

Doutrina

PRISÃO CONSTITUCIONAL – ORDEM JUDICIAL

SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA

Ex-Membro do Ministério Público

Magistrado em M. Gerais – Juiz de Direito da Comarca de Francisco Sá-MG

SUMÁRIO: 1. Direito Individual – Garantia Constitucional. 2. Prisão Judicial – Prisão Civil – Prisão Cautelar Penal. 3. Ação e Processo – Processo Penal Cautelar – Cautelar Penal Típica – Prisão Preventiva – Prisão por Pronúncia – Prisão em virtude de sentença condenatória recorrível. 4. Contracautela Penal.

1. DIREITO INDIVIDUAL

Ao Estado incumbe promover o bem-estar do indivíduo, assegurando-lhe todos os direitos inerentes à dignidade e convivência pacífica. Só eventualmente, quando um membro da comunidade infringir uma norma de conduta imposta a todos em benefício da paz social é que intervém o Estado, no uso do poder de *imperium* para dobrar a vontade do indivíduo, visando restaurar a paz social e a ordem pública ameaçadas. Este poder de *imperium* é exercido soberanamente pelo Poder Judiciário, um dos três poderes soberanos do Estado, através dos seus órgãos competentes.

Vítima da opressão e do arbítrio durante muito tempo e em diferentes locais do Planeta, como registra a história, o homem moderno elegeu a liberdade física como direito imprescindível à dignidade da pessoa, assegurando-o nas constituições modernas, umas de forma mais reservada, face ao regime político que adota, como na Constituição da República Democrática da Alemanha (1), outras

(1) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA ALEMANA – Capítulo 1, Artículo 19. (2) – “El respecto y la defensa de la dignidad y libertad de la persona son obligaciones de todos los órganos del Estado, de todas las fuerzas sociales y de todo ciudadano.”

de forma mais ostensiva e eloqüente como é o caso das constituições da Grécia (2), dos Estados Unidos da América do Norte (3), da República Federal da Alemanha (4), do México (5), da Itália (6), do Japão (7), etc.

Aqui entre nós a liberdade física foi assegurada no artigo 11 da Constituição do Império do Brasil — “nenhum brasileiro será preso, à exceção de flagrante delito, senão em virtude de ordem do juiz ou resolução da sala dos deputados, no caso em que lhe compete decretar a acusação, que lhe deve ser mostrada no momento da prisão; excetua-se o que determinam as ordenanças militares respeito à disciplina e recrutamento do exército”. A primeira constituição da República de 24/02/1891, no artigo 72, §§ 14 e 15, dispôs que, à exceção de flagrante delito, a prisão não poderá executar-se, senão por ordem escrita da autoridade competente, reafirmando que *ninguém poderá ser conservado na prisão sem culpa formada, salvas as exceções instituídas em lei, nem levado à prisão, ou nela detido se prestar fiança idônea, nos casos legais*. A Constituição de 1930 declarou no artigo 102, § 4º, que, à exceção de flagrante delito, ninguém poderia ser preso, senão nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente, registrando a obrigatoriedade de apresentação da pessoa detida ou presa, dentro de 24 horas ao juiz competente que tinha o prazo de 72 horas para dizer sobre a legalidade do ato, mantendo ou relaxando a prisão; no mesmo sentido dispôs a constituição de 1934 no artigo 113 ns. 21 e 22; à outorgada constituição de 1937 dispôs a matéria no nº 11 do artigo 122. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei — ninguém será levado a prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei — a prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora — art. 141, §§ 20, 21 e 22, da Constituição de 1946. Na constituição de 1967 ficou declarado que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A Lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer

(2) CONSTITUTION OF GREECE — Part. Two — article n. 3 — “Personal liberty is inviolable. No one shall be prosecuted, arrested, imprisoned or otherwise confined except when and as the law provides”.

(3) CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA — Amendment V.

(4) Art. 11 nº 1 — “Todos os alemães gozam de liberdade de locomoção e permanência em todo o território federal” — LEI FUNDAMENTAL da República Federal da Alemanha.

(5) CONSTITUTIO POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS — artículo 14.

(6) Artigo 13 — “A liberdade pessoal é inviolável” — CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA.

(7) CONSTITUIÇÃO DO JAPÃO — artigos 12 e 22.

pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará (**) se não for legal — art. 150, § 12”. Do mesmo modo ficou registrado no artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

O Constituinte de 1988 foi pródigo na explicitação dos direitos e garantias individuais, numa demonstração de desconfiança e pavor, face aos últimos episódios que lastrearam os atos políticos sob a égide da constituição que vai para o arquivo, submissa que foi aos atos institucionais. A Constituição do Império excluía qualquer autoridade de expedir mandados de prisão, que competia exclusivamente ao juiz ou resolução da sala dos deputados — art. 11. Agora, o Projeto de Constituição (B), para reexame em segundo turno de discussão e votação, assegura que a prisão fora da hipótese de prisão em flagrante delito compete à autoridade judiciária competente mediante ordem escrita e fundamentada. O dispositivo foi alvo de acurada discussão e a emenda supressiva nº 2T00203-3 de autoria do Constituinte José Tavares (8), liderando cinco outras apresentadas, recebeu parecer favorável do relator Cabral para retirar do texto a palavra judiciária, ao argumento de que, permanecendo referida palavra, restaria inviabilizada a possibilidade de ordem de Prisão emanada de autoridade administrativa, nos termos da lei, conforme consagrado em nosso direito positivo. Situações como a de servidor público flagrado em alcance, a de indisciplina no âmbito das Forças Armadas e Polícias Militares e as que ocorrem no interior de navio e aeronaves restariam não atendíveis de maneira pronta e segura (8a). Finalmente o dispositivo foi aprovado quando terminávamos de fazer estas anotações, com a seguinte redação: “Art. 5º inciso LXI — ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militares e crimes propriamente militares definidos em lei”.

GARANTIA CONSTITUCIONAL

Seria letra morta a constituição que declara o direito individual se não lhe assegurasse o instrumento capaz de na prática fazer valer, tornar eficaz, garantido, o direito declarado. Assim é que no caso em estudo, para garantia do objetivo constitucional maior que é a liberdade do indivíduo, a autoridade judicial só pode

(8) PROJETO DE CONSTITUIÇÃO (B) — PARECER DO RELATOR sobre as Emendas oferecidas em Plenário — edição do Centro Gráfico do Senado Federal — página 24 emenda nº 2T00203-3.

(8a) Texto original do artigo 5º inciso LXII do Projeto de Constituição (B): “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”.

(**) O Ato Institucional nº 5 — mais conhecido por AI-5, de 13 de dezembro de 1968 suspendeu as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade — art. 6º e arredou do amparo do *habeas corpus* os casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular — art. 10.

expedir ordem de prisão nos exatos limites da lei, sob pena de ferir os cânones constitucionais e ter de se dobrar ante o remédio heróico do *habeas corpus*.

