

VISÃO SISTEMÁTICA DA PRISÃO PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Afranio Silva Jardim

Sumário: 1. Introdução. 2. Tendência a um estado unitário do Direito Processual. 3. O processo penal e a pretensão cautelar. 4. A natureza cautelar da prisão provisória em geral. Teoria. 5. A natureza cautelar da prisão preventiva. 6. A natureza cautelar da prisão em flagrante. 7. A natureza cautelar da prisão decorrente de decisão de pronúncia. 8. Conclusões.

1. Introdução

Antes de entrarmos propriamente no estudo da matéria que será objeto deste trabalho, torna-se imperioso traçarmos os seus limites, vez que o Código de Processo Penal, sob o título de "Prisão e Liberdade Provisória", trata de tema absolutamente estranho à disciplina do processo, qual seja: a prisão administrativa.

O estudo da prisão administrativa dentro do Direito Processual Penal não tem qualquer rigor científico. Trata-se de instituto pertencente a outro ramo do direito, sendo pertinente a advertência do professor Hélio Tornaghi de que "o Brasil é, no mundo inteiro, o único país que coloca normas sobre a prisão administrativa no Código de Processo Penal" (*Instituições de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 3.º, p. 345). O projeto em tramitação no Congresso Nacional não padece deste mesmo vício.

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, para nós, também não apresenta natureza cautelar. A rigor, esta prisão nada mais é do que uma verdadeira execução penal provisória, conforme se pode depreender dos artigos 393, inc. I, e 669, inc. I, do Código de Processo Penal. Este último, que apenas consagra em dispositivo específico o que se depreende do sistema, tem a seguinte redação: "só depois de passar em julgado, será exeqüível a sentença, salvo: inc. I — quando condenatória, para efeito de sujeitar o réu à prisão. . ."

Este parece ser também o entendimento do citado professor Hélio Tornaghi ao asseverar: "a prisão como pena imposta em sentença recorrível é definitiva, embora sujeita à condição resolutiva que é a reforma da sentença. E o próprio fato de a decisão da instância superior funcionar como condição resolutiva está a mostrar que a prisão não era provisória" (*ob. cit.*, p. 167 do 3.º vol.).

Como se sabe, tendo em vista a nova redação dada ao artigo 594 do Código de Processo Penal, tal execução provisória da pena (não prisão provisória) somente será iniciada se o sentenciado for reincidente ou mesmo tiver maus antecedentes.

Mesmo que não preencha estes requisitos, ainda poderá permanecer em liberdade, se condenado por infração de que se livre solto ou prestar fiança, quando cabível.

Pelo nosso entendimento, poderá o condenado preso gozar de todos os benefícios previstos na Lei de Execução Penal, enquanto aguarda o julgamento de seu recurso de apelação, tais como, regime aberto ou semi-aberto, livramento condicional, remição de pena pelo trabalho, etc.

Desta forma, teremos presente tão-somente três espécies de prisão provisória, quais sejam: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva; c) prisão em decorrência de pronúncia. (*)

Colocadas as coisas nestes termos, examinaremos a natureza jurídica das três formas ou espécies de prisão provisória acima mencionadas. Para tanto, lançaremos mão de conceitos e categorias gerais não peculiares a este ou àquele ramo do Direito Processual, mas sim pertencentes à teoria geral do processo, hoje admitida pela maioria esmagadora dos estudiosos da matéria.

2. *Tendência a um estudo unitário do Direito Processual*

Em verdade, uma das mais salientes tendências do estudo do Direito Processual moderno é a adoção de uma posição unitária, sistematizada através da chamada teoria geral do processo, que permite uma visão mais ampla de todos os fenômenos desta categoria jurídica. De há muito, neste sentido são os esforços dos renomados professores *Niceto Alcalá-Zamora* e *Ricardo Levene Hijo*, *in verbis*:

"Hemos de cerrar este epigrafe, pero no haremos sin antes indicar que la tesis unitarista se manifiesta todavia en otras direcciones; en la posibilidad de elaborar una Teoría General del Proceso; en la tendencia de Códigos que regulan ambos los procesos; en la tendencia jurisprudencial a cubrir las lacunas de la ley procesal penal acudiendo, ante todo, a la ley procesal civil, o vice-versa" (*Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1945, Ed. Guillermo Kraft, vol. 1.º, pp. 46/47).

O mesmo *Alcalá-Zamora*, em outras oportunidades, volta a enfrentar exaustivamente todos os problemas relativos à possibilidade

(*) A natureza cautelar da recente "prisão temporária" é discutível, pois não se exige a conjugação dos dois requisitos: *periculum in mora* e *tumus boni iuris*. Oportunamente estudaremos este novo instituto.

de cientificamente sistematizar-se uma compacta teoria geral para o processo. Em trabalhos intitulados "*Trayectoria y contenido de una teoría general de proceso*" e "*La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal*", coligidos em obra que denominou *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, publicada pela Universidade Autônoma do México, em 1974, após tecer valiosas considerações sobre duas posições doutrinárias antagônicas, apresenta as seguintes conclusões, dentre outras:

a) "*La teoría del proceso tiene su punto de partida en la unidad del derecho procesal. Negada ésta, se podrá hablar de teoría (particular) del proceso civil, del penal etc., pero no de teoría general del proceso;*

b) "*Ni uno solo de los argumentos aducidos para negar la unidad del derecho procesal tiene valor absoluto y si únicamente relativo, de acuerdo con circunstancias fluctuantes en el tiempo y en espacio. Por el contrario, si son concluyentes las razones aducidas en prol de la unidad;*

c) "*Unidad del derecho procesal no significa identidad de sus ramas distintas;*

d) "*Por teoría general del proceso debe entenderse, lato sensu, el estudio-exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas procesales, es decir, los componentes del tronco de que todas ellas arrancan*" (ob. cit., pp. 593/594 do 1.º vol.).

Entre nós, desde 1958, já se manifestara favoravelmente à unidade do direito processual o eminente mestre José Frederico Marques. Deixou dito em suas clássicas *Instituições de Direito Processual Civil*:

"O processo, como instrumento compositivo de litígio, é um só, quer se trate de uma lide penal, quer quando focalize uma lide não penal.

Instrumento de atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal. Direito Processual Penal e Direito Processual Civil são divisões de um mesmo ramo da Ciência do Direito, que é o Direito Processual. E isto porque o processo, em sua essência, é um só, tanto na jurisdição civil como na jurisdição penal" (ob. cit., Rio, Forense, 2.ª ed., vol. 1.º pp. 48/49).

Vejam-se ainda as recentíssimas obras dos acatados processualistas *Enrique Véscovi, Teoría General del Proceso, Devis Echandi, Teoría General del Proceso* e *Jorge Clariá Olmedo, Derecho Procesal*, especificadas na bibliografia constante do final deste trabalho.

Destarte, justificada se encontra, à sociedade, a constante citação e invocação que se fará de doutrina elaborada pelos processualistas mais afeitos ao estudo do Direito Processual Civil, ramo que cientificamente, a princípio, logrou maior avanço teórico e sistematização.

Procuraremos dar ao tema escolhido um enfoque marcantemente generalizador, sem descer aos casuismos da lei ou aos problemas menores surgidos por sua imperfeição técnica. Nossa preocupação será o sistema de prisão e liberdade que se extrai do Código de Processo Penal, dando-se especial atenção à prisão decorrente da decisão de pronúncia, através de um novo tratamento lógico-sistemático.

3. O processo penal e a pretensão cautelar

Conforme a natureza da pretensão deduzida em juízo, podemos ter três espécies de processo a serem utilizadas na atividade jurisdicional: processo de conhecimento (ação penal condenatória, declaratória, constitutiva e mandamental), processo cautelar e de execução.

Segundo *Tullio Liebman*, a atividade desenvolvida no processo de conhecimento destina-se a “descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”. Já, através do processo de execução, “realizam-se operações práticas para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos” (*Processo de Execução*, São Paulo, Saraiva, 1968, p. 38).

