

PRISÃO E LIBERDADE NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 310 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

PAULO DE TARSO BRANDÃO
Promotor de Justiça em SC

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Liberdade provisória e "jus libertatis"; 3. Entendimento dominante sobre a norma do parágrafo único do artigo 310, do Código de Processo Penal; 4. Uma análise crítica sobre o dispositivo legal; 5. Conseqüências e aplicabilidade desta interpretação; 6. Da decisão que mantém a prisão em flagrante.

1. Introdução

“Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Desde o estabelecimento no artigo XI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, expedida pela Organização das Nações Unidas, da presunção de inocência, nos termos acima transcritos, as legislações modernas vêm evoluindo no sentido de fazer de tal enunciado verdadeiro pilar de sustentação da condição de liberdade historicamente sempre buscada pelo homem.

Com algumas modificações, essa regra está presente em quase todas as Constituições modernas, como, exemplificativamente, se pode citar a Constituição da Itália (art. 13), do Japão (arts. 31, 33 e 34), de Portugal (art. 28), da Espanha (art. 17) e da Nicarágua Sandinista (art. 33).

Entre nós, em passado recente, encontramos como marco dessa evolução legislativa, o advento das Leis 5.941, de 22 de novembro de 1973, e 6.416, de 24 de maio de 1977.

Embora não se desconheça a origem espúria da lei 5.941/73, conhecida até hoje pelo nome de seu beneficiário imediato, também não se pode deixar de reconhecer que a mesma trouxe considerável avanço no instituto da liberdade provisória, especialmente porque induziu o advento da Lei 6.416/77, vindo esta a preencher algumas lacunas deixadas por aquela (GERALDO BATISTA SIQUEIRA — Audiência do Ministério Público no Auto de Prisão em Flagrante — Lei 6.416/77, RT, 579/277).

A lei 5.941/73 somente regulou a possibilidade de liberdade provisória nos casos de réu pronunciado — alterando a redação do artigo 408, do Código de Processo Penal, acrescentando, especialmente, o parágrafo segundo ao referido artigo — e nos casos de sentenciado em liberdade provisória, se primário e de bons antecedentes, durante a tramitação do recurso — modificando a redação do artigo 594, do estatuto processual penal.

Complementação a inovação introduzida pela referida lei, o legislador brasilei-

ro, ao estabelecer a denominada reforma penal através da Lei 6.416/77, em sede de liberdade provisória, efetuou importantes modificações nos institutos da prisão em flagrante, da prisão preventiva e da fiança.

Nesta quadra da vida jurídica nacional estamos a presenciar substancial evolução das disposições normativas referentes à proteção da liberdade dos cidadãos. A Carta Constitucional, em vigor recentemente, supera em muito a Constituição anterior com relação a essa garantia individual.

Veja-se que a Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69, em seu artigo 153, § 12, previa:

“Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação da fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará se não for legal”.

A Magna Carta de outubro de 1988, ao tratar dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, traz em seu artigo 5º, as seguintes disposições:

“LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII — ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

LXI — ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militares e crimes militares, definidos em lei;

LXVI — ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Desnecessário será qualquer comentário ou demonstração sobre a superioridade deste texto constitucional em relação ao anterior.

Importante é notar que a prisão provisória tende, cada vez mais, a ser restrita aos casos de extrema necessidade. Aliás, este é o ponto de vista, que já vinha bastante claro, na exposição de motivos da mensagem 37/77, que apresentava o projeto, que deu origem à Lei 6.416/77:

“quanto à prisão provisória ... principalmente a prisão em flagrante ... foi esta reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da justiça, à segurança social e à ordem pública”.

Nada é mais lógico. Ao ocorrer um delito, em tese nasce para o Estado a pretensão punitiva, à qual se opõe o “jus libertatis” do cidadão. Convém frisar que o que nasce nesse momento é uma *pretensão* e não o direito de punir. Esta pretensão punitiva, ao encontrar a resistência da liberdade a que tem direito o autor do fato previsto no tipo penal, vai determinar o surgimento da lide penal, para usar a expressão consagrada de Francesco Carnelutti. O direito de punir e, portanto, de segregar o cidadão, somente terá lugar após a sentença penal condenatória em trânsito em julgado.

Fora desta situação, qualquer prisão somente poderá ocorrer nos estreitos limites da lei e nos casos de indiscutível necessidade para “a garantia dos interesses da justiça, da segurança social e da ordem pública”.