São pressupostos da expedição de ordem judicial de prisão, como garantia da liberdade de ir, vir e ficar, o também direito constitucional ao *due process of law*, assegurado no inciso LIV do artigo 5º: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” que consiste no procedimento próprio, assegurando a necessidade do exame pelo juízo natural e oportunidade de defesa no artigo 5º inciso LIII v.g. ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; o contraditório e amplitude de defesa, garantia de natureza processual-constitucional, quando resguarda aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – art. 5º inciso LV.

É garantia constitucional da liberdade de locomoção a liberdade provisória admitida em lei (art. 321 e seguintes do Código de Processo Penal) com ou sem fiança – art. 5º, LXVI. Toda e qualquer ordem judiciária atentatória aos princípios constitucionais e legais constitui ilegalidade ou abuso de poder atacável pela via do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, perante o juízo *ad quem* competente).

A PRISÃO JUDICIAL

Afastada a vindita privada como meio de compor as diferenças entre os indivíduos, o Estado chamou a si o ônus de dirimir os conflitos de interesses dizendo o direito de cada um, obrigando a suportar de forma coercitiva a pretensão resistida ou vice-versa, no campo civil de relacionamento pessoal.

Em sede penal existem normas rígidas de comportamento que não podem ser transgredidas, sob pena de periclitar a paz social, a convivência pacífica e a perpetuação da espécie, impondo sanção dentre aquelas previstas em Lei – art. 5º XXXIX, CF – e autorizadas pela Carta Constitucional, ou seja, privação da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos – art. 5º, XLVI.

Só nos delitos apenados com privação da liberdade e que não esteja autorizado ao réu se livrar solto – art. 321 do Código de Processo Penal, está o juiz autorizado a expedir ordem de prisão como estudaremos a seguir.

PRISÃO CIVIL

Eventualmente, pode haver prisão civil, por ordem da autoridade judicial, do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (9) e a do depositário infiel (10) – art. 5º, LXVII. Também no âmbito civil o

(9) Lei 5.478, de 25/07/68 – art. 19 e seus §§. Artigos 732 e 733 do C P.

(10) CÓDIGO CIVIL – art. 1.287. CÓD. PROC. CIVIL – art. 902, § 1º. DECRETO-LEI nº 911/69, art. 4º e CÓDIGO COMERCIAL – art. 284.

falido poderá ser preso por ordem do juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do Síndico ou de qualquer credor se descumprir qualquer dos deveres impostos pela Lei Falimentar (11), poderá ser preso por ordem do juiz o detentor do título não restituído ou sonegado (12) – privação da liberdade não defesa no Estatuto Constitucional, desde que a ordem seja emanada por autoridade judiciária, por escrito e fundamentada, raciocínio da lição de *Pontes de Miranda*, anotado por *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, para quem a constituição proíbe é a pena de prisão por não pagamento de dívidas, de multas ou custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furete à entrega dele (13). Entendo, *data venia*, que o pedido de busca e apreensão de título não restituído ou sonegado pelo emitente é de natureza jurídica cautelar, visando a proteção do credor cambiário de estar na posse do título para instruir o processo executivo. O objetivo principal do procedimento não é receber o credor o seu crédito, daí a perfeita constitucionalidade do dispositivo (14). O disposto no artigo 886, nos incisos III (15) e (16) e IV, do Cód. Proc. Civil limita apenas o prazo a que o devedor pode sofrer restrição na sua liberdade no campo civil, já que a lei não fixou taxativamente tal prazo, como v.g., no parágrafo único do artigo 35 do Decreto-lei 7.661 de 21/06/45, (LEI DE FALÊNCIAS); ou no artigo 19, *caput*, da Lei 5.478, de 25/07/68 (LEI DE ALIMENTOS), ou no artigo 733, § 1º, do CPC. Ao apreciar o pedido de prisão civil aqui ventilado, deve o juiz no seu prudente arbítrio, face ao caso concreto, perquirir da necessidade do provimento dirigido ao recebimento do crédito na ação própria – Executiva – quando se sabe perfeitamente que o credor de duplicata, por exemplo, não tendo o título aceite, pode levá-lo à execução mediante prova da remessa ou entrega da mercadoria e tirado o protesto à vista da triplicata, em caso de perda ou extravio, ou de simples

(11) DECRETO-LEI 7.661, de 21/06/45 (LEI DE FALÊNCIAS) – art. 35 – Faltando, ao cumprimento de qualquer dos deveres que a presente lei lhe impõe, poderá o falido ser preso por ordem do juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do Síndico ou de qualquer credor. PARÁGRAFO ÚNICO. A prisão não pode exceder de sessenta dias, e do despacho que a decretar cabe agravo de instrumento, que não suspende a execução da ordem.

(12) CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Art. 885, parágrafo único.

(13) SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA in Código de Processo Civil Anotado – Editora Forense – 1984 – p. 374.

(14) Em sentido contrário HUMBERTO THEODORO JÚNIOR in Comentários ao CPC-Forense 1978 – vol. V – P. 392 e SÉRGIO SAHIONE FADEL in Cód. Proc. Civil Comentado – Forense – 2º vol. ed. 1985 – p. 790.

(15) CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – artigo 46. É de cinco dias o prazo para o oferecimento da denúncia, estando o indiciado preso.

(16) CÓDIGO PENAL – art. 168. JURISPRUDÊNCIA no sentido: “Título de crédito pode ser objeto material de apropriação indébita (TA Crim. SP na AP nº 284.999 – RT, 577/368 e CELSO DELMANTO, in Cód. Pen. Coment. Freitas – 1986, página 295).

indicação do portador, — inteligência dos artigos 13 e 15, inciso II, letras “a” a “c” da Lei 5.474 de 18 de julho de 1968 (LEI DAS DUPLICATAS).

PRISÃO CAUTELAR PENAL

Em qualquer área civil ou criminal a ordem judicial de privação de liberdade tem de emanar do devido processo legal, ou seja, expedida pelo juízo competente, de forma escrita e fundamentada, observada no mínimo a forma adequada de procedimento instituído ou autorizado em lei, como v.g., o decreto de prisão preventiva nos autos do inquérito policial.

Em sede penal a prisão do indivíduo, como medida cautelar nominada ou típica pode ser ordenada pelo juiz: a) preventivamente em qualquer fase do inquérito ou do processo antes da sentença final — artigos 311 e 312 do C.P. Penal; b) na sentença de pronúncia — artigo 408, § 1º, do Cód. Proc. Penal; c) e na sentença condenatória recorrível — art. 393-I do Cód. Proc. Penal. A ordem de prisão após a *res judicata* tem natureza jurídica já de execução da pena com base em título executivo penal — o *decisum*. Enquanto a medida cautelar tem por base a *res judicanda* a execução faz cumprir a *res judicata*.

AÇÃO E PROCESSO

Para o estudo da prisão como cautelar pública, busquemos no processo e na ação a base que exterioriza o seu procedimento.

