

A PRISÃO EM FLAGRANTE E A LIBERDADE NA NOVA LEI

OSCAR XAVIER DE FREITAS
Procurador da Justiça e
Prof. de Direito

A Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, dispôs que a prisão em flagrante não deve ser mantida se desnecessária — segundo os critérios estabelecidos para a prisão preventiva — e fez da liberdade provisória sem fiança a sua contracautela natural. A liberdade sem fiança, disciplinada inicialmente para casos excepcionais (artigo 310 do Código de Processo Penal) acabou por sobrepor-se à própria contracautela constitucional de liberdade afiançada. Esta, sob certo aspecto, em relação à outra, transmutou-se em medida substancialmente subsidiária para substituir a prisão em flagrante.

Na prática, com o novo sistema, nem sempre será fácil distinguir com nitidez os limites para a aplicação de cada uma das medidas contracautelares que ficam na dependência do grau de conhecimento da necessidade da prisão, muitas vezes condicionado à oportunidade processual. A lei não prevê, além deste, nenhum outro critério individualizador para as medidas destinadas a substituir a prisão.

A regra geral para a substituição vem inscrita no parágrafo único, acrescido ao artigo 310 do Código de Processo Penal. Se inoocorrerem as hipóteses que autorizam a prisão preventiva deve ser concedida ao réu preso em flagrante a liberdade provisória sem fiança com a única obrigação de comparecer a todos os atos do processo. Significa que, em princípio, demonstrada a desnecessidade da prisão, o réu preso em flagrante fica submetido a esta medida menos restritiva, independentemente de ser o crime afiançável ou não. No entanto, se o crime for afiançável e, portanto, menos grave — e aqui a lei é aparentemente contraditória — o preso pode prestar fiança, ficando sujeito a maiores restrições. A aparente incongruência é explicável pela diversidade de critérios para a concessão de uma ou de outra das medidas substitutivas da prisão. A fiança nos crimes punidos com detenção ou prisão simples deve ser arbitrada, desde logo, pela autoridade que preside o flagrante e nos demais casos do artigo 323 — isto é, nos casos ali não vedados, excluído o anterior — deve ser requerida ao juiz que a decidirá em 48 horas. Este procedimento prescinde da audiência do Ministério Público que deve ser intimado somente da decisão, nos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil, para o efeito, inclusive, de recorrer (artigo 581, n. II, com nova redação). Por esta forma, nos crimes menos graves, isto é, nos afiançáveis, o preso pode ser restituído, sem demora à liberdade, decidida em procedimento sumaríssimo. Já a liberdade sem fiança é decidida em procedimento menos sumário em que o juiz não está sujeito a prazos especiais e o Ministério Público é ouvido previamente, podendo impugnar a pretensão e, obviamente, requerer

esclarecimentos complementares (artigo 310 **caput**). Assim, nos crimes particularmente graves, inafiançáveis, a prisão em flagrante prolonga-se mais no tempo porque o juiz decide em procedimento menos simplificado. Donde se conclui que para a liberdade sem fiança se exigem maiores cautelas. Está claro que a simples urgência com que se defere a medida não seria razão suficiente para impor ao preso por crime menos grave os severos constrangimentos previstos para a liberdade com fiança — além do depósito do valor, as obrigações de não mudar de residência sem prévia permissão da autoridade ou dela se ausentar por mais de oito dias sem anterior comunicação, além das do artigo 341 — enquanto nos crimes particularmente graves, só porque a decisão é mais demorada, o réu deva ficar em liberdade quase sem restrições, somente com as do artigo 310 **caput**. A diferença só pode estar na qualidade da decisão que se relaciona com a natureza mais ou menos sumária do processo de conhecimento. O exame comparado do inciso IV, acrescido ao artigo 324, com o parágrafo único do artigo 310 mostra com diferem em qualidade as decisões, segundo digam respeito a uma ou outra contracautela, sujeitas a procedimentos diferentes.