Hoje somente é possível a prisão provisória nos casos de flagrante, ou por or-

dem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, nos casos de prisão preventiva, prisão em virtude da pronúncia e prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. Assim mesmo, quando não existir a possibilidade de, por qualquer forma, ser concedida a liberdade provisória ou reestabelecida a plena liberdade.

O Professor Tourinho Filho, após sublinhar as grandes modificações introduzidas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 6.416/77, e considerando todas as alterações dignas de aplausos, sintetiza seu pensamento sobre a restrição da prisão provisória em limites intransponíveis:

“Só se justifica, e aqui está a pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar de natureza processual, quando sem ela, não se puder assegurar a apuração de verdade, a ordem pública e a aplicação da pena. Evitar a perturbação da ordem pública, assegurar a apuração da verdade e a execução da sentença condenatória, eis o fundamento em que se assenta, no Direito pátrio, toda e qualquer prisão cautelar de natureza processual”. (Processo Penal, Volume 3, 8.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p.436/437).

2. Liberdade provisória e “*jus libertatis*”

Como bem lembra Paulo Édson Marques (Da Liberdade Provisória, com e sem Fiança — in, Jurisprudência Brasileira Criminal, nº 12, Liberdade Provisória, Curitiba, Juruá, 1985), a liberdade provisória é sucedâneo adotável para a prisão provisória. Desta forma, somente posso pensar em liberdade provisória, quando for possível, na falta de um dos requisitos para aquela, a custódia provisória. Assim, quando se encontram presentes os requisitos e a necessidade de prisão provisória, não se terá a liberdade provisória. Outra conclusão, que é mais importante para o presente trabalho, é que nos casos em que seja impossível a determinação de prisão cautelar — ainda que presente a necessidade da prisão — não temos da denominada liberdade provisória, mas o cidadão no gozo de sua plena liberdade. É fundamental a fixação dessa afirmativa.

A clareza da lição de Paulo Édson Marques justifica a transcrição:

“A adjetivação de ‘liberdade’ pela palavra ‘provisória’ basta para a desfiguração dessa que, como conceito absoluto, não tolera ‘qualificações’.

Por decorrência, tal ‘adjetivação’ bem que permite a idéia de que, na liberdade provisória, o acusado nem dispõe desta (liberdade), nem se vê, totalmente, privado da mesma” (ob. cit., p.11).

Temos a preocupação de deixar claro que, em determinadas circunstâncias, o autor de um delito em tese — quando na fase da “*persecutio criminis*” — não poderá ser preso provisoriamente em qualquer hipótese. Neste caso, não estará, por razão óbvia, o acusado em liberdade provisória, mas em plena liberdade.

Tome-se, por exemplo, o fato de que seja imputado a alguém a prática do delito previsto no artigo 150, “*caput*”, do Código penal, cuja pena máxima cominada é de três meses de detenção, e não ocorra qualquer das ressalvas previstas no artigo 321, do Código de Processo Penal, pela norma do inciso II do citado dispositivo, tem o acusado o direito de “*livrar-se solto*”, para usar a expressão da lei. Neste caso, o acusado não fica vinculado ao processo com as obrigações previstas para o que se encontra em liberdade provisória. Quer dizer, o acusado, nestas condições, não estará sujeito às sanções dos artigos 327 e 328, do estatuto processual penal, se não comparecer a qualquer ato do processo, ou se mudar de residência,

ou, ainda, se vier a se afastar da residência, por mais de oito dias, sem prévia comunicação ao Juízo. As únicas conseqüências, neste caso, serão: a decretação da revelia — sem grandes efeitos em Processo Penal; a possibilidade de ser conduzido à presença do Juiz para ser interrogado (art. 260). O que não poderá acontecer, em qualquer caso, é a decretação da prisão provisória.

A prisão provisória determina a vinculação do acusado ao processo e possibilita a revogação desta com o estabelecimento da prisão cautelar, se presentes os requisitos e a necessidade da custódia. Isto não ocorre na hipótese acima.

A distinção, como já se viu, não é destituída de interesse prático e tem profunda repercussão na proteção da liberdade individual.

Temos verificado, entretanto, que, na prática, os conceitos acima não têm sido observados em seu rigor técnico, trazendo, muitas vezes, lesão irreparável à liberdade individual do acusado. Alguns Juízes têm concedido liberdade provisória, quando deveriam, simplesmente, *relaxar* a prisão (situação mais grave) ou vice-versa.

