

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONCESSÃO DA LIBERDADE
PROVISÓRIA NO INQUÉRITO POLICIAL**

Matheus Videira da Silva

Presidente Prudente/SP

2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONCESSÃO DA LIBERDADE
PROVISÓRIA NO INQUÉRITO POLICIAL**

Matheus Videira da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP

2008

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO INQUÉRITO POLICIAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Antenor Ferreira Pavarina
Orientador

1º Examinador

2º Examinador

Presidente Prudente, 05 de março de 2008

“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à
justiça por toda parte”
(Martin Luther King Jr.)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida.

Aos meus pais e à minha família, sem a qual nada seria possível.

Ao meu orientador, Prof. Antenor Ferreira Pavarina, que mesmo atribulado entre suas funções de delegado e professor sempre esteve pronto a conversar.

Ao Dr. Nilton Carlos de Almeida Coutinho, excelente profissional do Direito e grande ser humano, que aceitou prontamente compor a banca examinadora deste trabalho.

Aos colegas de curso e do estágio na Defensoria Pública do Estado, e a todos que de algum modo contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho procura demonstrar a importância da liberdade provisória dentro do inquérito policial. Tem como principal objetivo verificar a atual participação da autoridade policial, que preside o procedimento administrativo, na concessão da referida liberdade. Para tanto, utilizou-se como base principal de estudo, o Código de Processo Penal brasileiro, com as alterações que modificaram sensivelmente o sistema de liberdade provisória, primitivamente instituído no citado diploma legal. Outrossim, analisou-se a lei que instituiu o Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/95) e regulamentou as chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo, tal disciplina diminuiu o campo de atuação da autoridade policial na concessão da liberdade provisória. Será feita, ao final, uma correlação entre a liberdade provisória e o inquérito policial, para verificar o papel atual da autoridade policial na concessão do benefício.

Palavras-chave: Liberdade provisória. Inquérito policial. Prisões processuais. Autoridade policial.

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate the importance of freedom inside the provisional police investigation. Its main objective to verify the actual participation of the police, who chairs the administrative procedure in the granting of that freedom. Thus, it was used as a major base for study, the Code of Criminal Procedure Brazil, with the amendments that substantially changed the system of provisional liberty, originally established in the said law. Also, looked up the law which established the Special Criminal Court (Law No. 9.099/95) and regulates the calls of minor criminal offenses offensive potential, such discipline reduced the field of action of the police authority in granting provisional liberty. It will be made at the end, a correlation between freedom and provisional police investigation to verify the current role of the police in the granting of the benefit.

Keywords: Provisional freedom. Inquiry of the police. Prison procedures. Authority of the police.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART. – Artigo

ARTs. – Artigos

BTN – Bônus do Tesouro Nacional

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

HC – *Habeas Corpus*

JECRIM – Juizado Especial Criminal

MP – Medida Provisória

M.P. – Ministério Público

P. – Página

SMR – Salários Mínimos de Referência

TC – Termo Circunstanciado

TR – Taxa Referencial

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 INQUÉRITO POLICIAL.....	13
2.1 Evolução Histórica do Inquérito Policial.....	13
2.1.1 Processo penal na antigüidade.....	14
2.1.2 Origem histórica na inquisição.....	16
2.1.3 Sistemas processuais.....	17
2.1.3.1 Processo penal acusatório.....	17
2.1.3.2 Processo penal inquisitório.....	18
2.1.3.3 Processo penal misto.....	19
2.2 Sistema Adotado no Brasil.....	19
2.3 Procedimento Investigatório no Direito Comparado.....	20
2.3.1 França.....	20
2.3.2 Itália.....	21
2.3.3 Argentina (Código Nacional).....	21
2.3.4 Argentina (Código Provincial de Tucumã).....	22
2.3.5 Inglaterra.....	23
2.4 Natureza Jurídica do Inquérito Policial.....	23
2.5 Princípios Informadores do Inquérito Policial.....	25
2.5.1 Princípio da legalidade.....	25
2.5.2 Princípio da indisponibilidade do inquérito policial.....	26
2.5.3 Princípio da oficialidade.....	26
2.5.4 Princípio do impulso oficial.....	27
2.5.5 Princípio da verdade real.....	27
3 PRISÕES PROCESSUAIS.....	28
3.1 Prisão em Flagrante.....	28
3.2 Prisão Temporária.....	30
3.3 Prisão Preventiva.....	31
4 LIBERDADE PROVISÓRIA.....	33
4.1 Evolução Histórica da Liberdade Provisória no Brasil.....	34
4.2 Natureza Jurídica da Liberdade Provisória.....	35
4.3 Espécies de Liberdade Provisória.....	36
4.3.1 Liberdade provisória sem fiança.....	37
4.3.1.1 Liberdade provisória vinculada.....	37
4.3.1.2 Liberdade provisória obrigatória e sem vinculação.....	40
4.3.2 Liberdade provisória mediante fiança.....	41
4.3.2.1 Conceito.....	42
4.3.2.2 Objeto.....	43
4.3.2.3 Valor da fiança.....	43
4.3.2.4 Reforço da fiança.....	45
4.3.2.5 Legitimidade para prestar e conceder a fiança.....	45
4.3.2.6 Obrigações do afiançado.....	46

