitos afiançáveis pelo delegado de polícia, ofende e viola os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e fraternidade e o pacto supremo, como já dito. Na busca das respostas e soluções para os conflitos sociais, a primeira das respostas é a cidadania geral, seguida pelo devido processo legal e por fim a pena como reintegração social do infrator. Não se pode ignorar que a manutenção de uma prisão quando a lei admitir a liberdade, com ou sem fiança, é inconciliável com a regra principiológica constitucional demonstrada no art. 5º, inc. LXVI.

Repisa-se. Há muitos casos em que a autoridade policial fixa o valor da fiança e o custodiado não tem condições financeiras de prestá-la sem prejuízo do seu próprio sustento e de sua família. A conseqüência dessa insolvência é a continuidade dessa pessoa no cárcere. O delegado se limitará a remeter o auto de prisão em flagrante ao juiz que a seu tempo decidirá nos termos do art. 350 do Código de Processo Penal:

"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 pode a liberdade ser negada pelo juiz de primeiro grau. Nesse ínterim, isto é, entre o não recolhimento da fiança na esfera policial e a concessão de liberdade provisória pelo magistrado, fatalmente o preso juridicamente pobre amargará dias encarcerado, o que é inadmissível para um Estado Democrático de Direito que deve estabelecer a igualdade de todos independentemente de qualquer condição, inclusive suas posses. Fernando Capez⁶⁴ expõe 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 Código de Processo Penal. Há um silêncio quanto à possibilidade da autoridade policial, *mutatis mutandis*, proceder de forma equivalente nas hipóteses de sua atribuição, com base no art. 322 do mesmo código. Para Júlio Fabrini Mirabete⁶⁵, a fiança "é uma garantia real de cumprimento das obrigações processuais do réu." Diante dessa definição doutrinária, 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, conforme Geraldo Ataliba⁶⁶. Assim, manter preso o flagrantado 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 às regras principiológicas constitucionais. Isso porque o preso teria sua liberdade cerceada por impossibilidade de antecipar custas processuais referente a um processo que nem se quer foi instaurado e não se sabe se resultará em futura condenação, sendo absolutamente incompatível com o mandamento constitucional da presunção de inocência, expresso no art.

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Ed. Saraiva. 9ª Ed. São Paulo.

⁶⁵ MIRABETE. Júlio Fabrini. Código de Processo Penal Interpretado. Ed. Atlas, 9ª Ed., p. 848.

⁶⁶ ATALIBA, Geraldo. Sistema Tributário na Constituição de 1988. Revista de Direito Tributário, v. 51, p. 140.

5º, inc. LVII da Constituição Federal. Conclui-se que, à luz da Constituição Federal de 1988, não há expressa vedação a que a autoridade policial possa conferir imediata liberdade ao preso em flagrante independentemente do recolhimento de fiança nas hipóteses em que ela é admitida desde que haja a comprovação do estado de miserabilidade do infrator. Com a observância aos dispositivos constitucionais referidos, deverá a autoridade policial se valer da aplicação analógica do art. 350 do Código de Processo Penal, necessária para, *mutatis mutandis*, suprir a omissão legislativa verificada no art. 322 do Código de Processo Penal c.c. o art. 350. Pelos preceitos constitucionais estudados, confirmada a miserabilidade do preso em flagrante, deve a autoridade policial *in continenti*, colocá-lo em liberdade dispensando-o do pagamento da fiança, mas o advertindo de que terá o ônus de posteriormente comprovar *in juditio* sua real 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. O que não se admite é que a impossibilidade financeira de pagar um débito 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. As pesquisas realizadas neste trabalho, tanto doutrinárias quanto no aspecto principiológico, denotam profundamente, o acerto no entendimento de que a autoridade policial, a exemplo do juiz de direito, também pode promover, se necessário, a dispensa da fiança criminal ao preso sem recursos financeiros tão logo ultime os seus trabalhos de polícia judiciária. A prestação jurisdicional, desde a primeira interferência do Estado na investigação até a condenação, necessita tutelar os direitos individuais indisponíveis, zelando assim pela dignidade da pessoa humana. No Estado Democrático de Direito, cujo pilar é a aplicação da justiça solidária, é inadmissível que a impossibilidade financeira do preso em prestar caução seja obstáculo para a conquista da sua liberdade no decorrer do inquérito policial ou processo, ainda mais no caso de prisão processual, muito contestada e questionada ante ao princípio da presunção de inocência. Existe uma iminente ameaça ao desafortunado financeiramente ao pleno reconhecimento de princípios constitucionais. Cabe, assim, aos profissionais das carreiras jurídicas zelar pelo direito subjetivo do preso e a preservação do seu *status libertatis*. Afinal, a dignidade do preso rico não pode ser mais importante que a dignidade do preso pobre. Fixar valor

pecuniário ao preso reconhecidamente pobre é o mesmo que negar-lhe a liberdade. É o mesmo que dizer-lhe que não faz por merecer o reconhecimento e a aplicação das regras principiológicas constitucionais. A lei processual penal pátria não pode carregar, mesmo que de forma implícita, o ranço e o caráter discriminatório entre presos abastados economicamente e presos hipossuficientes. Espera-se que a jurisprudência reconheça e corrija esse equívoco e inconsistência da lei processual penal, estendendo também à autoridade policial, a prerrogativa da dispensa do infrator pobre ao pagamento da fiança criminal.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, Walter. O Processo Penal. 18ª edição. São Paulo: ed. do Autor, 1989.

ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 11ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2005.