Assim como não se confundem as hipóteses de liberdade provisória e de liberdade plena — como antes estabelecido —, e, em decorrência disso mesmo, é profunda a diferença entre a concessão de liberdade provisória e relaxamento da prisão.

Efetivamente, o relaxamento da prisão tem lugar nos casos de prisão legal. A Constituição Federal anterior, no artigo 153, § 12, estabelecia o relaxamento da prisão ilegal, conforme citação no item 1. A nova Carta, em seu artigo 5º, LXV, determina:

“A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

A liberdade provisória tem como pressuposto a possibilidade de, naquele caso concreto, ser determinada a prisão provisória, mas, face à desnecessidade de tal medida, utiliza-se como sucedâneo a liberdade, vinculando o réu aos atos do processo.

Os Juízes, que concedem liberdade provisória, obrigando o acusado a afirmar o termo de compromisso de comparecimento aos atos do processo, quando é caso de relaxamento de prisão, em suas decisões “só fazem reinar a dubiedade, porquanto *inovam*, criando figura *híbrida* e, principalmente, *paradoxal*, desde que concomitantes, a incompatível ‘desconstituição’ da prisão (que ‘relaxada’) com sua ‘referendação’ (com a liberação provisória, que pressupõe a realidade daquela)” (PAULO ÉDSON MARQUES, ob. cit., p.14).

Sintetizando: ocorrendo um fato típico, em tese, sendo preso o indigitado autor, o juiz deve verificar se é caso de prisão legal ou ilegal. Se ilegal, relaxa a prisão imediatamente. Se legal, investiga sobre os pressupostos e a necessidade da manutenção da prisão e se não há, por qualquer forma, a possibilidade de conceder a liberdade provisória. Somente assim poderá decidir com justiça sobre o estabelecimento da prisão provisória, ou de concessão de liberdade provisória.

Nos casos em que a lei proíba a prisão provisória, como é o caso do artigo 321, do Código de Processo Penal, entendemos que o correto é o relaxamento da prisão, posto que qualquer prisão nestas circunstâncias é ilegal por não encontrar amparo legal — pelo contrário, encontra vedação legal.

Não é demais lembrar que sempre que o acusado preencher os requisitos da liberdade provisória, e da liberdade plena, esta integra o seu patrimônio de direitos subjetivos, não podendo o Juiz optar pela custódia cautelar.

3. Entendimento dominante sobre a norma do Parágrafo Único do Artigo 310, do Código de Processo Penal.

A lei 6.416/77, ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 310, previu que o juiz poderia conceder ao réu a liberdade provisória, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, quando pelo auto de prisão em flagrante, verificar a incorrência de qualquer das hipóteses, que autorizam a prisão preventiva. Termina o dispositivo por fazer remissão aos artigos 311 e 312, do mesmo diploma legal.

Diante da redação do dispositivo legal e, especialmente, da remissão feita, a doutrina e a jurisprudência fixaram o entendimento de que para a aplicação dessa norma deve o juiz verificar: a) se há prova da existência do crime; b) se estão presentes os indícios suficientes da autoria. Verifica, após, sobre a necessidade de manutenção da prisão: 1) para a garantia da ordem pública; 2) por conveniência da instrução criminal; ou, 3) para assegurar a aplicação da pena. Presentes os dois primeiros requisitos e, pelo menos, um dos pressupostos, deve ser mantida a prisão provisória. A incorrência de qualquer dos requisitos ou dos pressupostos, determina que se conceda a liberdade provisória, com ou sem fiança, conforme o caso.

De forma exemplificativa, vejamos a opinião de alguns doutrinadores sobre o tema:

Ada Pellegrini Grinover, comentando o dispositivo legal em análise, afirma:

“Mas agora acrescentando um parágrafo único ao dispositivo, a Lei 6.416/77 amplia a possibilidade de liberdade provisória, para abranger, na mesma sistemática, as hipóteses para as quais não se autoriza a prisão preventiva (arts. 311 e 312, do CPP, com redação determinada pela Lei 5.349, de 3.11.1967). Ou seja, haverá a possibilidade de liberdade provisória, também em flagrante, sem necessidade de fiança, e mediante termo de comparecimento, quando: a) não houver prova da existência do crime (*rectius*, do fato criminoso em sua materialidade) e indícios (ou melhor, prova ainda que leves) suficientes da autoria; b) não houver necessidade da prisão para garantir a ordem pública e a instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Como se vê, sob a letra *a* o legislador explicita os casos que podem caracterizar o ‘*fumus boni iuris*’, para o efeito de prisão preventiva e manutenção do flagrante; e sob a letra *b*, configura expressamente aquilo que pode representar o ‘*periculum in mora*’” (A Nova Lei Processual Penal, Comentário à Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p.103).