4.3.2.7 Quebra da fiança.....	46
4.3.2.8 Cassação da fiança.....	47
4.3.3 Comentários à Liberdade Provisória Vedada.....	48
5 DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO INQUÉRITO POLICIAL.....	50
5.1 Concessão da Liberdade Provisória em Face da Lei 9.099/95.....	50
5.2 Papel da Autoridade Policial na Concessão de Liberdade Provisória.....	55
6 CONCLUSÃO.....	58
BIBLIOGRAFIA.....	61

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia objetivou o estudo da liberdade provisória dentro do inquérito policial, procedimento administrativo que presta inegável contribuição ao processo penal, bem como a atuação hodierna da autoridade policial na concessão da referida liberdade.

Este tema justifica-se a partir da análise da Constituição Federal brasileira vigente que trouxe vários princípios protetores da liberdade individual, acobertando no ordenamento jurídico pátrio a regra de que “ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), ou ainda que “ninguém será considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado” (art. 5º, LVII).

Sem descuidar destes, e de outros princípios garantidores da liberdade, é certo que a própria Constituição estabelece que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI). Aqui, o constituinte abriu uma exceção à regra contida no citado artigo 5º, inciso LIV, possibilitando a prisão de alguém, provisoriamente, sem que haja, nem mesmo, Ação Penal.

Nesse passo, o legislador ordinário tratou dessa exceção no Título IX do Código de Processo Penal intitulado “DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”. É nesse capítulo que estão as chamadas prisões processuais ou prisões provisórias.

Como conseqüência da dialética – prisão provisória/direito à liberdade – nasce o instituto da liberdade provisória, tratada pelo legislador processual no mesmo título das prisões processuais.

Com a edição do atual Código de Processo Penal em 1941, que começou a vigorar em 1942, a liberdade provisória era tratada de forma simples, porém com o advento de leis que modificaram o diploma legal em comento, e, também, com o surgimento da Lei nº 9.099 de 1995, o instituto da liberdade provisória sofreu muitas modificações.

É de se perguntar: a Lei 9.099/95, que instituiu o Jecrim e regulamentou as infrações penais de menor potencial ofensivo, alterou o papel da

autoridade policial no que tange à liberdade provisória? Quais são as hipóteses em que a autoridade policial pode conceder liberdade provisória no Inquérito Policial?

Para a realização deste trabalho foi utilizado o método dedutivo, partindo da origem do procedimento inquisitivo e da liberdade provisória para a atual regulamentação dos institutos. Pretendeu-se, ao longo do desenvolvimento desta monografia, amear dados estatísticos que demonstrassem a diminuição da atuação da autoridade policial no que tange à concessão de liberdade provisória, no entanto não foi possível por não serem encontrados dados seguros e específicos para a demonstração desejada.

Foram abordados, nesta monografia, o inquérito policial, desde sua origem histórica, sempre correlacionado ao processo penal, o sistema processual adotado no Brasil, a natureza jurídica do inquérito; as prisões processuais cabíveis na fase pré-processual; a liberdade provisória, verificando a sua origem histórica no direito pátrio, sua natureza jurídica e aplicação, chegando, finalmente, à discussão da liberdade provisória dentro do inquérito policial, analisando o impacto da Lei nº 9.099/95 sobre o sistema da liberdade provisória e o papel exercido pela autoridade policial na concessão da referida liberdade.

2 INQUÉRITO POLICIAL

Levando-se em consideração que o crime fere, não só à vítima e seus familiares, mas sim toda a sociedade, é natural que esta tenha um instrumento para a investigação dessas infrações, com o objetivo de aferir a materialidade do delito e sua autoria, para que, posteriormente, através de uma Ação Penal, o criminoso seja condenado, de forma que se restabeleça a ordem jurídica.

No Brasil, é bem verdade, o inquérito policial não é a única forma de se investigar os delitos e coligir indícios que possam dar suporte à futura ação penal, mas não é menos verdade que a imensa maioria das ações penais encontram lastro no procedimento conduzido pela autoridade policial, levado a efeito pela polícia judiciária.

A polícia judiciária, e sua finalidade, foram lembradas pelo legislador constitucional no Título V, Capítulo III – DA SEGURANÇA PÚBLICA, mais precisamente no artigo 144, § 4º: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Essa missão da polícia judiciária foi colocada também no estatuto processual penal, no Livro I, Título II – DO INQUÉRITO POLICIAL, art. 4º: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”

O estudo do inquérito policial, para o sucesso deste trabalho, impõe-se como obrigatório, para que se tenha uma visão ampla desse procedimento, e mais a frente, de qual é o papel da autoridade policial na concessão de liberdade provisória.

Nesse capítulo veremos a evolução histórica do inquérito policial correlato ao processo penal, qual o sistema processual adotado pelo Brasil, o procedimento investigatório no direito comparado, a natureza jurídica do inquérito e seus princípios informadores.