O processo penal observa as mesmas diretrizes da teoria geral do processo (17) em que se assenta o processo civil. Assim, o direito de ação detém as mesmas condições e o processo os mesmos pressupostos. São pressupostos processuais da ação penal:

1. *Capacidade de parte*. Na ação penal pública em que o *jus persequendi* pertence ao Estado, o exame da capacidade ativa não traz dificuldade; todavia, se se tratar de ação penal privada, quando o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa pode ser exercido por curador especial, nomeado de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal — art. 33 do Cód. de Proc. Penal, ressaltando que o curador especial nomeado não está obrigado a iniciar a ação penal se entender que não houve crime (18), quanto à mulher casada, parece que a

(17) ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e Outros, in Teoria Geral do Processo — RT-1979 — 2ª edição.

(18) DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS — in Código de Processo Penal Anotado — Saraiva 1986 página 26 “Decidiu o TJSP que, quando a vítima, ou seu representante por ela, manifestar claramente, inofensivamente, expressamente, que não pretende a punição do culpado por delito contra os costumes praticado contra aquela, como consequência não é o Ministério Público legitimado, após representação feita por curador especial, para o *jus persequendi*; e não é nem ordinariamente porque lhe falta (ao Estado) a respectiva pretensão punitiva, nem extraordinariamente, porque não pode agir (embora em nome próprio) pela pretensão do ofendido, ou para defender direito dele”. RT 435/261.

restrição (19) do artigo 35 do Cód. Proc. Penal, tendo em vista a expectativa no artigo 5º, nº I, da Constituição — “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”, — aprovada, não perdurando qualquer dúvida de que a mulher casada, sem qualquer limitação, tenha capacidade ativa para exercer o direito de queixa, fato controvertido antes, face à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (ESTATUTO DA MULHER CASADA). No pólo passivo da relação processual penal, a capacidade para ser parte começa aos 18 anos de idade — Projeto (B), art. 231 e art. 27 do Código Penal.

2. *Legitimatio ad processum*. No pólo ativo está o Estado, via de seu Órgão próprio, o Ministério Público, na ação penal pública, dependendo, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro de Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (20). Subsidiariamente o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo poderá figurar no pólo ativo via de advogado, para intentar ação privada nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não a intentar no prazo legal (21), em qualquer hipótese, na ação privada ou privada subsidiária da pública, o ofendido é sempre representado por advogado ou em causa própria, se tiver habilitação, observado o art. 44 do Código de Processo Penal. No pólo passivo a legitimação processual é regularizada logo após o interrogatório ou despacho que decreta a revelia do imputado, que não tendo advogado, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

3. *Competência do Juízo e forma adequada de procedimento*. A competência do Juízo penal está firmada no Capítulo V do Código de Processo Penal e o procedimento próprio disposto na lei adjetiva penal são a garantia constitucional do direito ao Juízo natural, — art. 5º, LIII e o devido processo legal.

A ausência dos pressupostos processuais leva ao impedimento da instauração da relação processual e, se já instaurada, conduz à sua nulidade.

São condições da ação penal:

1) *Possibilidade Jurídica do Pedido*, ou seja, o fato imputado está tipificado na lei penal como reprovação jurídica do Estado — art. 43-I do CPP; 2) *Interesse de Agir* que é a necessidade que a parte prejudicada tem de receber um provimento jurisdicional, se não tiver outra maneira de composição ou realização do seu interesse, detendo o Estado com exclusividade o *jus puniendi*, a necessidade do provimento reside aí, já que o particular não pode absolver ou condenar o transgressor da norma penal — art. 43-II do Cód. Proc. Penal; 3) *Legitimidade de parte*

(19) DAMÁSIO — obra citada página 27 A mulher casada, mesmo em face da Lei nº 4.121, de 27/08/62 (ESTATUTO DA MULHER CASADA), não pode exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido (RT 458/423 e 563/346). Contra: RT 435/309 — anota artigo de JOSÉ FREDERICO MARQUES in RT 347/640. Assinala como correta a última posição.

(20) Código de Processo Penal — art. 24.

(21) Código de Processo Penal — art. 29.

ou *legitimatío ad causam* é quem tem interesse na sentença final do Estado/Juiz, na busca da verdade real que culminará na absolvição ou condenação — artigo 43-III do Cód. Proc. Penal. No pólo ativo é o Ministério Público na ação penal pública e o querelante na ação penal privada; no pólo passivo é o agente, o imputado, o infrator da norma penal.

PROCESSO PENAL CAUTELAR

O processo penal cautelar tem por objeto resguardar o processo principal da ação do tempo e de fatores do homem, tendentes a influir nos fatos e nas provas a ele ligados; resguardar a austeridade do processo como meio eficaz de equilíbrio da paz social e a incolumidade da ordem pública e fixar a certeza da eficácia do provimento final. Sem divagar pela extensa possibilidade de medidas cautelares no processo penal, registra-se que a cautela penal reside no temor que o decurso do tempo ou ação objetiva do homem possa frustrar a expectativa do *jus persequendi* durante a tramitação do processo principal e o do *jus puniendi* na prestação definitiva, na expectativa do *jus puniendi*, tem de aflorar mesmo que perfunctoriamente, a presunção do direito de punir, que é o *fumus boni juris*. O temor de não poder punir por causa de fatores externos, objetivos, tendentes a impedir a instrução ou a restringir o valor da prova em prejuízo para a busca da verdade real ou a desprestigiar a jurisdição penal, como órgão de equilíbrio e garantia da ordem pública ou finalmente a tornar ineficaz o provimento final traduz-se no *periculum in mora*.

CAUTELA PENAL TÍPICA

Como foi dito, não é objeto deste estudo as diversas medidas cautelares no processo penal, como v.g., a apreensão de instrumentos e objetos — art. 6º CPP, tomada antecipada de depoimentos — *ad perpetuam rei memoriam* — art. 225 do Cód. Proc. Penal, etc. A pesquisa se restringe à medida cautelar processual de privação da liberdade física por ordem judicial, em sede penal, exceto a prisão em flagrante, que também é da natureza cautelar, e que a sua legalidade é apreciada pelo juiz da causa.

Como medida cautelar penal, nominada ou típica, a sua necessidade se restringe à apreciação de requisitos taxativamente elencados na lei, observado o procedimento próprio. Como se trata de medida cautelar específica que visa preservar interesse público processual contra ato do imputado a sua apreciação, quando na fase do inquérito policial, é *inaudita altera pars*, e não poderia ser de forma diferente, sob pena de torná-la impossível; é que dirigida contra imputado, cujo interesse é periclitado, tumultuar os atos processuais ou evitar o cumprimento do final *decisum*, evidente que não haveria cooperação de sua parte, se previamente citado da medida. Não obstante, outra contracautela é assegurada ao agente para se defender ou se livrar da constrição que é o pedido de reconsideração perante o

próprio juiz da causa, demonstrando a desnecessidade da medida, uma vez que o caráter de provisoriedade da medida autoriza — art. 316 do Cód. Proc. Penal (22), ou através de *habeas corpus* perante o tribunal competente.