É a seguinte a lição de Tourinho Filho:

“Por outro lado, se o parágrafo único do art. 310 determina se observe a regra do art. 310, *caput*, quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a incorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, conclui-se, também, que a não-presença de qualquer das circunstâncias que autorizam a prisão preventiva, i.e., garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou asseguramento da aplicação da lei penal, confere ao indiciado ou réu o direito subjetivo de natureza processual à liberdade provisória” (ob. cit., p.407).

Não é diferente o entendimento de Walter P. Acosta:

“O Código ainda prevê as seguintes hipóteses de concessão de *liberdade provisória*: a) ...; b) no *parág. único do art. 310*, acrescentado pela Lei 6.416/77 — ver no C.P. Penal — quando incorrerem as hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 311 e 312), isto é, quando no auto de flagrante não houver a prova da existência do crime nem indícios suficientes da autoria, não sendo a prisão necessária como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei” (O Processo Penal, Coleção Jurídica da Editora do Autor, Rio de Janeiro, 1987, p.44).

Esta mesma orientação seguem Rogério Lauria Tucci (Persecução Penal, Prisão e Liberdade, São Paulo, Saraiva, 1980, p.266/267) e Weber Martins Batista (Liberdade Provisória: Modificações da Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1981, p. 73 à 80).

Os requisitos e pressupostos exigidos para a manutenção da prisão em flagrante nas decisões de nossos Tribunais, quando analisam a regra do artigo 310, parágrafo único, são os mesmos apresentados pela doutrina. Veja-se, por exemplo, as seguintes decisões: JC-52/355, RT 541/403, RT 554/355 e RT 559/334.

4. Uma análise crítica sobre o dispositivo legal

O parágrafo único do artigo 310, do Código de Processo Penal, ao determinar a concessão de liberdade provisória, quando, pelo auto de prisão em flagrante, o juiz verificar a inoccorrência da qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, faz remissão aos artigos 311 e 312, do mesmo estatuto processual.

A indagação, que apresentamos e que pretendemos responder, é se o artigo 313, do Código de Processo Penal, não deve ser considerado para a perfeita aplicação do já citado dispositivo legal, objeto deste estudo?

Poderíamos dizer que nos delitos punidos com detenção, quando não ocorreram as circunstâncias dos incisos II e III, do artigo 313, do diploma processual penal, ainda que presentes os requisitos e pressupostos do artigo 312, seria possível a manutenção da prisão em flagrante? E no caso de contravenção a medida da custódia cautelar encontra amparo legal?

Considerando as lições doutrinárias e as decisões jurisprudenciais, antes examinadas, que são uníssonas, não há dúvida de que teremos como respostas a negativa à primeira questão e a afirmativa para as demais.

Analisando a questão sob o ponto de vista da fiança, João Francisco Moreira Veigas sintetiza, classificando as infrações:

“1º — Crimes e contravenções em que o agente se defende solto, independente de fiança;

2º — Crimes e contravenções em que o agente se defende afofado; e

3º — Crimes e contravenções em que o agente se defende preso” (Liberdade Provisória e Fiança — Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Prática, 1.ª ed., São Paulo, Edição Jalovi, 1986).

Cumpra observar, antes de continuarmos, que é escassa a manifestação dos Tribunais sobre a espécie. Isto ocorre por dois motivos: a) o crime punido com detenção e a contravenção, de regra, admitem fiança e, uma vez fixada a fiança e estan-

do o acusado em liberdade, não há qualquer preocupação de sua parte em obter, pela via recursal, a liberdade em condição mais favorável; b) liberado sem a prestação de fiança, como deveria ser a regra, com mais razão, não recorre o acusado para buscar a liberdade plena — sem qualquer vínculo ao processo.

Não quer dizer, contudo, que não se tenha exemplo de prisão em flagrante mantida, quando não presente qualquer das hipóteses do artigo 313, como se vê no presente acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“O paciente é acusado de ter cometido um delito punido com pena de *detenção*, sendo, portanto, em tese, cabível a fiança a ser concedida até pela autoridade policial que presidiu o flagrante (art. 322 c/c o 332 do CPP).