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

AVELINO, Pedro Buck. Princípios da Solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 53, out / dez, São Paulo: RT, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1978.

BATISTI, Leonir. Presunção de Inocência: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constitucionais do Brasil e Portugal / Curitiba: Juruá Editora, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403/11. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BOTELHO, Jéferson. Nova Reforma Processual. A Autoridade Policial e a Concessão da Fiança em Face da Lei 12.403/2011. Disponível em www.jefersonbotelho.com.br/nova-reforma-processual-a-autoridade-policial-e-a-concessao-da-fianca-em-face-da-lei-12-403-20.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei de Introdução, art. 4º. - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2002.htm.

_____. Código de Processo Civil (art. 126). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível. www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm.

_____. Código de Processo Penal Militar (Art. 20). Decreto-Lei nº 1002, de 21/10/1969.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/Del3689.htm.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/htm

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942. Lei de Introdução do Código Civil. Disponível em www.jurisdoctor.adv.br/legis/intcivil.htm

_____. Diário Oficial Poder Executivo. Seção I, quinta feira, 21/07/2011. Disponível: www.imesp.com.br .

_____. Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 que Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3689 de 3 de Outubro de 1941-CPP, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências: Minicódigo de Processo Penal e Constituição Federal. 18ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2012.

_____. Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (art. 10, § 3º) - altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm.

_____. Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10826.htm.

_____. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l11340.htm.

_____. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – (art. 51). Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l11343.htm.

_____. Lei 5.010, de 30 de maio de 1966 (art. 66). Organiza a Justiça Federal de 1ª instância, e dá outras providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5010.htm.

_____. Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm.

_____. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe Sobre as Sanções Penais e Administrativas Derivadas de Condutas e Atividades Lesivas ao Meio Ambiente, e dá Outras Providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm.

_____. Lei nº 7.210, de 11/07/1984. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm.

_____. Lei nº. 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm.

CAPEZ, Fernando. A Lei 12.403/2011 e as Polêmicas Prisões Provisórias. Disponível: www.conjur.com.br.

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

CARVALHO, Flávio Rodrigo Masson. Disponível em www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista.

CERQUEIRA, Josemar Dias. O delegado e a conclusão do auto de flagrante. Disponível em www.jus.com.br/revista/texto/9709.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em www.pge.sp.gov.br/.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950. Disponível em www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html.

DA SILVA, Maria Gizele. Jornal Gazeta Maringá, 06/05/2011. Disponível em: gazetamaringa.com.br/conteúdo.ph

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, 1948. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm.

HOUAISS, Antonio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1ª Edição. Ed. Objetiva. Rio de Janeiro (2001)

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, v. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997. Disponível em www.noticias.r7.com/videos/presos.

FARIA, Adriane Patrícia dos Santos. Teoria Geral do Direito – Ensaio Sobre Dignidade Humana e Fraternidade. Estado Intervencionista x Direitos Fundamentais. Birigui-SP. Boreal Editora, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. Disponível em: www.justitia.com.br/links/revista.php.

_____, Processo Penal Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Prática de Processo Penal: São Paulo: ed. Saraiva, 2011.

FIUZA, Ricardo. Novo Código Civil Comentado. 4ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2005.

HOBBS, Locke e Rousseau. As três principais Teorias Contratualistas. Disponível em: <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/politics/1962447-tr%C3%AAs-principais-teorias-contratualistas-hobbes/#ixzz1f7NA3Dv1>.

HUME, David. Tratado da Natureza Humana. Trad. Déborah Danowskoi, 1ª reimpr. São Paulo: Unesp e Imprensa Oficial SP, 2000.

LEPORATI, Simona. Advogada Italiana na cidade de Novara - região de Piemonte. Contacto: E-mail: simonaleporati@hotmail.com, 2012.

LESSA, Marcelo de Lima. A independência funcional do Delegado de Polícia Paulista. Disponível em www.adpesp.com.br. Rev. Edição 06: São Paulo, informe ADPESP, 2012.

MANGABEIRA, João. Apud. PINTO FERREIRA, Luís. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. São Paulo: Saraiva. 1983.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Editora Imprensa: Campinas, Bookseller, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais. Rio de Janeiro: Ed. Forense. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 18ª edição, revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. São Paulo: ed. Atlas, 2006.

_____, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado, Ed. Atlas, 9ª ed.; São Paulo.

MONTEIRO, Ivens Carvalho. O passo-a-passo dos cálculos de pena para a possibilidade de arbitramento de fiança pelos delegados de polícia, 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19643>.

NORONHA, Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 25ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 7ª edição, 2008

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 9ª edição. Rio de Janeiro: ed. Lúmen Júris, 2008.

_____, Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Prisão: Um Paradoxo Social. 2. edição. Florianópolis: UFSC, 1996.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach. Disponível em: www2.pucpr.br/reol/index.php.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Processo Penal – Parte Geral. 17ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2012.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. A fiança e a nova legislação de proteção ao consumidor. *Justitia*. São Paulo, 54 (160), out / dez, 1992.

_____, Luiz Otávio de Oliveira; BAZ, Marco Antonio Garcia. Fiança Criminal e Liberdade Provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, Jorge Vicente. Comentários à Lei n. 12.403/11 – Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SILVA, Maria Gizele da. *Jornal Gazeta Maringá*, 06/05/2011. Disponível em: gazetamaringá.com.br/conteúdo.ph.

SILVA, Ângela Cristina Lourenço. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Teoria Geral do Direito – Ensaio Sobre Dignidade Humana e Fraternidade: Birigui-SP. Boreal Editora, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