PRISÃO PREVENTIVA

Tem lugar em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, por representação da autoridade policial, requerimento do Ministério Público ou de ofício. Enquanto na fase inquisitorial ou antes da citação do denunciado, não se fala em ação; é o que *Carnelutti* chama de jurisdição sem ação (23).

São condições da cautelar típica de prisão preventiva, a *possibilidade jurídica* do pedido que é o *fumus boni juris*, ou seja, a previsão legal no direito material do fato imputado e autorização no direito adjetivo penal para custódia provisória do infrator da norma prevista no direito substantivo. Assim, embora tipificados no direito material, não autoriza o direito processual a prisão preventiva nos crimes culposos ou nas contravenções penais — inteligência do artigo 313 do Cód. Proc. Penal. O *interesse de agir*, outra condição da ação cautelar que é a necessidade do provimento protetivo do processo principal e do *decisum* final, é o *periculum in mora*, ou seja, o temor que o Estado, titular do *jus persequendi in judicio* e do *jus puniendi* manifesta, em face de determinados atos e fatos objetivos, reais, prováveis, do imputado, em prejuízo da tramitação normal do processo ou de ser despojado do amparo da futura eficácia do direito de punir, tomando por empréstimo a lição de *Humberto Theodoro Júnior* (24). A *legitimatío ad causam*, ensina mestre H. Theodoro Júnior, diz respeito à titularidade da pretensão e refere-se às pessoas que efetivamente deverão sofrer as consequências ou desfrutar as vantagens da prestação jurídica postulada, acrescentando o nosso renomado processualista que na ação cautelar são partes legítimas apenas aquelas envolvidas na lide a ser solucionada na ação principal, como sujeitos ativos e passivos (25). No mérito, a prisão preventiva é uma antecipação da sanção penal cominada, e tanto é verdade que o tempo de prisão provisória é descontado na pena definitiva via de detração penal — art. 42 do Código Penal.

O decreto de prisão preventiva não vincula o juiz, que na decisão de mérito pode reconhecer causas legais discriminantes ou dirimentes e absolver o réu, o que não implica tivesse obrado com abuso de autoridade ou tenha praticado ilegalidade,

(22) CÓD. PROC. PENAL — art. 316 “O Juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

(23) ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS — in Processo Penal Cautelar — Forense 1982 página 205 — n.º 339.

(24) HUMBERTO THEODORO JÚNIOR in Processo Cautelar — EUD — 1976 página 72.

(25) Humberto T. Júnior — ob. cit. ibidem.

desde que a medida coercitiva tenha sido decretada nos limites do procedimento, à vista dos elementos então apresentados. É que observado o contraditório, com amplitude de defesa após a imposição judicial de submissão do imputado, outras provas podem ser trazidas, dando ao juízo a certeza que o julgamento exige, desconstituindo assim não só o temor da acusação, mas a própria acusação.

Nesta cautelar típica de prisão preventiva, o exame do *fumus boni iuris* obedece à prévia disposição legal que fornece os elementos que o integram, contidos na parte final do artigo nº 312 do CPP, 313 e 314 do mesmo diploma legal e os elementos para exame do *periculum in mora* se avistam no pórtico do artigo 312 do Código de Processo Penal:

FUMUS BONI IURIS

1. Prova da existência do crime.
2. Indícios suficientes da autoria. (Art. 312, parte final do CPP).
3. Inexistência de prova de que o fato tenha sido praticado nas condições do art. 23, I, II, III e artigo 25 do Código Penal (art. 314, CPP).
4. Seja o fato tipificado como crime doloso punível com reclusão.
5. Seja o fato tipificado como crime doloso punível com detenção, desde que se apurar que o indiciado é vadio.
6. Seja o fato tipificado como crime doloso punível com detenção se houver dúvida sobre a identidade do réu e ele não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la.
7. Seja o imputado condenado por outro crime doloso com sentença transitada em julgado, observando-se os artigos 63 e 64 do Cód. Penal. (Art. 313 do Cód. Proc. Penal).

PERICULUM IN MORA

1. Garantia da Ordem Pública.
2. Conveniência da Instrução Criminal.
3. Para assegurar a aplicação da lei penal.

O legislador constituinte, ao delegar somente à autoridade judiciária a competência para expedir mandados de prisão, com a ressalva adotada no segundo turno de votação (26), fê-lo condicionando, entretanto, à ordem escrita e fundamentada (27).

(26) A prisão administrativa não mais pode ser decretada pela autoridade administrativa, sob pena de ser desconstituída pela via do *habeas corpus*. De *lege ferenda*, poderá a autoridade administrativa requisitá-la à autoridade judiciária competente. Nos crimes funcionais típicos, para resguardar o Processo Penal segue-se a regra geral esposada em lei. V. art. 312 e seguintes do Código Penal.

(27) CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – numeração do Projeto (B): “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressões militares e crimes propriamente militares definidos em lei.”

Assim, a ordem tem de emanar de juiz competente, ou seja, o juízo com competência para processar e julgar de forma definitiva o processo principal. Nas comarcas onde houver dois ou mais juízes igualmente competentes, previne a competência aquele que primeiro oficial no feito, decretando ou não a prisão preventiva. Firmada a competência, e convencido da necessidade, a ordem tem de ser escrita e fundamentada; vale dizer, não existe ordem judicial verbal; a ordem verbal equivale à prisão em flagrante delito. Se qualquer do povo pode prender em flagrante delito, não é ao juiz que se retira a prerrogativa. Se um delito é praticado perante um Magistrado, incumbe-lhe providenciar imediatamente a prisão do transgressor através da autoridade policial ou de seus agentes, se não se tratar de crime a que se livre solto – art. 321 do Código de Processo Penal.

Já prevista no artigo 315 do Cód. de Proc. Penal, a exigência constitucional de fundamentação da ordem de prisão cautelar, no caso da prisão preventiva, deve obedecer aos elementos constitutivos do *fumus boni iuris* e às situações de perigo que ocasionam o temor, – o já estudado alhures *periculum in mora*.