A rigor, na execução o Juiz também desenvolve uma atividade substitutiva à das partes, realizando ou mandando realizar atos materiais tendentes a tornar efetiva a satisfação prática da pretensão acolhida no processo de conhecimento ou expressa em título extrajudicial (execução civil), independentemente da vontade do réu, que a tudo fica sujeito.

Mas não são somente estas as duas formas de atuar do Estado no desempenho de sua função jurisdicional. Os processos de conhecimento e de execução podem ter a sua eficácia, em casos de especial urgência, dependente de uma atuação estatal mais célere. “Diante de uma situação contenciosa, proveniente de pretensão insatisfeita ou de pretensão contestada, pode haver necessidade de atuação preliminar e rápida dos órgãos jurisdicionais, em processo cautelar, para evitar as conseqüências do *periculum in mora*. Em tal hipótese,

funciona a jurisdição em caráter instrumental, pois tem por escopo garantir a eficácia do processo de conhecimento, ou de execução” (Frederico Marques, *Instituições*, vol. 1.º, p. 248).

Enquanto através do processo de conhecimento e de execução o Estado presta tutela imediata e satisfativa, no processo cautelar procura-se preservar situações, a fim de assegurar a eficácia das providências, quer cognitivas, quer executivas. Sua função é meramente instrumental em relação ao processo de conhecimento ou de execução. Por meio do processo cautelar, o Estado exerce uma tutela jurisdicional mediata ou preventiva, conforme magistério do ilustre professor José Carlos Barbosa Moreira em sua obra intitulada *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Rio, Forense, 1973, 2.º vol., p. 173. Vale dizer, visa tutelar os meios e os fins das outras espécies de processo.

Em sendo única a atividade jurisdicional, não há por que negar a existência do processo penal cautelar e do processo penal de execução. Tanto a doutrina como o legislador sempre estiveram com os olhos voltados, quase que exclusivamente, para o processo penal de conhecimento, ou mais precisamente, para a ação penal condenatória. Por isso mesmo, tem sido lenta a sistematização científica destas outras espécies de processo penal.

Evidentemente que as peculiaridades dos diversos ordenamentos jurídicos têm criado sérias dificuldades para uma teoria unitária sobre o processo penal cautelar e de execução. Entretanto, se procurarmos a formulação de um sistema processual mais amplo, não restrito a este ou àquele código, facilmente constataremos a existência destas espécies de processo penal, que têm ontologia própria e são consectários lógicos da teoria geral da jurisdição.

É certo que o nosso código não disciplinou autonomamente o processo penal cautelar. O projeto que se encontra no Senado Federal já abre um título específico para as “providências cautelares”, disciplinadas a partir do art. 405. De uma forma ou de outra, é indiscutível a existência de tutela cautelar no processo penal, como se pode extrair do seu sistema. Entretanto, ela é prestada incidentalmente, até mesmo de ofício, pelo Juiz.

Note-se, porém, que tal sistemática decorre exclusivamente de uma opção eventual do legislador, nada lhe impedindo que destine um livro próprio no código para disciplinar o processo penal cautelar, com autonomia relativa em relação ao processo de conhecimento.

Assim, no processo penal, exerce o Juiz atividade instrumental de natureza cautelar, seja em face de uma pretensão de igual natureza, seja sem qualquer provocação das partes. Embora sem criar uma relação processual autônoma, mas de forma incidental, existe

pretensão cautelar nos casos de requerimentos de prisão provisória, de aplicação de interdições de direitos e medidas de segurança, de seqüestro, de antecipação de prova testemunhal prevista no art. 225 do código vigente etc.

Sobre o tema, torna-se indispensável a leitura do magnífico livro do professor Romeu de Campos Barros, denominado *Processo Penal Cautelar*, Rio, Forense, 1982.

Como sugere o título deste trabalho, vamos nos restringir ao exame sistemático da prisão provisória no Cód. de Proc. Penal em vigor.

4. *A natureza cautelar da prisão provisória em geral. Teoria*

Hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada a final, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela.

Afirmam, com muita propriedade, Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco que "a atividade cautelar foi preordenada para evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*)". (*Teoria Geral do Processo*, S. Paulo, 1981, 3.^a ed., Rev. dos Tribunais, p. 280.)

Na realidade, as medidas cautelares visam minimizar os prejuízos decorrentes da fluência do tempo sobre o processo, procurando tutelá-lo, tornando-o eficaz e possibilitando que atinja o seu escopo.

Em lapidar síntese, *Serra Domingues e Ramos Méndez*, dois grandes processualistas espanhóis da atualidade, assim se expressam sobre a finalidade das medidas cautelares:

"Las medidas cautelares constituyen un remedio jurídico al problema de la forzosa lentitud del proceso. Como se ha dicho acertadamente, responden al compromiso entre hacer las cosas pronto y hacerlas bien. Siendo la dimensión temporal inmanente ao propio concepto de proceso, debe encontrarse una solución que garantice que el objeto litigioso permanecerá inalterado durante toda la pendency del mismo, y que, en definitiva, la sentencia que se ha dicho será una sentencia eficaz, por proyectarse sobre la misma realidad económica existente a la iniciación del

proceso. Las medidas cautelares tienden esencialmente a garantizar la eficacia de la sentencia, mediante una anticipación limitada de los efectos normalmente derivados de su ejecución". (Las Medidas en el Proceso Civil, Barcelona, 1974, Gráficas M. Pareja, p. 5.)

Desta forma, segundo explica Calamandrei, em citação de Frederico Marques, "sempre que a eficácia de uma decisão jurisdicional, atingível só através de longo procedimento, corra risco de ser diminuída ou anulada pelo retardamento (*periculum in mora*), o processo cautelar, antecipando provisoriamente as prováveis conseqüências da decisão principal, visa a fazer com que o pronunciamento final possa, a seu tempo, produzir efeitos. Tendo, assim, o processo cautelar a assegurar a eficácia futura de outro processo a que está preordenado" (*Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, Forense, 1961, 1.º vol. p. 326).

Também Vittorio Denti, citado pelo mesmo autor paulista, afirma que, com as providências cautelares, "busca-se garantir, ao processo, a consecução integral de seu escopo, para que os meios de que se deve servir ou a situação sobre a qual irá incidir não se modifiquem ou se tornem inúteis, antes ou durante o desenrolar do procedimento, frustrando-se, em conseqüência, a atuação da vontade da lei material" (*ob. cit.*, vol. 4.º, p. 13).

Já agora podemos citar, dentre outras menos marcantes, as seguintes características do processo ou medidas cautelares, integralmente válidas também para o processo penal:

a) *Acessoriedade*: em razão de o processo ou medida cautelar encontrar-se sempre vinculado ao resultado do processo principal;

b) *Preventividade*: vez que se destina a prevenir a ocorrência de danos enquanto o processo principal não chega ao fim;

c) *Instrumentalidade hipotética*: expressão usada pela primeira vez pelo grande Calamandrei em seu célebre livro *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, Padova, Cedam, 1936, p. 89. Isto porque a tutela cautelar pode incidir sem que o seu beneficiário, ao final do processo principal, tenha efetivamente reconhecido o direito alegado, que surge apenas como viável ou provável;

d) *Provisoriedade*: sua manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo.

Pelo exposto, cabe neste passo chamar atenção para equívoco muito comum. O *habeas-corpus*, ainda que preventivo, não preenche os demais requisitos peculiares da atividade cautelar, sendo sempre forma autônoma de tutela satisfativa e imediata.

Delineados os traços principais caracterizadores das medidas cautelares, ainda que de forma superficial, encontramos-nos em condições de afirmar que a prisão provisória, tal como regulada no Cód. de Proc. Penal vigente, é tipicamente uma forma de atividade jurisdicional cautelar, pois tem como finalidade precípua tutelar os fins e os meios do processo penal de conhecimento.

Certo que a prisão em flagrante independe de prévio ato judicial. Não menos certo é que ela se jurisdiciza imediatamente, consoante norma cogente do art. 153, § 12, da Constituição da República. Por isso, entendemos que tal prisão somente se aperfeiçoa quando recebe a chancela judicial.