Alega-se, entretanto, que na hipótese em exame tal não seria possível por ocorrerem os motivos que autorizam decretar a prisão preventiva, isto é, maus antecedentes conjugados à inexistência de emprego certo e residência fixa.

Examinando-se, porém, detidamente os autos, observa-se que o paciente, em 1978 já foi processado por porte de maconha, mas teve declarada extinta sua punibilidade. Logo, não conta para desrecomendar seus antecedentes. Há, ainda, é verdade, um processo que corre em Lages, por furto ou receptação de carne (fls. 20 e 122), mas nesses autos nenhuma medida drástica se impôs, exatamente porque ausentes os requisitos autorizadores da medida, a começar pela residência fixa (fls. 98) e atividade remunerada lícita (fls. 98v.) que se incorporam àqueles realmente condicionadores, quais sejam a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, e em nenhum deles se enquadra o paciente” (grifei) (TSJC — HC — Relatora Desembargadora Thereza Tang — JC 52/355).

Conclui-se do acórdão que as hipóteses do artigo 313, não são consideradas para a manutenção da prisão em flagrante, porque se assim fosse, diria simplesmente a Câmara Julgadora: sendo crime punido com detenção e não sendo o paciente reincidente e não havendo prova de ser vadio e nem dúvida quanto à sua identidade, deve ser liberado sem termo de compromisso.

Os demais acórdãos referidos no item 3, têm a mesma orientação do acima transcrito.

Ousamos discordar do entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante.

Tourinho Filho, como vimos, não refere que o artigo 313 deva ser combinado com o artigo 312, para a manutenção da prisão em flagrante, observando somente os requisitos e pressupostos previstos neste último. Mais adiante, ao tratar da prisão preventiva, embora não empregue a expressão com exclusividade, quando analisa o artigo 313, apresenta como título do capítulo: *As Hipóteses Legais*, usando a expressão *requisitos legais* para a prova da materialidade e indícios da autoria; e *circunstâncias que autorizam a preventiva* para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assecuração de eventual pena a ser imposta (ob. cit., p. 422 à 424).

O fato de o artigo determinar que deve ser colocado em liberdade o acusado, quando inoportunizar qualquer das hipóteses autorizatórias da prisão preventiva e a coincidência de o doutrinador nominar de hipóteses as previsões do artigo 313, por si só, não são determinantes de entendimento diverso do hoje aceito, mas em

conjunto com os demais argumentos podem ter grande relevância.

Parece que um dos motivos orientadores da opinião dos autores, no sentido de que o artigo 313 é inaplicável à espécie, é o fato de o dispositivo legal — parágrafo único do artigo 310 — fazer remissão aos artigos 311 e 312. Não comungamos com tal interpretação. A norma da disposição legal em apreço vai somente até a expressão *preventiva*, devendo a remissão ser entendida como forma de encaminhar o intérprete ao instituto da prisão preventiva e não simplesmente aos artigos a que se refere. No nosso entendimento, a remissão não tem força de estabelecer limite que a própria norma não estabelece. Assim não fosse, como compatibilizar a remissão ao artigo 311 com a norma constante do parágrafo único do artigo 310, pois como bem salienta Ada Pellegrini Grinover:

Resta apenas lamentar uma imperfeição técnica do legislador de 1977, quando se refere, no parágrafo único do artigo 310, aos artigos 311 e 312 do CPP; a remissão ao art. 311 não se justifica, frente à redação que àqueles dispositivos deu a Lei 5.439/67, que reuniu os pressupostos da prisão preventiva, antes previstos nos arts. 311 e 312, exclusivamente no 312'' (ob. cit., p. 103 e 104).

A remissão, portanto, não pode impedir que se combine o artigo 313 com o artigo 312, para a perfeita aplicação do parágrafo único do artigo 310.

Usando de outra forma o mesmo argumento: a não referência expressa ao artigo 313, na remissão do parágrafo único estudado, não impede que aquele seja considerado para os fins de aplicação deste. Veja-se que no artigo 324, IV, do Código de Processo Penal, é vedada a concessão de fiança, quando presentes os motivos, que autorizam a decretação da prisão preventiva. Nesta norma existe a remissão ao artigo 312. Comentando o artigo 324, diz Ada Grinover:

''A reforma, através da redação dada ao inciso IV do art. 324, impede a concessão de fiança, quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Que motivos? Os do art. 312 — diz o inciso IV do art. 324; mas estes não podem ficar desligados do art. 313; ademais, a se considerarem apenas a prova do crime e os indícios da autoria, ou a segurança da prova, da ordem pública e da pena, quase todas as infrações penais se tornariam inafiançáveis. É preciso, sim, atentar para os requisitos do art. 312, mas sem olvidar as circunstâncias do art. 313. Somente estas não bastam para tornar o crime doloso inafiançável, assim como não bastam as circunstâncias do art. 312. É necessário combiná-los'' (ob. cit., p. 118).