O fato tido criminoso tem de estar provado nos autos do inquérito ou do processo; qualquer dúvida neste sentido afasta a presunção de um bom direito a permitir a medida de exceção, já que autoriza até a absolvição (28). Qualquer exame de prisão preventiva deve rigorosamente começar pela prova da existência do crime, passando em seguida ao juízo dos indícios suficientes da autoria. A exemplo da decisão de pronúncia, não há necessidade de prova concreta da autoria, mas que existam elementos nos autos, que examinados em conjunto levam à probabilidade de ser o agente o autor. Há razoável diferença entre probabilidade e possibilidade, que a acuidade característica do juiz faz discernir. Não bastam indícios da *possibilidade* de ser o agente o autor; é necessário que estes indícios levem à *probabilidade*, ou seja, a um estado provável de que o agente seja o autor. Se num recipiente colocarmos noventa bolas pretas e duas ou três bolas brancas e as misturarmos, de olhos vendados, *possivelmente* poderemos dali retirar uma bola branca em minoria, mas *provavelmente* pode ser que a bola retirada seja preta porque está em maior quantidade. Exemplo simplório e elementar, mas que auxilia no raciocínio. Terminado o exame da materialidade e autoria, passa-se ao da existência de discriminantes, causas excludentes de antijuridicidade, como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito – artigos 23 a 25 do Código Penal. Ao exame do *fumus boni iuris*, ensina ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS (29) em sua magistral obra, – matéria escassa nas letras jurídico-penais – é indispensável o exame *in concreto* dos três elementos formais do crime: *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade*, isto é, se o fato imputado tem previsão legal; se nas circunstâncias o fato é criminoso

(28) Cód. Proc. Penal – art. 386 – O juiz absolverá o réu mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I – ... omissis II – Não haver prova da existência do fato.

(29) PROCESSO PENAL CAUTELAR – Forense – 1982 – página 195.

ou o agente o praticou ao abrigo das discriminantes já aludidas. Ultrapassada essa fase, passa o juiz ao exame da culpabilidade, visando perquirir se o fato é imputado a título de culpa ou de dolo, — isto porque a medida só alcança os crimes dolosos — art. 313 do Cód. Proc. Penal. O grau de reprimenda é importante que seja examinado, se de reclusão ou de detenção. É que a prisão preventiva nos crimes dolosos puníveis com detenção só se permite quando apurado que o indiciado ou o réu é vadio, ou no caso de dúvida de sua identidade não fornecer ou não indicar ele os elementos para esclarecê-la. No primeiro caso, cumpre observar muita cautela ao exame da vadiagem, com os elementos da contravenção do artigo 59 da Lei das Contravenções Penais (30). No segundo caso, é dever de todos cooperar com a justiça no deslinde de questões penais, principalmente em processo que lhe diz respeito. Dessarte, muitos marginais fazem questão de serem conhecidos pelo apelido, resguardando o seu nome oficial para se safar da perseguição do Estado, como v.g., os conhecidos e televisionados “Boca Mole”, “Coice de Burro”, “Escadinha”, etc., situação que permite o decreto de prisão preventiva do infrator punível com detenção, nominando-o pelo apelido que é conhecido e as características pessoais. Também a prisão preventiva está autorizada nos crimes dolosos punidos com detenção, quando o agente é reincidente na prática de crime doloso, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior não tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou livramento condicional, se não ocorreu revogação ou quando se tratar de crimes militares próprios ou políticos (31). Todos esses elementos devem ser examinados e fundamentados na peça decisória quando for o caso.

O que evidencia o *periculum in mora* no aspecto da garantia da Ordem Pública são os prováveis danos que a liberdade do indiciado ou réu possa causar ao processo, como instrumento de garantia da Ordem Pública, como v.g., ameaça de consumir crime tentado, interrompido ou de praticar outros; apavorar testemunhas e agentes do processo; desprestigiar a justiça com atos atentatórios à sua dignidade perante a opinião pública, ensejando uma falsa conclusão de impunidade; quando o crime foi praticado com requintes de crueldade, barbárie, causando imediata repulsa e clamor geral (32). São fatos e circunstâncias que devem ser examinados à luz dos elementos probatórios, não bastando o conhecimento próprio do juiz para lastrear o decreto, porque *extra autos extra mundi*. Considere-se, para arremate, que a legitimação constitucional do Estado para processar e punir visa precipuamente a garantia da Ordem Pública.

(30) A simples circunstância de o sujeito se encontrar desempregado, alheia a outros requisitos, não constitui fundamento para a decretação da prisão preventiva. TACrim SP, RT 473/373 — in Cód. Proc. Pen. de DAMÁSIO.

(31) Vide artigos 63 e 64 do Código Penal.

(32) Decidiu o TJSP que “justifica a prisão preventiva se, na prática dos hediondos delitos que lhe são imputados, revelou o acusado torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral — *ex vi* dos artigos 77-II CP com a redação dada pela Lei 6.416, de 1977 e 313 do CPP — RT 518/321 e 512/376 — citação de DAMÁSIO — ob. cit.

É sabido que o agente pode ser processado à revelia, perante o juiz singular. Todavia, como ensina ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, a conveniência da instrução criminal tem função dúplice: a) utilizar-se do acusado como prova no processo; b) evitar que ele prejudique a colheita da prova (33). O acusado é prova no processo via de seu interrogatório, reconhecimento físico pelo juiz. É da lição do ilustrado Mestre Goiano a necessidade da prisão quando se trata de pessoa poderosa no distrito da culpa, ou de indivíduo de acentuada periculosidade, envolvendo todas as manobras que possam dificultar e até mesmo impossibilitar a produção da prova. Nos crimes cujo julgamento é perante o tribunal do júri, infiançáveis, a revelia do acusado enseja o decreto da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, porque tais crimes não podem ser julgados à revelia perante o Juízo Popular.

A prisão preventiva, para assegurar a aplicação da lei penal, parecer ser o objetivo único da medida. O STF já decidiu que a simples fuga do acusado do distrito da culpa, tão logo descoberto o crime praticado, já justifica o decreto de prisão preventiva (34). Por outro lado, contra réu primário, sem antecedentes criminais, com profissão definida e residente no foro do delito, que, espontaneamente comparece perante a autoridade para colaborar no esclarecimento dos fatos, não deve ser decretada prisão preventiva por completa desnecessidade da medida cautelar. A cautela se assenta no princípio segundo o qual o indivíduo deve se submeter à decisão do Estado/Juiz de caráter definitivo.

Em síntese, a decisão que decreta ou não prisão preventiva deve ser alicerçada no exame fático de todos os elementos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sob pena de reforma via do Recurso em Sentido Estrito manejado pelo Órgão do Ministério Público ou Querelante — no caso de indeferimento — art. 581-V do Código de Processo Penal ou via de *Habeas Corpus* ao Tribunal Competente.

PRISÃO POR PRONÚNCIA

Atualmente, a liberdade provisória é a regra geral e a prisão preventiva é a exceção dentro dos parâmetros estudados. Já a prisão por pronúncia é a regra geral (35), e a liberdade provisória é a exceção. Havendo prova da existência do crime e indícios (36) da autoria, nos crimes dolosos contra a vida, o juiz acolhe

(33) Ob. cit. página 200.

(34) DAMÁSIO — Ob. cit. página 186.

(35) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Na sentença de pronúncia em princípio deve o juiz decretar a prisão do pronunciado para se submeter a julgamento perante o Tribunal do Júri (408 CPP). Poderá deixar de decretá-la se o réu for primário e de bons antecedentes” (§ 2) — HC n.º 64.652/SP 1.ª Turma in RTJ n.º 121/567.