Passemos, agora, a demonstrar a natureza de cada uma das espécies de prisão provisória, através de comparação crítica e sistemática dos diversos dispositivos do Cód. de Proc. Penal em vigor, levando em linha de conta a formulação teórica acima delineada.

5. *A natureza cautelar da prisão preventiva*

Extinta a obrigatoriedade da decretação da prisão preventiva pela Lei n.º 5.349/67, ficou bastante evidente a natureza de medida cautelar que possui tal provimento coercitivo no processo penal pátrio. Já não se precisa invocar artificialmente uma presunção de *periculum in mora*. Agora, tem ele que ser sempre demonstrado efetivamente, através de decisão fundamentada.

Assim, se examinarmos detidamente o preceito atual do art. 312 do Cód. de Proc. Penal, nele veremos expressos os dois requisitos basilares para a caracterização das medidas cautelares: o referido *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O primeiro dos requisitos fica patenteado pela necessidade de o Juiz verificar se, no inquérito ou processo, encontra-se provada a existência material da infração e se há indícios de sua autoria. Sem um mínimo de probabilidade de prosperar a pretensão punitiva estatal, a medida provisória tornar-se-ia verdadeiramente odiosa.

Alertamos aqui para a coerência, ainda que parcial, do sistema do Cód. de Proc. Penal. Se é verdade que a prova da existência do crime e os indícios de sua autoria tornam provável uma condenação, não menos verdadeiro é que, nada obstante tal suporte probatório, o art. 314 impede a custódia preventiva se estiver demonstrado nos autos que o agente praticou a conduta típica de forma justificada por alguma excludente de anti-juridicidade. Em assim ocorrendo, já não é mais provável venha ser ele condenado, não assumindo o legislador o risco de prender alguém ainda não condenado diante destas circunstâncias.

Não é por outro motivo que julgamos ser incabível a decretação da prisão preventiva pelo Tribunal em grau de recurso interposto pela

acusação contra a absolvição do réu. *In casu*, faltaria o *fumus boni iuris* legitimador da medida excepcional.

A lógica do sistema deveria impor vedação à prisão preventiva quando estivesse provada a ausência de qualquer dos elementos da infração penal: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, vez que em todos estes casos desaparece o *fumus boni iuris*. Saliente-se, nada obstante, que, nesta fase, tal apreciação é meramente provisória, não vinculando o órgão jurisdicional à sua sentença de mérito, até porque outras provas poderão ser carreadas para os autos. Embora se trate de juízo superficial de delibação, deve haver muita prudência por parte do magistrado ao exteriorizar o seu convencimento nesta etapa processual.

O segundo requisito, o perigo na demora do processo de conhecimento, encontra-se exigido pelo legislador pátrio quando se refere à decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública ou para assegurar a aplicação da lei penal. A norma, nesta hipótese de urgência, torna-se impaciente, podemos assim dizer, procurando antecipar o provimento jurisdicional que se acena como provavelmente condenatório, a fim de afastar um perigo determinado e iminente.

De certa forma, correta se nos afigura a arguta advertência do eminente professor Weber Martins, de que a "decretação da medida como garantia da ordem pública não tem relação direta com o processo. Em vez disso, está voltada para a proteção de interesses estranhos a ele, tem nítidos traços de medida de segurança" (*Liberdade Provisória*, Rio, Forense, 1981, p. 77). Sendo a medida de segurança também uma forma de resposta penal, não é estranho que a custódia preventiva possa visar a torná-la possível ao final do processo de conhecimento. Esta colocação pode superar a questão satisfatoriamente.

Finalmente, a conveniência da medida excepcional para asseguramento da regular instrução criminal vem atender à necessidade de afastar qualquer indevida ingerência do indiciado ou acusado na colheita da prova. *In casu*, procura-se tutelar os próprios meios do processo.

Note-se, outrossim, que a provisoriedade e o princípio da necessidade da medida cautelar vêm consagrados no art. 316 do Cód. de Proc. Penal ao possibilitar a sua revogação, a qualquer tempo, se o Juiz verificar a insubsistência do motivo que a determinou.

A prisão preventiva, como de resto a prisão provisória em geral, somente deve ser mantida, enquanto perdurarem os motivos que levaram à sua decretação, vale dizer, enquanto se justificar pela necessidade. Veja-se a respeito a monografia do jurista uruguaio

Alejandro Abal Oliu, denominada Medidas Cautelares sobre la Libertad del Imputado, Montevideo, 1977, Ed. Amalio Fernandez, passim.

Esta perspectiva já fora, de há muito, vislumbrada pelo clássico *Faustin Hélie* quando demonstrou ser a necessidade a causa legitimadora da prisão preventiva, asseverando que “se a necessidade a estabeleceu, deve ela cessar, pontanto, quando a necessidade não esteja mais demonstrada” (*apud* Basileu Garcia, Rio, Forense, *Com. Cód. Proc. Penal*, 1945, 3.º vol.).

Cabe, nesta oportunidade, uma outra advertência. Não se deve confundir revogação de prisão preventiva com liberdade provisória. A primeira restabelece a liberdade plena daquele que fora preso preventivamente. Volta ele à mesma situação e liberdade que se encontrava antes do ato coercitivo. Já a liberdade provisória cria uma nova situação de liberdade restrita, vinculada aos termos do processo. É uma contracautela que se destina a evitar os efeitos maléficos da clausura, não funcionando nunca como substitutivã da prisão preventiva.

Por outro lado, há de ser feita distinção entre a revogação de prisão preventiva e o relaxamento da prisão provisória em geral. Embora ambas restaurem o *status libertatis* pleno do preso, a primeira pressupõe uma prisão preventiva válida, mas que se tornou desnecessária, enquanto o relaxamento tem como causa a nulidade ou ilegalidade da prisão anterior.

Finalmente, é preciso atentar que a prisão preventiva encontra-se inserida em um sistema normativo harmônico, que deve ser compreendido como um todo, evitando-se graves erros encontrados na prática forense. Assim, se alguém está no gozo de liberdade provisória, por ter sido preso em flagrante, descabe decretar a sua custódia preventiva, mas simplesmente revogar tal liberdade, por descumprimento dos deveres processuais impostos nos artigos 310, 327, 328 e 341, todos do Cód. de Proc. Penal.

Ademais, se supervenientemente à prisão preventiva surge novo título para legitimar a clausura do réu, como a decisão de pronúncia, descabe falar-se em revogação daquela primitiva prisão, consoante examinaremos mais adiante, pela importância da questão no sistema em estudo.

6. A natureza cautelar da prisão em flagrante

Difícil era enquadrar tal espécie de prisão provisória dentre as chamadas medidas cautelares penais. Até o ano de 1977, preso o agente em razão de flagrante, deveria necessariamente assim aguardar o julgamento, salvo nos casos em que o código permitia livrar-se solto ou que, através do instituto da fiança, quando cabível, fosse

deferida a sua liberdade provisória. Igual benefício já era também admitido se houvesse prova de que a conduta se encontrava justificada por alguma excludente de ilicitude, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal.

Antes de continuarmos no exame crítico-sistemático da prisão em flagrante, importa voltar a falar sobre a liberdade provisória, que se apresenta como um sucedâneo principalmente desta espécie de prisão.

Em passagem anterior, já afirmamos que a liberdade provisória assume no processo penal pátrio a natureza de medida de precaução, vez que tem como finalidade diminuir a probabilidade de prejuízo ao acusado provisoriamente preso, em caso de improcedência da pretensão punitiva do Estado.

Cuida-se, na verdade, de liberdade restrita, por isso que vinculada ao processo, sujeitando o beneficiário a ônus e deveres que, uma vez descumpridos, autorizam a sua pura e simples revogação, com a conseqüente prisão do inadimplente.