Difícil ficaria entender que situações idênticas pudessem ter soluções diversas. A referência aos artigos 311 e 312 não pode ser óbice à aplicação do artigo 313 aos casos de prisão em flagrante.

Não nos impressiona o argumento de que o artigo 531, do Código de Processo Penal, estabelece que o auto de prisão em flagrante é uma das peças, que podem dar início ao procedimento sumário das contravenções. Primeiro, a lei somente diz que tal auto é peça inaugural do procedimento e nós estamos a argumentar quanto à impossibilidade de manutenção da prisão em flagrante. Uma circunstância não invalida a outra. Segundo, com a nova Carta Constitucional, o artigo 531 foi revogado diante da previsão do artigo 129, I, que dispõe sobre a legitimidade de privativa do Ministério Público para promover a ação penal pública.

As situações fáticas, no entanto, clarificam o assunto de forma mais contundente.

Considere-se as seguintes hipóteses: a) Caio é flagrado no exato momento em que desfere um soco em Lúcio, causando neste lesão corporal leve; b) Tício desfere idêntico soco em Fúlvio causando neste lesão corporal da mesma natureza da hipótese anterior, sem que tivesse ocorrido o estado de flagrância. Tanto Caio, quanto Tício têm antecedentes, mas não ocorre qualquer das circunstâncias dos incisos II e III, do artgigo 313, mas ocorre, por exemplo, o pressuposto da prisão preventiva da garantia da ordem pública. Seguindo-se o entendimento dominante, Caio ficaria preso provisoriamente, enquanto que Tício permaneceria em liberdade, sem qualquer condição, posto que impossível a decretação da prisão preventiva.

Mais grave ainda se nos afigura a seguinte possibilidade: a) Flávio é flagrado ao causar lesão corporal leve em Carlos; b) Roberto é flagrado ao cometer a mesma espécie de delito contra Antônio. No primeiro caso, o auto de prisão em flagrante é elaborado de forma perfeita. No segundo, a autoridade policial não observa qualquer dos requisitos essenciais, como, por exemplo, ouve somente uma testemunha de apresentação — não há testemunha de infração; inverte a ordem da oitiva, ouvindo o preso antes das testemunhas, etc. Em ambas as hipóteses, está presente o pressuposto da necessidade da prisão para assegurar a aplicação da lei penal, sem que ocorra qualquer das hipóteses dos incisos II e III, do Código de Processo Penal. Flávio poderá ser mantido preso provisoriamente e Roberto terá *relaxada* a sua prisão, por ser ilegal, não podendo ser decretada a prisão preventiva, ficando em liberdade sem qualquer vinculação. Aliás, neste caso, seguindo-se a doutrina tradicional, Flávio, ainda que colocado em liberdade, ficará vinculado ao processo pela assinatura do termo de compromisso.

Não se pode perder a noção de que a previsão do parágrafo único do artigo 310, tem a mesma finalidade do “caput” do artigo, que é a de ser medida de equidade, como diz Basileu Garcia (apud, Rogério Lauria Tucci, ob. cit., p.264). A persistir a possibilidade de medidas diversas para hipóteses idênticas, longe estaremos da equidade.

Que razão teríamos para entender que o acusado preso em flagrante tivesse mantida a sua prisão ou estabelecida a sua liberdade provisória vinculada, quando, nas mesmas condições, o autor de idêntico fato típico, que não tenha sido encontrado em flagrante ou seja beneficiado com uma nulidade no auto de prisão em flagrante, não poderá ser preso provisoriamente e nem ficará vinculado ao processo por termo de compromisso.