(36) Art. 239 do Cód. Proc. Penal “Considera-se indício a circunstância conhecida que, tendo relação com o fato, autorize por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

a acusação e remete o réu ao julgamento do seu juiz natural — o Tribunal do Júri, declarando na sentença o dispositivo legal em cuja sanção entender incurso o réu, mandando lançar-lhe o nome no livro do rol dos culpados, e, se estiver preso recomendará-lo à prisão em que se encontra ou se estiver solto mandará expedir ordem de prisão — este é o princípio, a regra geral, inteligência do artigo 408, § 1º, do Código de Processo Penal. Pronunciado o réu, será ele preso ou pagará fiança nos crimes afiançáveis; nestes, o juiz ao decretar a prisão deve fixar desde logo a fiança (37) que deverá constar do mandado de prisão e, caso contrário, justificar fundamentadamente porque nega a fiança.

A lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, que deu nova redação ao artigo 408 e seus parágrafos, ensejou ao juiz (38) oportunidade, com base em fatos objetivos colhidos na fase instrutória, para deixar de decretar a prisão do pronunciado ou para revogá-la, se já estiver preso por flagrante ou preventivamente, se for o réu primário e de bons antecedentes.

Com efeito, em se tratando de medida cautelar provisória — Prisão Preventiva ou Prisão em Flagrante —, agora apreciada com base em elementos de prova supervenientemente arrecadados sob o crivo do contraditório, incumbe ao juiz, à luz e orientação da lei, reexaminar a necessidade da cautela, para manter ou revogar a preexistente ou decretá-la, visando sempre preservar a incolumidade de Ordem Pública, a conveniência da instrução criminal, isto porque o juiz da pronúncia decide apenas sobre a admissibilidade da acusação contra o réu perante o juiz da causa ou para a aplicação da Lei Penal, porque como dito, a decisão definitiva cabe ao Tribunal do Júri.

Não constitui direito do réu de permanecer em liberdade pelo só fato de ser primário e de bons antecedentes (39), quando circunstâncias encontradas

(37) Os crimes dolosos contra a vida, afiançáveis, de competência do Tribunal do Júri, são os dos artigos 123 (infanticídio) e 124 (aborto praticado pela gestante) todos do Código Penal Brasileiro.

(38) De acordo com orientação tranqüila do STF, o artigo 408, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei 5.941, de 22/11/73, contém mera faculdade de o juiz decretar ou revogar a prisão do réu, não lhe conferindo obrigação, uma vez que essa disposição emprega a expressão *poderá*. Contra no sentido da obrigação: STF, HC 52.325, 1ª turma, em 03/1/74, DJU de 8/11/84, p. 8.374. Há decisão mais recente do Pretório Excelso entendendo que a expressão *poderá* empregada no § 2º, referindo-se à decretação da prisão ou negativa de sua efetivação, não significa arbítrio, mas dever jurisdicional, se presentes as condições de uma dessas providências (RHC 61.038 — 1ª Turma, em 28/06/83, DJU 12/08/83 p. 11.761, — citação de DAMÁSIO — ob. cit. p. 254.

(39) A respeito o Eminentíssimo Desembargador COSTA E SILVA do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em voto proferido, nos autos do HC 28.946 de Conceição de Mato Dentro em 07/05/85, colacionou ponto de vista do Ministro Bilac Pinto nos seguintes termos: "Tenho para mim que esse parágrafo contém uma simples faculdade. A junção dos dois elementos primariedade e bons antecedentes cria para o juiz a permissão de não decretar ou de revogar, se já decretada, a prisão, mas não lhe impõe tal dever. Aqui o Magistrado tem liberdade de atuação, visto que cada caso, e a tal se prestam com frequência os crimes dolosos contra a vida, traz em si particularidades outras, que merecem ser examinadas. A personalidade do agente, os

na instrução ou juízo da culpa demonstrarem a necessidade de sua prisão. O que efetivamente o réu primário e de bons antecedentes tem direito, isto sim, é de uma fundamentação do juiz da pronúncia que não relaxa a prisão preexistente ou que decreta a custódia.

Sendo o réu reincidente e de vida pregressa de mau proceder, a sua custódia para julgamento perante o Juízo do Povo se impõe por imperativo legal, para resguardar a ordem pública, porque tais fatos, objetivamente analisados, levam à presunção de que o pronunciado pode vir a delinquir de novo.

Primário é quem não sofreu anterior condenação, ou o condenado por crime anterior, cuja sentença ainda não foi alcançada pela *res judicata* — inteligência do art. 63 do Código Penal ou ocorrida a prescrição do art. 64 do mesmo *codex*.

Os bons antecedentes defluem de uma apreciação global da vida pregressa do réu, de atributos que exornam a pessoa, com o fato de ser trabalhador, além de respeitável pai de família, cumpridor de suas obrigações sociais, funcionais e de negócios e ter um comportamento que o qualifica na sociedade. Já decidiu o Pretório Excelso que não tem bons antecedentes o réu que não atende ao chamamento judicial ou se encontra foragido — RHC 58.832, DJU de 12/06/81, página 5.716 (40). Antecedentes pois, são todos os fatos ou episódios da *vita anteacta* do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime (41). Por extensão decidiu o STF que se referem aos antecedentes, também, o comportamento do réu em face do processo. Para obter o favor legal é necessário que o pronunciado seja portador das duas qualidades: — *primariedade* e *bons antecedentes*. Não sendo primário, não tem bons antecedentes (42). Incumbe à acusação a prova da reincidência e dos maus antecedentes do réu.

Irrita o dispositivo constitucional — art. 5º nº LXI, da Constituição toda e qualquer ordem judicial de prisão sem a fundamentação, que é a demonstração objetiva, transparente, de circunstâncias e fatos colhidos no caderno processual a embasarem o convencimento do juiz, que é livre, mas dentro dos limites dos fatos provados no processo. Não basta ao juiz alegar que decreta ou deixa de

motivos e circunstâncias do crime, conquanto presentes os dois requisitos imprescindíveis que a lei exige, podem recomendar o cerceamento da liberdade, inclusive para garantir, nos delitos inafiançáveis, a realização do julgamento, que não se faz à revelia do réu" (Confira — RTJE nº 36/370).

(40) DAMÁSIO — Ob. cit. pág. 368.

(41) Consultem RT, 513/405.

(42) Resultando dos autos que o paciente embora tecnicamente primário, não ostenta bons antecedentes, a par do que sua destacada participação em quadrilha de furto de carros não aconselharia maior tolerância, nega-se provimento ao recurso para confirmar o acórdão do Tribunal de Justiça que, indeferindo *habeas corpus* manteve a decisão do juiz singular no sentido de que o ora paciente aguardasse preso o julgamento da apelação que a seu favor fora interposta — RHC nº 61.034 — RJ — STF — 2ª Turma — Relator Min. ALDIR PASARINHO — in RTJ nº 113, página 513.

revogar ou relaxar a prisão porque o réu não é primário e de bons antecedentes; é preciso, nas amarras da fundamentação, declinar os fatos apurados no processo que convenceram ao juízo da legalidade para o cerceamento da liberdade do indivíduo, protegida pela Lei Maior.