Decorre daí a necessidade de novamente distingui-la da liberdade resultante do relaxamento da prisão em flagrante, em obediência ao preceito imperativo do artigo 153, § 12, da Constituição Federal. Nesta hipótese, não se cuida de liberdade vinculada, mas sim de restauração plena do *status libertatis* natural daquele que se encontra indevidamente preso, por ato ilegal ou que se tornou ilegal por causa superveniente.

Desta maneira, decretada a nulidade do auto de prisão em flagrante ou reconhecida a ilegalidade da prisão por vício posterior, o indiciado ou acusado não fica sujeito a outros ônus ou deveres, senão os resultantes da instauração da própria relação processual de que faz parte como sujeito de direito, nos termos dos artigos 366 e 369 do Código de Processo Penal. Diversamente ocorre nos casos de liberdade vinculada, que deve ser revogada.

Retornando à problemática específica da prisão em flagrante, podemos afirmar que, após a reforma da Lei n.º 6.416/77, passou ela a depender do efetivo *periculum in mora*. Em outras palavras, a sua manutenção ficará condicionada a um criterioso juízo de necessidade, tornando visível a sua condição de verdadeira medida cautelar.

O *fumus boni iuris* decorre da própria situação em que se dá a prisão, demonstrativa da existência do fato típico e de sua autoria, ainda que, em alguns casos, presumida, pois “a flagrância é talvez a mais eloqüente prova da autoria de um crime”, consoante leciona o mestre Tornaghi. Mesmo nas hipóteses dos incisos III e IV do artigo 302 do Código de Processo Penal, as circunstâncias da prisão devem levar à presunção da autoria do crime ou contravenção, daí por que o legislador usou a frase “em situação que faça presumir ser

autor da infração". Nesse sentido, recomenda-se consultar a correta colocação do citado professor Tornaghi, feita no seu ótimo *Curso de Processo Penal*, São Paulo, 1980, 2.º vol., pp. 33/37.

Sob este aspecto ora abordado, também o sistema apresenta aquela parcial coerência apontada em relação à prisão preventiva. Havendo prova de que o agente praticou conduta justificada por uma excludente de ilicitude, desaparece o *fumus boni iuris*. Embora provada a existência do fato e demonstrada a sua autoria, agora já não é mais provável a condenação do réu ou indiciado. Muito pelo contrário, a probabilidade passa a ser de absolvição. Por isso, o artigo 310 *caput* dá direito ao preso de ver sua clausura substituída por liberdade provisória.

Por razões óbvias, já expostas anteriormente, parece que tal benefício deveria ser concedido pelo legislador quando houvesse prova razoável de que ocorre também algum erro quanto aos elementos constitutivos do tipo, excludente do dolo, ou uma causa que exclua a culpabilidade do agente, retirando a reprovabilidade de sua conduta. Também nestes casos, desaparece a fumaça do bom direito. Fica aí mais esta sugestão ao Projeto de Código de Processo Penal.

Problemática era a questão do *periculum in mora* antes da mencionada reforma de 1977. Procurava-se contornar a obrigatoriedade da manutenção da prisão em flagrante até sentença final sob o argumento de que ele era presumido *iuris et de iure*.

Passados trinta e seis anos, o legislador pátrio atendeu aos reclamos da doutrina mais autorizada e às investidas da própria jurisprudência de alguns tribunais estaduais. A aludida Lei n.º 6.416/77 alterou substancialmente a sistemática de tal instituto coercitivo. A própria sensibilidade e consciência jurídica daqueles que lidam com o direito penal reclamavam esta providência, colocando o nosso código, senão em pé de igualdade, ao menos consentâneo com o avanço do ordenamento jurídico dos povos cultos.

Assim, foi acrescentado ao artigo 310 um importante parágrafo com a seguinte redação:

"Igual procedimento será adotado, quando o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva."

Apenas julgamos não ter sido muito feliz o legislador no seu aspecto técnico, pois tornou praticamente ocioso o instituto da fiança, tendo em vista a regra do artigo 324, inciso IV, do Código de Processo Penal. Sempre que couber a liberdade provisória mediante fiança, caberá igual liberdade sem fiança, na forma do artigo 310, parágrafo único.

Atualmente, o campo de incidência da fiança ficou limitado às hipóteses reguladas nos artigos 322, 408, § 3.º, e 594 do Código de Processo Penal.

Ademais, a regra supratranscrita leva o aplicador a um absurdo lógico, em face do que preceitua o artigo 323, inciso I. Casos há em que o Juiz pode soltar sem garantia, mas não pode fazê-lo com garantia (fiança).

Somos, outrossim, de bom alvitre restringir esta liberdade do preso em flagrante aos crimes cuja pena mínima cominada não seja superior a dois anos de reclusão, permitindo-se a fiança quando a pena mínima não seja superior a três anos. Cria-se desta maneira um campo de incidência da fiança, sem liberalizar ao extremo o sistema de liberdade provisória, assumindo-se uma posição responsável de compromisso entre os vários interesses juridicamente tuteláveis em jogo.

De uma forma ou de outra, diante do direito constituído, logo após pronunciamento do Ministério Público, deverá o Juiz verificar se existem os pressupostos elencados no artigo 312 que, como vimos anteriormente, caracterizam o *periculum in mora*. Caso contrário, concederá liberdade provisória ao preso. A existência do *fumus boni iuris* igualmente deverá ser apreciada nesta oportunidade, à luz do que dispõe o *caput* do mencionado artigo 310 do Código de Processo Penal.

Não padece dúvida de que isto importou na consagração legislativa da natureza cautelar da prisão em flagrante. Agora, segundo cremos, a prisão em flagrante somente poderá subsistir se ficar constatada, em decisão fundamentada, a existência dos requisitos do artigo 312, sem o que a sua manutenção será desnecessária e, por conseguinte, arbitrária e ilegal.

Em outras palavras, esta é a lição sempre autorizada da ilustre professora Ada Pellegrini Grinover. Posto que longa, a precisão dos conceitos emitidos justifica a transcrição:

“Prisão cautelar: antes do julgamento, como medida garantidora da marcha normal, perfeita e rápida do processo e permanência do indiciado à disposição da justiça, a prisão tem caráter provisório e preventivo, revestindo-se de todas as características dos provimentos cautelares...”

“É com relação à prisão preventiva em flagrante delito que a Lei n.º 6.416/77 introduz relevantes alterações, atenta à orientação de que só deve haver prisão cautelar quando estritamente necessária. É o princípio da necessidade, ao qual alude Tornaghi, que deve marcar o ponto de equilíbrio entre o direito à liberdade do réu e o interesse social a que a justiça seja feita.”

E, mais adiante, a renomada jurista tece as seguintes considerações sobre a inserção, pela lei de 1977, do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal:

"Mas agora, acrescentado um parágrafo único ao dispositivo, a Lei n.º 6.416/77 amplia a possibilidade de liberdade provisória, para abranger, na mesma sistemática, as hipóteses para as quais a prisão preventiva não é autorizada (arts. 311 e 312 do CPP), com a redação determinada pela Lei n.º 5.349/67. Ou seja, haverá possibilidade de liberdade provisória, também no flagrante, sem necessidade de fiança quando: a) não houver prova da existência do crime (do fato criminoso em sua materialidade) e indícios de autoria; b) não houver necessidade de prisão em flagrante para garantir a ordem pública e a instrução criminal, ou 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 efeito da prisão preventiva e manutenção do flagrante; sob a letra b, configura expressamente aquilo que pode representar o periculum in mora" (A Nova Lei Penal. A Nova Lei Processual Penal, S. Paulo, 1979, Revista dos Tribunais, 2.^a edição, pp. 133/136, em colaboração com o professor Paulo José da Costa Júnior).

Outro não é o entendimento do acatado professor Fernando da Costa Tourinho Filho, conforme se vê de seu livro *Processo Penal*, S. Paulo, 1978, Ed. Jalovi, 3.º vol., p. 350.