Interessante notar que logo após entrar em vigor a Lei nº 6.416/77, o Professor Rogério Lauria Tucci posicionou-se no sentido da aplicabilidade do artigo 313 em caso de prisão em flagrante:

“Verifica-se, destarte, que a prisão em flagrante só deverá ser mantida, quando indispensável à garantia da ordem pública, ou por conveniência da instrução criminal, ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal — sempre que haja prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria (cf. art. 312). E, assim mesmo, apenas quando ocorrente qualquer das três situações previstas no art. 313 (também com a nova redação dada pela Lei 6.416), a saber: a) em se tratando de crime doloso punido com reclusão; b) no caso, por igual, de crime doloso punido com detenção, sempre que apure ser o indiciado vadio ou, haven-

do dúvida sobre sua identidade, não ofereça ele elementos esclarecedores da mesma; e c) quando tenha o réu sido condenado anteriormente, mediante sentença transitada em julgado, por crime doloso (reincidência), ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do CP'' (Aspectos processuais da Reforma Penal de 1977, RT 506/307).

Posteriormente, o eminente Processualista abandonou esse entendimento, como se verifica em sua obra *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, anteriormente citada.

5. *Conseqüências e Aplicabilidade desta interpretação*

Não há dúvida de que a aplicação do artigo 313, em combinação com o artigo 312, para fins de perfeita aplicação do parágrafo único do artigo 310, do Código de Processo Penal, traz profunda repercussão em matéria de liberdade provisória e em sede de respeito ao *jus libertatis*.

Os principais efeitos são os seguintes:

a) Nos crimes dolosos punidos com detenção, somente poderá ser mantida a prisão em flagrante se ficar apurado que o indiciado é vadio ou, se houver dúvida sobre a identidade do acusado e ele não colaborar para esclarecê-la, ou, ainda, se o acusado for reincidente. Assim mesmo, se presentes os requisitos e pressupostos do artigo 312. Logo, mesmo que o acusado cometa um crime punido com detenção e seja vadio, se não houver a necessidade da prisão por não se encontrarem ameaçadas a ordem pública, a instrução criminal ou aplicação da Lei Penal, não se poderá manter a prisão em flagrante.

E o acusado deverá firmar o termo de compromisso? Depende do caso. Se o acusado cometer um delito punido com detenção e a sua condição pessoal se amoldar a um dos incisos II e III, do artigo 313, mas não ocorrerem os requisitos e pressupostos do artigo 312, sem dúvida que deverá firmar o termo de compromisso, pois sua custódia provisória encontra amparo legal. No entanto, se cometido um delito punido com detenção e o agente não é vadio, não há dúvida sobre a sua identidade e não é reincidente, deverá ser colocado em liberdade sem vinculação — não necessita firmar o termo —, pois sua prisão será, na realidade, relaxada, porque não encontra amparo legal e é, assim, ilegal. Para não afrontar os mais formalistas poderíamos dizer que a liberdade, neste caso, equivale ao "livrar-se solto", que se encontra na própria lei. O importante é que fique claro que nesta última situação o que se respeita é o "jus libertatis" do acusado e não é caso de liberdade provisória.

b) Nos crimes culposos jamais caberá prisão preventiva e, via de conseqüência, não é possível a manutenção de prisão em flagrante. Ocorrendo esta, deve ser relaxada, não há de se falar em termo de compromisso''.

c) As contravenções também não admitem a prisão preventiva, o que impede a manutenção de prisão em flagrante, devendo o acusado ser liberado sem qualquer vinculação. Observe-se que mesmo nas contravenções da vadiagem e mendicância não é possível a manutenção da prisão provisória.

d) Nos crimes dolosos punidos com reclusão e nos crimes dolosos punidos com detenção, quando, nestes últimos, ficar provado que o réu é vadio ou houver dúvi-

da sobre sua identidade sem que ele a esclareça, ou quando o réu for reincidente, é que poderá ser decretada a prisão preventiva e, por isso, poderá ser mantida a prisão provisória em virtude da flagrante. Aqui, e somente aqui, é que será possível o estabelecimento do sucedâneo da prisão cautelar, que é a liberdade provisória, onde é admitido o termo de compromisso.

Não entraremos em considerações sobre o instituto da fiança, que, como já demonstraram sobejamente Weber Martins Batista (ob. cit., p.80) e Tourinho Filho (ob. cit., p.498/500), praticamente foi abolido pela Lei 6.416/77. Não podemos deixar de observar, entretanto, que perdeu completamente o efeito o artigo 323, IV, do Código de Processo Penal, ao determinar que não será concedido fiança nas contravenções tipificadas nos artigos 59 e 60, da Lei das Contravenções Penais. Como já se disse, a liberdade provisória — inclusive com fiança — é sucedâneo de prisão provisória e esta somente é cabível em virtude de prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão resultante de pronúncia. Não podendo ser mantida a prisão em flagrante, nem decretada a prisão preventiva, conforme artigo 313 — não sendo caso que admita pronúncia — as contravenções não permitem prisão provisória, não havendo, assim, sucedâneo. O que permanece íntegro é o “*jus libertatis*”. Não é caso de liberdade provisória.