PRISÃO EM VIRTUDE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

São efeitos da sentença penal condenatória recorrível, ser o réu preso ou conservado na prisão, nas infrações inafiançáveis e naquelas afiançáveis, enquanto não prestar fiança, exceto se for primário e de bons antecedentes, reconhecido na sentença ou condenado por crime de que se livre solto — inteligência dos artigos 393-I e 594 do Código de Processo Penal.

Esta medida legal coercitiva tem natureza jurídica de cautelar quando visa garantir a eficácia da execução do *decisum* condenatório que assentou a culpabilidade do réu, quando primário e de bons antecedentes, mas que permanecem ainda, os motivos, nos quais se assentou a decretação ou que recomendam a prisão preventiva. Todavia, face ao nosso direito positivo (***), há de se ver na prisão em virtude de sentença condenatória recorrível, a natureza jurídica de antecipação de execução ou execução provisória da pena, para melhor atender à terapia da pena como recuperação do condenado, assegurando-se-lhe o regime próprio de cumprimento da pena e a progressão no mesmo, o benefício inicial do *sursis* e a concessão do livramento condicional após cumprimento de parte da pena, na forma da lei, enquanto a sentença não transita em julgado. A respeito, confira excelente trabalho jurídico do Prof. AFRÂNIO SILVA JARDIM (*in* Revista Jurídica Mineira nº 44/62-74).

A regra geral aqui, é a imposição do recolhimento do condenado até que a *res judicanda* se transforme em *res judicata*, quando garantida a execução penal com o corpo do condenado, prossiga a execução com a expedição de guia de recolhimento (43). As exceções à regra geral dizem respeito ao juízo de admissibilidade do recurso de apelação, que devem ser desde logo examinadas e decididas pelo juiz prolator, ao final da parte dispositiva da sentença condenatória. Após a fixação da pena *in concreto*, observadas as circunstâncias judiciais e diretrizes do artigo 59 do Código Penal, estando o réu preso, recomendá-lo-á na prisão ou mandará expedir mandado de prisão se estiver solto; se o crime for afiançável, arbitrará desde logo a fiança, fazendo constar do mandado de intimação ou de prisão o seu valor, para que possa aguardar o trânsito em julgado em liberdade (44).

(***) Confirmam-se Código de Processo Penal art. 637, última parte e artigo nº 669, inciso I.

(43) Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 — LEI DE EXECUÇÃO PENAL — art. 105 — transitando em julgado a sentença para aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

(44) Sobre fiança vide arts. 323 e segtes. do CPP e E. MAGALHÃES NORONHA *in* Curso de Direito Proc. Penal — Saraiva — 1976 nºs 104 e 105.

Se o réu for primário e de bons antecedentes e não concorrer qualquer circunstância ou fato denunciador do *periculum in mora* a ensejar a cautela com a sua custódia, ser-lhe-á permitido aguardar em liberdade o trânsito em julgado ou a tramitação do recurso, independentemente de fiança, se for o caso (45); vale aqui o estudo retro feito sobre a questão da primariedade e antecedentes, registrando decisão do STF de 1984 no RHC nº 62.034 em que ficou assentado que se o réu prestou fiança, que não foi cassada, tem direito de apelar em liberdade, independentemente de apreciação de seus antecedentes (46).

Por expressa disposição legal, durante a tramitação do processo em qualquer instância, o réu ficará solto no caso de infração a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa da liberdade ou quando o máximo da pena privativa da liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada não exceder a três meses, inteligência do artigo 321 do Código de Processo Penal. Não haveria razão levar à prisão quem responde por crime que a pena cominada é simplesmente de multa. Do mesmo modo, o imputado preso provisoriamente, respondendo a processo crime, cuja pena máxima é de três meses, pode vir ao final sofrer injustiça, face à tramitação legal dos processos e a morosidade oficial da máquina judicial, fato que não pode e não deve passar à distância das peregrinações intelectuais do juiz, que deve estar atento à realidade de seu tempo, do homem e dos seus interesses. Aliás, a Reforma Penal de 1984, que deu novo corpo à Parte Geral do Código Penal, instituiu a multa substitutiva da pena privativa da liberdade aplicada, não superior a seis meses — art. 60, § 2º, do Cód. Penal.

São, portanto, três as situações, que presentes, impedem a prisão do condenado, antes da coisa julgada:

a) O pagamento da fiança nos crimes afiançáveis — art. 393-I CPP; b) Ser o condenado primário e de bons antecedentes — art. 594 CPP e c) Ser o crime daqueles que pode se livrar solto — art. 321-I e II CPP:

Enquanto só é admitida prisão preventiva nos crimes dolosos — art. 313 Cód. Proc. Penal, a prisão por efeito de sentença condenatória recorrível pode-se efetivar em quaisquer delitos inafiançáveis e nos afiançáveis enquanto não for prestada fiança, porque se trata de execução provisória, com base num título condenatório.

Na sentença de pronúncia a lei enseja ao juiz oportunidade para reexaminar a prisão do réu, revogando ou relaxando, caso trate de prisão preventiva ou prisão em flagrante delito — art. 408, § 2º, CPP, enquanto o artigo 393 do CPP não deixa alternativa outra senão conservar o réu na prisão. O Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, citado por Damásio E. de Jesus, decidiu que a Lei nº 5.941, de 1973, é de interpretação restritiva. Não nulificou a prisão em flagrante delito, cuja permanência, no sistema processual vigente, vai até a sentença. Se esta for absolutória, o

(45) Sobre a desnecessidade de fiança, confira voto do Min. FRANCISCO RESCEK no RHC, 64.810-RJ de 20/03/87 *in* RTJ nº 121/147.

(46) DAMÁSIO — Ob. cit., pág. 368.

rêu será posto em liberdade. Se for condenatória, aquela permanência se prolonga, porque um de seus efeitos (art. 393-I) é ser o condenado conservado na prisão. Se for pronunciado, só então deverá o Magistrado reexaminar a custódia provisória, para revogá-la caso satisfaça o agente os requisitos legais (47). A prisão preventiva deve ser mantida, bem como a prisão em flagrante, se presentes os mesmos motivos que autorizaram a sua decretação ou manutenção, mesmo sendo o condenado primário e de bons antecedentes, já que o interesse da cautela pública sobreleva ao interesse do particular imputado.

CONTRACAUTELA PENAL

É a defesa assegurada ao imputado para desfazer a cautela pública, no interesse da liberdade. Pode ser exercida perante a autoridade policial, ou juiz ou tribunal competentes.

Dispõe o art. 5º, item LXVI que "ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança". A liberdade provisória sem fiança é admitida no artigo 321 do Cód. Proc. Penal — casos em que o réu se livra solto. Assim, não sendo aquelas infrações sujeitas aos efeitos da sentença condenatória recorrível — inteligência do artigo 594 do Cód. Proc. Penal, não estão os agentes sujeitos a prisão em flagrante — art. 309 do CPP ou prisão preventiva — art. 323 do mesmo *codex*.