De tudo se conclui que também a prisão em flagrante delito poderá, ou melhor, deverá ser submetida a um criterioso juízo de necessidade, diante da regra do art. 312. A qualquer momento, insubsistentes os motivos que autorizariam a decretação da prisão preventiva, o Juiz concederá ao acusado a liberdade provisória vinculada. Parece-nos absolutamente lógico que não se deva manter alguém preso se, caso estivesse solto, não fosse preciso a sua prisão. Em outras palavras, assim deve raciocinar o magistrado: se o acusado estivesse solto, eu não poderia prendê-lo; preso, eu devo soltá-lo.

A prisão preventiva e a decorrente de flagrante são efetivadas *rebus sic stantibus*, consoante se acabou de constatar. Neste particular o art. 409 do projeto de Código de Processo Penal é ainda mais contundente, mormente quando conjugado com o artigo 414.

Diante do que se viu, sustentamos que a nova regra jurídica criou mais que uma simples faculdade para o órgão jurisdicional, vez que passou a ter o acusado o direito subjetivo processual de ver a sua prisão mantida ou não através de decisão fundamentada, malgrado não ser esta a orientação predominante nos tribunais.

Destarte, recebido o auto de prisão em flagrante, deverá o magistrado verificar a existência de nulidade, em obediência ao preceito constitucional do artigo 5.º, § 65. Em seguida, após audiência do Ministério Público, examinará da presença de alguma causa de exclusão da ilicitude para os efeitos do *caput* do artigo 310, passando então a questionar sobre a necessidade, diante do artigo 312, de manter a prisão, concedendo liberdade provisória vinculada se os requisitos da prisão preventiva não estiverem presentes. Uma coisa nos parece clara: em nossa legislação não mais se mantém preso provisoriamente acusado algum sem justificar-se a necessidade de tal medida excepcional, em razão mesmo da natureza cautelar de todas as formas de prisão antecipada.

Surgindo pronúncia ou condenação, modifica-se o regime da prisão em decorrência do flagrante, como veremos a seguir.

7. A natureza cautelar da prisão decorrente de decisão de pronúncia

Até o advento da Lei n.º 5.941/73, salvo nos casos de crimes afiançáveis, o acusado pronunciado era necessariamente obrigado a recolher-se à prisão, aguardando preso o seu julgamento. Tratava-se de prisão obrigatória, pois visava a garantir a presença do réu pronunciado no plenário do Tribunal do Júri.

Neste caso, o requisito do bom direito (*fumus boni iuris*) ficava demonstrado pelo juízo de admissibilidade da pretensão punitiva estatal, através da decisão de pronúncia.

O perigo na demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*), elemento indispensável nas medidas cautelares, era presumido *iuris et de iure*, pois a gravidade do crime que era imputado ao réu, bem como a elevada pena cominada aos crimes dolosos contra a vida justificariam o receio de que o pronunciado viesse a furtar-se à aplicação da lei penal, caso restasse condenado, levando-o a fugir antes mesmo do julgamento pelo Tribunal Popular.

A toda evidência, tratando-se de mera admissibilidade da acusação penal, esta presunção generalizadora era de todo injusta e arbitrária, pois obrigava que acusados perfeitamente já reintegrados na vida societária fossem submetidos à prisão a fim de esperar o julgamento que, muitas das vezes, só se realizava após o decurso de longos anos, mormente nas cidades populosas. Absolvidos afinal pelo Tribunal do Júri, não lhes dava a lei qualquer reparação por tão grave dano, já reconhecido injusto.

Com a entrada em vigor da citada Lei n.º 5.941/73, o artigo 408 do Código de Processo Penal passou a ter um novo parágrafo, outorgando-se ao Juiz a possibilidade de deixar de decretar a prisão do pronunciado e, até mesmo, soltá-lo, desde que primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na decisão de pronúncia.

Como se sabe, a jurisprudência de nossos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, apesar de algumas divergências, vai se encaminhando no sentido de interpretar o referido dispositivo legal não como mera faculdade, mas sim como um verdadeiro direito subjetivo processual do réu pronunciado, desde que preenchidos os requisitos dos bons antecedentes e primariedade. Vamos ver adiante que a questão não é tão simples assim, pois deve ser considerada à luz de todo o sistema de prisão e liberdade do código.

Sobre a interpretação do verbo "poderá", constante desta e de outras normas inseridas no Código de Processo Penal, vale a pena consultar o livro do professor Geraldo Batista de Siqueira, *Processo Penal*, São Paulo, Jalovi, 1980, pp. 37/54, com ampla citação de doutrina e jurisprudência. Veja-se também a brilhante tese de concurso do professor Weber Martins Batista, publicada pela Editora Forense sob o título *Liberdade Provisória*, em 1981, pp. 91/103.

Após a reforma a que acabamos de nos referir, a prisão resultante de pronúncia ganhou maior identidade com as medidas cautelares, pois o passado do réu, sua personalidade e condições de adaptação à vida social, verificados através de um juízo de valor sobre os seus antecedentes, derrubam a presunção anterior que justificava a decretação de sua prisão provisória em qualquer hipótese.

Entretanto, poucos trabalham corretamente com o sistema de prisão adotado pelo Código de Processo Penal vigente. Poucos harmonizam as várias espécies de prisão cautelar, cada uma decorrente de título autônomo. Talvez aqui esteja a questão mais importante de todas que temos enfrentado.

Antes, porém, fazemos uma sugestão. *De lege ferenda*, a pronúncia não deveria produzir qualquer efeito relativamente à situação pessoal do réu no processo. Os institutos da prisão em flagrante e da prisão preventiva já satisfazem perfeitamente, atendendo à necessária proteção social. Vale dizer, se o acusado estivesse preso, a manutenção ou não de sua custódia cautelar deveria ser regulada exclusivamente pelas hipóteses de liberdade provisória ou revogação da prisão preventiva. Se estivesse solto ao ser pronunciado, é porque a sua prisão preventiva ou em flagrante não se teria feito necessária, e solto deveria continuar até que ocorressem os requisitos do art. 312.

Lamentavelmente, o Projeto n.º 1.655/83 não só mantém a pronúncia como título de prisão provisória, como retorna ao regime anterior à Lei de n.º 5.941/73. Vejam-se os artigos 583, § 2.º, 585, parágrafo único, e 408, inc. III. Da mesma forma ocorre no substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados, consoante se depreende de seus artigos 580, § 2.º, 582, parágrafo único, e 405, inc. III ("Diário do Congresso Nacional", suplemento n.º 87, seção I, de 17-08-84).

Não sendo um juízo de condenação, mas mera admissibilidade da acusação, a pronúncia, por si só, não deve levar o réu à prisão. Por outro lado, não deve o réu ser solto pelo simples fato de o Estado admitir a acusação contra si apresentada, como parece autorizar a parte final do § 2.º, do artigo 408 do Código de Processo Penal em vigor.

Enquanto se aguarda modificação legislativa neste sentido, urge interpretar o parágrafo acrescentado pela Lei n.º 5.941/73, de modo a preservar um sistema de prisão provisória lógico e harmônico. É o que procuraremos fazer a seguir, com certa originalidade.

Trabalhando atentamente com o sistema vigente, podemos asseverar que a pronúncia é título autônomo legitimador da prisão do réu. Entretanto, a eficácia coercitiva deste título ficará paralisada se o pronunciado for primário e tiver bons antecedentes.

Esta exata colocação que se apresenta extremamente simples tem efeitos sistemáticos e práticos da maior relevância. Senão vejamos. A primariedade e os bons antecedentes impedem que o réu seja preso por causa exclusiva da decisão de pronúncia; entretanto, não alteram a incidência das outras normas que disciplinam o sistema de prisão e liberdade provisórias.

Para melhor compreensão, pomos um exemplo: se o réu se encontrava preso preventivamente ao ser pronunciado, em sendo primário e de bons antecedentes, sua situação continuará a ser regulada pelo instituto da prisão preventiva e a sua liberdade dependerá da validade desta ou da possibilidade de sua revogação, nos termos do artigo 316 do Código de Processo Penal. Este parece ter sido o sentido dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal publicados na "*Revista Trimestral de Jurisprudência*", vols. 103/586, 103/549 e 106/511.