Por isso, não concordamos com João Francisco Moreira Veigas (ob. cit.) quando fala em contravenção, que o réu responde preso. Não conseguimos visualizar a possibilidade de alguém responder preso processo sobre fato típico contravençional.

E se nos casos de crimes punidos com detenção, sem as circunstâncias dos incisos II e III, do artigo 313, de crime culposo e de contravenção, a autoridade policial arbitrar fiança? Deve o juiz devolver imediatamente o valor da fiança, sem que o acusado seja constrangido a firmar o termo de compromisso de comparecimento aos atos do processo.

Entendemos que somente assim interpretada a norma do parágrafo único do artigo 310, é que teremos a verdadeira equidade de que fala Basileu Garcia e a prisão provisória nos estritos limites da necessidade a que se refere a Exposição de Motivos da Lei 6.416/77.

6. Da decisão que mantém a prisão em flagrante

Após a análise, que terminamos de fazer, é impossível concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal (RTJ 90/453, RTJ 94/1056, RTJ 98/1013, RTJ 105/131 e DJU 19.12.80, p.10492, apud, Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p.191) de que o juiz não está obrigado a proferir despacho de manutenção de prisão em flagrante, porque o parágrafo único não dispôs exigindo despacho fundamentado.

A matéria versa sobre um dos direitos subjetivos mais importantes do cidadão. Toda a restrição à liberdade de alguém deve ser tratada de forma cristalina, de modo que o sujeito, que sofre o constrangimento, tenha plena consciência dos motivos que o determinaram.

Não é possível que em pleno Estado de Direito ainda se conviva com a prática absurda de nosso dia-a-dia, onde a comodidade determina que um simples *homologo* possa ser suficiente para influir no “*jus libertatis*” de qualquer acusado.

Parece que não há mais lugar para a orientação adotada pelo Supremo Tri-

bunal Federal, especialmente com a disposição do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, que determina que as decisões, que estabeleceram ou mantiveram prisão provisória, devem ser fundamentadas.

Paulo de Tarso Brandão
Promotor de Justiça

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. ACOSTA, Walter P. — O Processo Penal, 17.ª ed., Rio de Janeiro, Coleção Jurídica da Editora do Autor, 1987.
2. BARAÚNA, José Roberto — Lições de Processo Penal, São Paulo, José Bushatski Editor, 1978.
3. BATISTA, Weber Martins — Liberdade Provisória: Modificações da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1987, Rio de Janeiro, Forense, 1981.
4. BRANCO, Tales Castelo — Da Prisão em Flagrante — Doutrina, Legislação, Jurisprudência, Postulação em Casos Concretos — São Paulo, Saraiva, 1980.
5. GRINOVER, Ada Pellegrini — A Nova Lei Processual Penal: Comentários à Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
6. JESUS, Damásio E. de — Código de Processo Penal Anotado, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.
7. MARQUES, Paulo Édson — Da Liberdade Provisória, com ou sem Fiança — in, Jurisprudência Brasileira Criminal, nº 12, Liberdade Provisória, Curitiba, Juruá, 1985.
8. NOGUEIRA, Paulo Lúcio — Curso Completo de Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1985.
9. NORONHA, E. Magalhães — Curso de Direito Processual Penal, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986.
10. ROSA, Inocêncio Borges da — Comentários ao Código de Processo Penal, 3ª ed. atualizada por Angelito Aiquele, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
11. SIQUEIRA, Geraldo Batista de — Audiência do Ministério Público no Auto de Prisão em Flagrante — Lei 6.416/77, in, RT 579, 1984, P. 277 à 286.
12. TORNAGHI, Hélio — Curso de Processo Penal, Volume 2, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987.
13. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa — Processo Penal, volume 3, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.
14. TUCCI, Rogério Lauria — Persecução Penal, Prisão e Liberdade, São Paulo, Saraiva, 1980. — Aspectos Processuais da Reforma Penal de 1977, in, RT Nº 506: 1977, p.303 à 311; e
15. VEIGAS, João Francisco Moreira — Liberdade Provisória e Fiança — Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Prática, 13ª ed., São Paulo, Edição Jalovi, 1986.