A fiança como contracautela, em benefício da liberdade deve ser concedida independentemente de requerimento (48) pela autoridade policial na prisão em flagrante, nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples — art. 322 do CPP, respeitadas as condições impostas nos artigos 323 e 324 do CPP ou pela autoridade judiciária no juízo da pronúncia — art. 408, § 3º, do CPP ou na sentença condenatória recorrível — art. 393-I do CPP. Se a autoridade se recusar a conceder e arbitrar fiança, poderá o preso ou alguém por ele requerer ao juízo competente mediante simples petição, que decidirá depois de ouvir a autoridade — art. 335 do CPP. Da decisão do juiz que conceder ou negar, arbitrar ou julgar inidônea fiança, cabe recurso em sentido estrito — art. 581-V do CPP. Constitui coação ilegal, sujeito ao *Habeas Corpus* não ser alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza (49). Perante o juiz da causa (50), enquanto não proferida sentença de pronúncia ou sentença condenatória, poderá o agente pleitear a liberdade provisória

(47) RT, 500/318 — Damásio ob. cit. pág. 368.

(48) FERNANDO TOURINHO FILHO in *Processo Penal*, Vol. 3, Saraiva 1982 p. 477 n.º 26.

(49) Projeto Constituição (B) art. 5º, LXIX e art. 648 — V do CPP.

(50) Art. 316 do CPP "O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem".

provando a desnecessidade da medida, ou o relaxamento da prisão em flagrante, quando se tratar de infração de que se livre solto — art. 321 do CPP ou por ilegalidade da forma, ouvindo-se sempre o Órgão do Ministério Público.

Após proferida a sentença de pronúncia a revogação da prisão no mesmo juízo só pode ocorrer na oportunidade do juízo de retratação no recurso em sentido estrito. É incompetente o Juiz da condenação para revogar a prisão mantida ou decretada na sentença condenatória recorrível.

A prisão ilegal feita por autoridade policial enseja *Habeas Corpus* perante o Juízo Criminal da comarca. Considera-se ilegal ou abusiva a prisão pela autoridade policial quando levada a efeito sem ordem judicial escrita ou em flagrante: a) quando se tratar de crime a que o agente pode responder em liberdade — artigo 323 do CPP; b) quando se tratar de crime afiançável e a autoridade policial, no âmbito que lhe compete — art. 322 do CPP — não concede a fiança; c) quando não for dado curador ao acusado menor — art. 262 c/c art. 564, III letra "c" do CPP; d) quando não forem comunicados imediatamente o juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada, da sua prisão, circunstância que deverá ser materializada no auto — art. 5º, LXII da Constituição; e) quando não for assegurado ao preso que o quiser assistência de advogado no auto de prisão — art. 5º, LXIII. As garantias constitucionais têm imediata aplicação e as medidas especificadas surgiram do sentimento de revolta por abusos outrora praticados em que pessoas eram levadas à prisão, sem a mais mínima garantia legal e respeito à sua dignidade, sem qualquer assistência moral da família ou jurídica de profissional habilitado. Assim, apresentado o preso à autoridade policial, em sendo aprovadas as garantias do Projeto no segundo turno de votação, cuida-se de informar-lhe os seus direitos, inclusive o de permanecer calado, perguntando-se-lhe se deseja comunicar à sua família ou outra pessoa por ele indicada e assegurando-se-lhe o direito de ser assistido por advogado habilitado, registrando tudo no auto de prisão em flagrante, por se tratar de garantia constitucional assegurada em favor da liberdade, auto-aplicável, independentemente de lei regulamentadora.

Perante o Tribunal competente a liberdade do indivíduo é assegurada pelo remédio heróico do *Habeas Corpus* ou via do recurso em sentido estrito, quando despronunciado for o réu. Não cabe recurso em sentido estrito com o objetivo único de revogar prisão decretada ou mantida na sentença de pronúncia.

Incumbe ao paciente provar de plano no *Habeas Corpus* a ilegalidade de sua prisão ou o abuso de poder da autoridade judiciária *a quo* — art. 5º, LXVIII. Constitui ilegalidade sanável pelo *mandamus* a decisão de primeiro grau que: a) mantém prisão ilegal feita por autoridade policial, em desobediência às formas constitucionais garantidas — art. 5º, LXII a LXV; b) decreta prisão preventiva e mantém preso o agente em decisão sem a fundamentação dos elementos conformativos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* — art. 5º, LXI; c) decreta prisão preventiva ou mantém preso quem responde por crime que se livre solto — art. 321 CPP e d) nega fiança nos crimes afiançáveis — art. 393-I e 408, § 3º, CPP.

Quanto à prisão por faltar primariedade e bons antecedentes — art. 408, § 2º, CPP ou para apelar, art. 594, CPP, entendo *data venia*, ser impossível o exame de tais circunstâncias e fatos no corredor estreito do remédio heróico do *habeas corpus*, já que ambos os requisitos devem ser provados de plano, de forma objetiva (51), salvo se o pedido estiver instruído com traslado de todas as peças do processo, devolvendo, naquele procedimento, ao juízo *ad quem* todos os elementos que sustentaram a decisão do juízo *a quo*.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

I — DECISÕES CÍVEIS

EXECUÇÃO FISCAL — TÍTULO HÁBIL — CONTRIBUINTE — DEPÓSITO ELISIVO — MANDADO DE SEGURANÇA — IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO — AÇÃO ANULATÓRIA — APURAÇÃO DO DÉBITO — SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

— Se a Fazenda Pública dispõe de título hábil para iniciar execução fiscal, não terá jamais o contribuinte o direito líquido e certo de impedir essa elementar providência, a menos que tome ele a iniciativa da discussão e faça em Juízo o depósito garantidor da pretensão fiscal. O que não se pode admitir é a substituição do depósito elisivo pelo uso inadequado do mandado de segurança.

— Ainda que o contribuinte não tenha feito o depósito, pode ele, no curso da ação anulatória de débito fiscal, requerer incidentalmente tal providência, apurando-se o valor atual do suposto débito. Feito o depósito, suspensa ficará a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da anulatória.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº
165 — Comarca de Belo Horizonte —
Relator: Desemb. WALTER VEADO

Requerente — Lanchonete Vagão
Ltda. — Coatores — Governador do
Estado de Minas Gerais e Secretário
de Estado da Fazenda — Julgamento
— 24/08/88

Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em julgar a impetrante carecedora do *mandamus*.

Belo Horizonte, 24 de agosto de 1988. — José Arthur, presidente. — Walter Veado, relator.

Acórdão

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de

O Sr. Desemb. Presidente — Inscreveu-se para assistir ao julgamento, pela

(51) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — RHC, 64.912 — MG — RTJ nº 121, página 1.067 e TJSP, RT, 537 pág. 285, Damásio ob. cit. p. 369.