Vejamos destacadamente outra hipótese. Tendo sido preso em flagrante, o réu primário e de bons antecedentes não terá a disciplina de sua prisão alterada pela pronúncia. Em outras palavras, a manutenção ou não da prisão em flagrante dependerá da sua validade (relaxamento) e da possibilidade legal de ser ela substituída pela liberdade provisória vinculada, nos termos do artigo 310 e seu parágrafo único.

Em conclusão: a primariedade e os bons antecedentes retiram da pronúncia a sua forma coercitiva, vale dizer, deixa ela de ser título autônomo da prisão, não alterando a situação anterior do pronunciado.

Daí se constata, outrossim, que tal situação também se projeta para o futuro. O pronunciado primário e de bons antecedentes não será preso pela simples prolação da sua decisão de pronúncia, mas pode vir a sê-lo se surgir algum motivo que autorize a sua prisão preventiva. A primariedade e os bons antecedentes não impedem a

custódia preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312. Se algum destes requisitos for percebido pelo Juiz ao pronunciar o réu primário e de bons antecedentes, nada impedirá que a prisão preventiva seja decretada no próprio corpo da decisão de pronúncia. Nesta hipótese, o título legitimador da cláusula não será a pronúncia, mas a decretação da prisão preventiva devidamente fundamentada. Isto não tem sido compreendido na prática do foro em geral.

Caso contrário, sendo o pronunciado portador de maus antecedentes, a prisão passa a ter na pronúncia o seu título único, sobrepondo-se à eventual prisão anterior, não se podendo mais falar em liberdade provisória substitutiva da prisão em flagrante ou revogação da primitiva prisão preventiva. Cuidando-se de réu pronunciado de maus antecedentes, não incidem mais os preceitos dos artigos 310, seu parágrafo único, e 316 do Código de Processo Penal.

Colocadas as coisas nos seus devidos lugares, parece agora possível entender sistematicamente a parte final do § 2.º, do art. 408 do Código de Processo Penal. Até então nos parecia ela inteiramente absurda, pois permitia ou mesmo obrigava que o Juiz soltasse o réu no momento mesmo em que o Estado reconhecia como admissível a acusação contra ele apresentada.

Na verdade, já podemos enfrentar a questão por outro ângulo, salvando o sistema de uma imperdoável incoerência. Conforme se depreende pelo que ficou exposto acima, o que ocorre é o seguinte: pronunciado o preso primário e de bons antecedentes, a decisão de pronúncia não obriga, por si só, a manutenção de sua custódia. Se estava preso preventivamente, desaparecidos os motivos que autorizaram esta prisão, deve ela ser revogada. Se estava preso em flagrante, se cabível, poderá ser colocado em liberdade provisória, nos termos do artigo 310 e seu parágrafo único.

Assim, a parte final do § 2.º do artigo 408 não cria uma nova espécie de liberdade. Tendo a primariedade e os bons antecedentes retirado a eficácia coercitiva da pronúncia, poderá o réu voltar a gozar de liberdade plena, se for revogada sua anterior prisão preventiva ou ficará em liberdade vinculada, caso a sua prisão em flagrante possa ser substituída pela liberdade provisória.

Entretanto, se o réu de maus antecedentes for pronunciado por um crime afiançável, a decisão de pronúncia produzirá seus efeitos coercitivos, mas a prisão poderá ser substituída pela liberdade provisória garantida pela prestação de fiança. Agora, já estamos cuidando da hipótese rara, regulada pelo § 3.º, do citado artigo 408 do Código de Processo Penal.

Pelo exposto, pode-se afirmar que antes da Lei n.º 5.941/73 a pronúncia exigia uma prisão que se sobrepunha ao sistema de prisão e liberdade anterior do réu. Agora, tal somente ocorre se o pronunciado não for primário e de bons antecedentes.

À luz deste sistema, talvez se possa melhor entender o verbo "poderá", constante da norma do comentado § 2.º do artigo 408. Sendo primário e de bons antecedentes o réu pronunciado, o Juiz "poderá" prendê-lo ou soltá-lo, segundo a disciplina da prisão e liberdade provisória do Código de Processo Penal. O legislador não obrigou a prisão ou a soltura, nesta hipótese, porque uma e outra dependerão do exame de seus respectivos requisitos. Em outras palavras, em razão simplesmente da pronúncia, não se soltará ou prenderá o réu primário e de bons antecedentes.

8. Conclusões.

Passamos agora a explicitar as conclusões que podem ser retiradas de tudo o que foi exposto neste trabalho. Na verdade, tais conclusões são um resumo do texto *supra*. A forma articulada facilita a sua exata compreensão.

a) A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível não tem natureza cautelar, tratando-se de execução penal provisória, submetida, assim, ao regime jurídico da Lei de Execução Penal;

b) a natureza da prisão e liberdade provisória no Código de Processo Penal tem que ser estudada à luz das categorias cunhadas pela teoria geral do processo;

c) embora não tenhamos, no sistema processual pátrio, um processo penal cautelar autônomo, não resta dúvida existir, ainda que incidentalmente ao processo de conhecimento, formas de tutela cautelar, seja em acolhimento à pretensão das partes, seja prestada de ofício pelo Juiz;

d) três são as espécies de prisão provisória: em flagrante, preventiva e em decorrência de pronúncia;

e) pelo sistema do Código de Processo Penal vigente, às três espécies de prisão provisória têm a natureza de medida cautelar, devendo ser compreendidas através dos princípios e características desta forma de tutela jurisdicional;

f) por coerência sistemática, *de lege ferenda*, tendo em vista o dispositivo do artigo 314 do Código de Processo Penal, não deveria ser também permitida a decretação de prisão preventiva quando comprovada ou verificada a ausência de quaisquer outros elementos constitutivos do crime, à mingua do necessário *fumus boni iuris*. Assim deve dispor o projeto de CPP;

g) por ausência do *fumus boni iuris*, descabe a prisão preventiva em grau de recurso, quando o réu tenha sido absolvido em primeira instância;

h) não se pode confundir revogação de prisão preventiva com liberdade provisória, que é vinculada aos termos do processo;

i) também não se pode confundir revogação de prisão preventiva com relaxamento de prisão, que pressupõe a nulidade ou ilegalidade posterior do ato coercitivo;

j) é patente a diferença entre prisão preventiva e revogação de liberdade provisória, por descumprimento dos deveres processuais a que fica vinculado o liberado;

l) o regime decorrente da prisão preventiva é automaticamente substituído se, supervenientemente, surge novo título legitimador da prisão do imputado;

m) a prisão em flagrante, como medida cautelar, somente deve ser mantida quando presente o *fumus boni iuris*, o qual desaparece em razão de prova de ausência de qualquer dos elementos constitutivos do crime;

n) da mesma forma, a prisão em flagrante delito só deve persistir quando presente o *periculum in mora*, caracterizado pelos motivos que autorizariam a prisão preventiva, se solto estivesse o indiciado ou acusado. Assim deve regular o projeto a matéria constante destas duas últimas conclusões;

o) o artigo 310 e seu parágrafo único deveriam merecer nova redação, aprimorando o sistema e compatibilizando esta liberdade provisória com o instituto da fiança, que tem assento constitucional;

p) não se deve confundir relaxamento de prisão em flagrante com liberdade provisória. Os dois institutos se diferenciam nas causas e nos efeitos. O relaxamento pressupõe a ilegalidade da prisão, restaurando a liberdade plena do preso. A liberdade provisória é um sucedâneo da prisão em flagrante válida e cria uma liberdade restrita, por isto que vinculada aos deveres processuais expressos no código;

q) assim como a prisão preventiva deve ser motivada, a manutenção da prisão em flagrante também deve sê-lo, vez que depende daqueles mesmos motivos que autorizam a custódia preventiva;

r) o regime decorrente da prisão em flagrante é automaticamente substituído pelo surgimento de título autônomo, superveniente, legitimador da prisão do imputado;