O artigo 324, n. IV, diz que não se concede a fiança “quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva”. Isto significa que se, à vista do flagrante, forem verificáveis os motivos pelos quais se decreta a reventiva, a prisão em flagrante deve permanecer. Mas, se ao contrário estes motivos não estiverem presentes — e podem existir sem que estejam desde logo presentes — a fiança deve ser concedida. A não presença dos motivos equivale, assim, à falta de elementos de avaliação. Portanto, quando não possa concluir pela desnecessidade da prisão, considerada a menor gravidade do crime e as restrições a que se sujeita o réu, o juiz concede a fiança. Assim procede à falta de maiores elementos de convicção, segundo o estado do processo. Isto não exclui a possibilidade de ser concedida ao réu afiançado a liberdade sem fiança, em decisão mais qualificada, pois esta é a regra geral para todos os crimes. Com a liberdade provisória sem fiança se procede diversamente porque a sua concessão pressupõe um grau maior de conhecimento. Dispõe o parágrafo único do artigo 310 que ela será concedida “quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva”. Aqui não se diz, como no caso da fiança, que o juiz deva negar a liberdade se demonstrada a necessidade da prisão, isto é, “quando presentes os motivos”. A concessão depende da verificação da inoccorrência das hipóteses que autorizam a preventiva. A ausência de elementos não bastam para a liberdade sem fiança, como ocorre com a liberdade afiançada. Esta só se nega se presentes, desde logo, os motivos que fazem da prisão uma necessidade enquanto a outra não se concede enquanto não verificada a inoccorrência de hipóteses que a tornem desnecessária. A desnecessidade deve ficar demonstrada e, por isso, a liberdade é decidida em procedimento menos simplificado, com maiores possibilidades de indagação. Se não verificada a inoccorrência daquelas hipóteses a prisão em flagrante é mantida, o que não impede o seu relaxamento, em qualquer tempo, desde que venha a se revelar desnecessária.

Em suma. A liberdade sem fiança deve ser concedida em crimes afiançáveis ou inafiançáveis, desde que excluídas as hipóteses de necessidade da prisão que se tornara exigível pelas circunstâncias da flagrância. A liberdade com fiança é deferida independentemente de um juízo de certeza quanto à sua desnecessidade porque, com as restrições que a acompanham e em se tratando de crimes menos graves, pode substituir a própria prisão necessária. A concepção da fiança como substituta da prisão necessária não é nova e tem precedente em recente elaboração legislativa. O projeto de Código de Processo Penal do Professor Frederico Marques, aliás dentro de um sistema individualizador bastante superior, contém disposições nesse sentido (artigo 506 e outros).

Concluindo, o réu preso por crimes menos graves pode obter, desde logo, a liberdade, mediante fiança, em sede de procedimento sumário, mesmo não demonstrada a desnecessidade da prisão que somente deve ser mantida se a necessidade for manifesta. Mas, não impede que em decisão qualificada o afiançado possa obter a liberdade sem fiança. O preso por crime inafiançável só pode obter a liberdade sem fiança em procedimento menos sumário se demonstrada a desnecessidade da prisão. Em um caso o juízo é positivo, em outro é negativo. A diferença para a concessão de uma ou outra espécie de contracautela está no grau de conhecimento da necessidade da prisão. Em outros termos, é possível dizer que nos crimes inafiançáveis o réu aguarda preso a decisão sobre a sua pretensão de liberdade, enquanto nos crimes afiançáveis aguarda solto, mas afiançado, essa mesma pretensão de liberdade sem fiança.

Esta exegese que concilia as disposições relativas às contracautelas de liberdade sem controverter os fundamentos jurídicos da prisão em flagrante importa em concluir que esta será mantida se, à falta de elementos de avaliação, não for possível aferir a sua necessidade. Mas, de outro lado, demonstrada a desnecessidade, a liberdade provisória disciplinada no artigo 310 do Código de Processo Penal, deve ser concedida em infrações afiançáveis ou inafiançáveis. Enquanto isso, o preso por infração afiançável, para evitar a prisão desnecessária, se a necessidade não for manifesta, obtém a liberdade afiançada em procedimento sumário para pleitear em procedimento menos simplificado, se for o caso, a liberdade provisória sem fiança.