s) a decisão de pronúncia, *de lege ferenda*, não deve ser título para a prisão do réu, a qual deve ser disciplinada exclusivamente pelos institutos da prisão em flagrante e preventiva. Neste sentido deve ser modificado o Projeto de Código de Processo Penal em tramitação no Senado Federal;

t) a decisão de pronúncia, no sistema vigente do Código de Processo Penal, é título autônomo de uma nova espécie de prisão. Entretanto, a eficácia coercitiva deste título ficará paralisada se o pronunciado for primário e de bons antecedentes;

u) paralisada a eficácia coercitiva da pronúncia pela primariedade e bons antecedentes do réu, permanece inalterada a sua situação anterior relativamente ao seu regime de prisão e liberdade provisória;

v) da mesma forma, o pronunciado primário e de bons antecedentes poderá ter sua prisão preventiva decretada, desde que estejam presentes os requisitos desta forma de custódia cautelar;

x) sendo portador de maus antecedentes, a decisão de pronúncia passa a ser o título único e exclusivo de sua prisão, não mais cabendo qualquer espécie de liberdade provisória em relação a flagrante anterior ou revogação de primitiva prisão preventiva;

z) em razão deste sistema, a parte final do § 2.º do artigo 408 do Código de Processo Penal, não cria uma nova espécie de liberdade, mas permite que o pronunciado primário e de bons antecedentes possa ter a sua prisão preventiva revogada, se for o caso, ou ter a sua prisão em flagrante substituída por liberdade provisória vinculada que se apresente cabível na espécie, vez que a decisão de pronúncia, nesta hipótese, não goza de qualquer eficácia coercitiva.

Anexo do trabalho "*Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de Processo Penal*"

Proposta concreta

PROJETO DE LEI N.º /85

Dá nova redação a dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 03-10-41, que instituiu o Código de Processo Penal em vigor

Art. 1.º — O artigo 310 do Código de Processo Penal passa a ter a seguinte redação:

"Art. 310 — Quando o Juiz verificar que o agente praticou o fato típico, justificado por uma excludente de ilicitude ou culpabilidade, deverá, após o interrogatório e depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, sujeitando-o aos deveres processuais constantes dos artigos 327, 328 e 341 deste código, sob pena de revogação."

"Parágrafo único — Igual procedimento será adotado quando o Juiz verificar, após o interrogatório, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 312), desde que a pena mínima cominada à infração não seja superior a dois anos de reclusão."

Justificação: I) A nova redação ao *caput* do artigo 310 destina-se a corrigir a referência a artigo da parte geral do Código Penal modificada, ampliando o direito à liberdade provisória quando ausente qualquer dos elementos constitutivos da infração penal. Pela nova redação, porém, esta liberdade vinculada somente pode ser concedida após o interrogatório do réu. Isto, além de agilizar o processo, pela redução dos prazos e facilidade da citação, evita a soltura imediatamente após a prisão em flagrante, antes mesmo da denúncia, o que cria reflexo negativo na população, desacreditando a persecução penal do Estado.

Por outro lado, a nova redação vincula a liberdade provisória ao cumprimento de todos os deveres processuais existentes para o afofado, não bastando o simples comparecimento aos atos do processo. Aliás, aqueles outros deveres são formas de evitar a burla a este último.

II) Além das inovações acima esclarecidas, que também se aplicam ao parágrafo único do artigo 310, a nova proposta desta segunda regra restringe esta liberdade provisória aos crimes cuja pena mínima, abstratamente cominada na lei, não seja superior a dois anos de reclusão.

Basta correr os olhos pela parte especial do Código Penal e demais leis extravagantes para constatar que somente infrações de substancial gravidade ficam fora do benefício (roubo, extorsão mediante seqüestro, estupro, homicídio, etc.). Nestes casos, pela duração da pena privativa de liberdade, é razoável presumir o *periculum in mora* do processo de conhecimento, sendo recomendável a manutenção da prisão em flagrante, como forma de assegurar a aplicação da lei penal.

Note-se, entretanto, que o autor destas condutas típicas ainda poderá ficar em liberdade provisória, caso ocorra uma das hipóteses do *caput* do artigo.

Finalmente, importa salientar que, neste particular, o projeto dá ao sistema processual a indispensável lógica jurídica, ajustando a regra alterada ao disposto no artigo 323, inciso I, do Código de Processo Penal.

Em verdade, atualmente, o parágrafo único do artigo 310 leva o sistema de liberdade provisória a um verdadeiro absurdo: o Juiz não pode soltar com garantia (fiança), mas pode fazê-lo sem garantia (*sic*).

Além do mais, a posição apresentada pelo projeto é de compromisso: nem tanto ao céu, nem tanto à terra. . .

Art. 2.º — Os artigos 314 e 315 do Código de Processo Penal passam a ter a seguinte redação:

“Art. 314 — A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o Juiz verificar pelas provas constantes dos autos, ter o agente praticado o fato típico justificado por uma excludente de ilicitude ou culpabilidade.”

Justificação: A redação primitiva somente veda a prisão preventiva nas hipóteses de excludente da antijuridicidade. Não vemos motivo razoável para não estender a proibição da decretação da prisão preventiva aos casos em que se encontrar cabalmente provada uma excludente de culpa, exigindo-se, na nova redação, que o fato seja típico (objetiva e subjetivamente). Em todas estas hipóteses, desaparece o necessário *fumus boni iuris*, não mais se justificando a medida cautelar excepcional.

“Art. 315 — A decisão que decretar, revogar e denegar a prisão preventiva será sempre fundamentada.”

Justificação: A nova redação proposta torna obrigatória a fundamentação da decisão que revoga a prisão preventiva. É mais técnica ao substituir a expressão “despacho”, absolutamente inadequada à espécie.

Art. 3.º — O inciso I do artigo 323 do Código de Processo Penal passa a ter a seguinte redação:

“I — nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima for superior a três anos de reclusão.”

Justificação: A nova redação fornecida pelo projeto aumenta para três anos a pena mínima cominada ao crime praticado, tendo em vista a nova redação dada ao parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal. Assim, com pena de até dois anos o réu pode se beneficiar com a liberdade provisória sem a prestação de fiança; de dois a três anos de reclusão, a sua liberdade dependerá da prestação de fiança, cujos valores o projeto atualiza a seguir.

Art. 4.º — O artigo 325 do Código de Processo Penal passa a ter a seguinte redação:

“Art. 325 — O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder, nos limites seguintes: de meio até três salários mínimos, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com a pena privativa de liberdade até um ano; de três até nove salários mínimos, quando o máximo da pena não for além de dois anos; de dez até vinte salários, quando o máximo da pena não for além de quatro anos; de vinte e um até cem salários mínimos, quando o máximo da pena for superior a quatro anos.”

“Parágrafo único — Se assim recomendar a situação econômica do réu ou indiciado, a fiança poderá ser: (*)

- I — reduzida até o máximo de sua metade;
- II — aumentada, pelo Juiz, até vinte vezes.”

Justificação: Com esta redação, dá-se ao instituto da fiança a credibilidade que merece, criando escala móvel de atualização de seus valores, hoje, absolutamente corroídos pela inflação.

O valor da fiança há de ser de molde a garantir a presença do autor da infração penal a todos os termos do inquérito e processo, bem como assegurar o cumprimento do julgado, ou seja, há de ser um eficaz contra-estímulo ao natural desejo de fuga do réu afortunado. Da mesma forma, há de garantir o pagamento da indenização do dano causado pelo crime e da pena de multa, se condenado, nos termos do artigo 336 do Código de Processo Penal. Note-se que a pena de multa, pela reforma da parte geral do Código Penal, pode chegar a valores vultosos.

O réu pobre será favorecido com o disposto no artigo 350 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se, por derradeiro, que a fiança tem lugar também nos casos previstos pelos artigos 408, § 3.º, e 594.

Art. 5.º — Os parágrafos primeiro e segundo do artigo 408 do Código de Processo Penal passam a ter a seguinte redação:

“§ 1.º — Na decisão de pronúncia, o Juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu.”

“§ 2.º — A pronúncia não interfere no sistema de prisão ou liberdade provisória a que esteja submetido o réu.”

(*) Recente lei já adotou a escala móvel sugerida.

Justificação: I) Altere-se o § 1.º do artigo 408, a fim de que o réu não tenha o seu nome lançado no rol dos culpados antes da condenação, conforme preconiza a melhor doutrina. Também se exclui a necessidade de expedição de ordem de prisão contra o pronunciado, tendo em vista a redação do § 2.º.

II) A segunda modificação apura tecnicamente o sistema de prisão e liberdade provisória do Código de Processo Penal. A pronúncia não deve produzir qualquer efeito em relação à situação pessoal do réu no processo. Vale dizer, se preso estiver, a manutenção desta prisão deve ser regulada pelas hipóteses de liberdade provisória ou revogação da prisão preventiva. Se estiver solto o pronunciado, é porque a sua prisão preventiva não se fez necessária, e solto deve continuar.

Não sendo um juízo de condenação, mas de mera admissibilidade da acusação, a pronúncia, por si só, não deve levar o réu à prisão. Entretanto, não deve o réu ser solto pelo simples fato de o Estado admitir a acusação contra ele apresentada. É intuitivo.

Art. 6.º — O inciso V do artigo 581 do Código de Processo Penal passa a ter a seguinte redação:

“Inciso V — que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar prisão em flagrante.” (*)

Justificação: Além de permitir expressamente recurso da decisão que revoga prisão preventiva, esta emenda torna claro também ser recorrível a decisão que conceder liberdade provisória sem fiança. A redação primitiva parece confundir liberdade vinculada com relaxamento de prisão. Tal distinção, nada obstante, é percebida nas suas causas e efeitos. Enquanto a liberdade provisória pressupõe uma prisão em flagrante válida, o relaxamento depende exatamente da nulidade desta peça coercitiva. Por outro lado, a liberdade provisória é vinculada a deveres processuais específicos sob pena de revogação, enquanto o relaxamento leva a uma liberdade plena.

Art. 7.º — O artigo 594 do Código de Processo Penal passa a ter a seguinte redação:

(*) Recente lei incorporou ao Código de Processo Penal, literalmente, esta nossa sugestão.

“Art. 594 — A apelação da defesa não terá efeito suspensivo quando a pena impugnada for superior a quatro anos de reclusão ou detenção. Nesta hipótese, independentemente do processamento do recurso, inicia-se a execução da sentença em caráter provisório, por meio de carta de sentença.”

“Parágrafo único — Da mesma forma, não terá efeito suspensivo a apelação do condenado a pena de reclusão inferior, quando reincidente em crime doloso apenado com reclusão.”

Justificação: A alteração da redação do artigo 594 acima proposta está vinculada às idéias desenvolvidas no trabalho seguinte, intitulado *A prisão em decorrência de sentença condenatória recorrida*. Desta forma, a este estudo nos reportamos nesta oportunidade.

Art. 8.º — O parágrafo único do artigo 609 do Código de Processo Penal passa a ter a seguinte redação:

“Parágrafo único — Quando não for unânime a decisão de segunda instância, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação do acórdão ou intimação pessoal do órgão do Ministério Público, na forma do artigo 613, sem efeito suspensivo. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.”

Justificação: A nova redação acaba com a controvérsia reinante sobre a existência de efeito suspensivo tratando-se de embargos infringentes e de nulidade. Condenado no segundo grau de jurisdição, não há por que negar executoriedade ao acórdão, mantendo solto o réu. Absolvido, deverá ser imediatamente solto, independentemente dos eventuais embargos do Ministério Público. Ademais, dá-se legitimidade recursal ao Ministério Público em face do princípio da igualdade das partes.

Art. 9.º — Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, ressalvados os direitos subjetivos processuais já adquiridos, revogadas as disposições em contrário.

Obs.: As justificações poderão ser aproveitadas como parte da exposição de motivos. Vieram elas acompanhando cada um dos dispositivos alterados para melhor compreensão das propostas oferecidas.

Bibliografia

- 1) Alcalá-Zamora, Niceto e Hevene Hijo, Ricardo. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, 1945, 2.º vol.
- 2) ———, *Teoría general e historia del proceso*, México, Universidad Nacional de México, 1974, 2.º vol.
- 3) Almeida Júnior, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, Rio, Freitas Bastos, 1959, 4.ª ed., 1.º vol.
- 4) Barros, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1969, 1.º vol.
- 5) Batista, Weber Martins. *Liberdade provisória*. Rio, Forense, 1981.
- 6) Calamandrei, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936.
- 7) Carnelutti, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires, EJE, 1971, trad. Sentís Melendo.
- 8) Chiavario, Mario. *Processo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 1981.
- 9) Chichizola, Mario. *La excarcelación*. Buenos Aires, La Ley, 1965.
- 10) Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1976, 3.ª reimpressão da 3.ª ed.
- 11) Dominguez, Manuel Serra e Méndes, Francisco Ramos. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Ed. M. Pareja, 1974.
- 12) Echandia, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984.
- 13) Garcia, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio, Forense, 1945, 3.º vol.
- 14) Grinover, Ada Pellegrini e Costa Júnior, Paulo José da. *A nova lei penal e a nova lei processual penal*, Rev. dos Tribunais, 1977.
- 15) ———, e Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Dinamarco, Cândido. *Teoria geral do processo*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1973.
- 16) Leone, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, EJE, 1963, trad. Sentís Melendo.
- 17) Lopes da Costa, Alfredo Araújo. *Medidas preventivas*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1966, 3.ª ed.
- 18) Liebman, Enrico Tullio. *Processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1968.
- 19) Marques, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, Rio, Forense, 1965, 1.º e 4.º vols.
- 20) ———, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio, Forense, 1973, 2.º vol.
- 21) Moreira, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil, Liber Iuris*, 1974, Rio.

- 22) ———, *O novo processo civil brasileiro*, Rio, Forense, 1973, 2.º vol.
- 23) Malcher, José Lisboa da Gama. *Manual de processo penal brasileiro*, Rio, Freitas Bastos, 1980, 1.º vcl.
- 24) Noronha, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, São Paulo, Saraiva, 1966, 2.ª ed.
- 25) Oderico, Mário. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1973, 2.ª ed.
- 26) Olmedo, Jorge Clariá. *Derecho procesal*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- 27) Oñu, Alejandro Abal. *Medidas cautelares sobre la libertad del imputado*, Montevideo, Ed. Amalio Fernandez, 1977.
- 28) Pietro-Castro, Leonardo. *Derecho procesal penal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1976.
- 29) Sanchez, Sidney. *Poder cautelar geral do juiz*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1978.
- 30) Silva, Ovídio Baptista. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Rio, Forense, 1974.
- 31) Siqueira, Geraldo Batista. *Processo penal*, São Paulo, Jalovi, 1980.
- 32) Theodoro Júnior, Humberto. *Processo cautelar*. Ed. Univ. de Direito, São Paulo, 1976.
- 33) Tornaghi, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1978, 2.ª ed., 3.º vol.
- 34) ———, *Manual de processo penal, prisão e liberdade*, Rio, Freitas Bastos, 1963.
- 35) Tornaghi, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, 2.º vol.
- 36) Tucci, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1980.
- 37) Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo penal*, São Paulo, Jalovi, 1978, 3.ª ed., 3.º vol.
- 38) Véscovi, Enrique. *Teoria general del proceso*. Colômbia, Ed. Temis, 1984.
- 39) Villar, Willard de Castro. *Medidas cautelares*, São Paulo, Rev. dos Tribs., 1971.
- 40) Zavaleta, Arturo. *La prisión preventiva y la libertad provisoria*. Buenos Aires, Ed. Aravú, 1954.

Nota: Este trabalho, anteriormente publicado na "Revista de Direito" de nº 22, foi revisado e atualizado pelo Autor de acordo com a Constituição Federal de 1988.