2.1 Evolução Histórica do Inquérito Policial

Adiante faremos uma breve exposição da evolução histórica do inquérito policial, ou de um modo genérico, do procedimento investigatório, de forma atrelada ao processo penal, passando por Grécia e Roma antigas, chegando à Santa Inquisição que muito contribuiu para a existência do inquérito.

2.1.1 Processo penal na antigüidade

Mesmo não sendo objeto de estudo do presente trabalho, é mister analisar o processo penal em sua origem, pois, a que serve o inquérito policial, senão como forma de trazer ao *dominus litis* embasamento mínimo, provando a materialidade do delito e indícios da autoria do fato, para a proposição da cabível Ação Penal. É imprescindível estudarmos o procedimento administrativo no conjunto do processo penal.

Processo Penal entre os gregos

Os gregos diferenciavam, já naquela época, os crimes privados dos crimes públicos. Os primeiros tinham sua persecução deixada a cargo do ofendido. Já os crimes públicos eram processados diretamente pelos cidadãos. Em Atenas os cidadãos eram responsáveis tanto pela acusação do transgressor, quanto por exercer a jurisdição.

Alguns crimes mais graves, que atentavam contra o próprio Estado, eram denunciados à Assembléia do Povo ou ao Senado, pelos Tesmotetas, após isso a Assembléia ou Senado indicava o cidadão que fazia a acusação.

O Arconte era o encarregado de verificar a seriedade das acusações e determinar o tribunal competente que fazia o julgamento, assim preleciona Fernando Tourinho (2007, p. 79): “Apresentada a acusação, as provas e prestado o juramento, o Arconte procedia à prelibação da seriedade da acusação e designava o Tribunal competente, convocando as pessoas que deveriam constituí-lo.”, nesse sentido, também esclarece, o professor Mirabete (2006, p. 14): “[...] após a denúncia perante

a Assembléia ou Senado, era indicado o acusador, e o Arconte designava e compunha o tribunal popular para o julgamento.”

Vigorava a oralidade e publicidade dos atos durante todo o processo. O juiz tinha uma postura totalmente passiva, isso servia como forma de garantir a imparcialidade do julgador, ante uma “luta leal” entre as partes. Essa inércia dos julgadores ficava evidente também no momento em que decidiam, não havia deliberação entre os vários juízes, essa decisão era sempre tomada por maioria de votos e no caso de empate o réu era absolvido.

Processo Penal entre os romanos

Em Roma também se diferenciava os *delicta publica* dos *delicta privata*, em razão disso havia o processo penal público e o processo penal privado. Com o passar do tempo o processo penal privado foi quase que totalmente abandonado.

Numa primeira fase, em Roma, o juiz procedia à *inquisitio* de ofício, bastava simplesmente que houvesse a *notitia criminis*. Após esse procedimento investigatório o magistrado estava apto a impor a pena ao acusado. Como não é difícil de se imaginar este tipo de procedimento fez com que os abusos dos magistrados fossem cada vez maiores.

Surge então a *provocatio ad populum*, concedida pela *Lex Valeria de Provocatione*, como uma forma de moderar o arbítrio dos julgadores da época. Por este instituto, o condenado tinha a possibilidade de recorrer, para um tribunal popular, da decisão que o condenou. Interessante observar que nesse tribunal, o juiz que havia condenado, tinha que fazer verdadeira defesa de sua sentença, ficando quase que na posição de réu, malgrado ser, ele, o presidente de tal tribunal.

No último século do Império Romano, surge a *acusatio*, nesse novo procedimento qualquer pessoa poderia acusar, exceto as mulheres, as crianças, os juízes, e as pessoas que, por seus antecedentes, não garantiam sua honorabilidade.

Pela *acusatio* o processo se iniciava com a *postulatio*, feita pelo acusador ao *quaesitor*. Este decidia se o fato denunciado constituía crime e se não havia nenhum óbice à demanda.

Segundo ensina Fernando Tourinho (2007, p. 81):

Iniciava-se o processo com a *postulatio* dirigida pelo acusador ao *quaesitor* – quem decidia se o fato alegado constituía crime e se não havia nenhum obstáculo para que a demanda fosse admitida. Aceita a *postulatio*, dava-se a *inscriptio*, isto é, inscrevia-se a *postulatio* no registro do Tribunal, e, ao mesmo tempo, nascia para ele o direito de proceder às necessárias investigações para demonstrar em juízo a acusação. Devia, pois, o acusador acompanhar a causa desde a *postulatio* até a decisão final – *'perseveraturum se incrimine usque ad sententiam'*. Punia-se a tergiversação com multa, ficando ainda o tergiversador proibido de proceder a outras acusações. Se na acusação apresentasse fatos falsos, incorreria no crime de calúnia e seria punido.

Após o período da *acusatio* se introduziu em Roma a *cognitio extra ordinem*. Com esse novo procedimento, introduziu-se também o oferecimento de recompensas aos delatores. Estes se tornaram aves de rapina, verdadeiros caçadores de recompensas, que não estavam muito preocupados com a certeza das acusações que faziam. Nesta época se instalou a tortura como forma de extrair a “verdade” dos réus e até mesmo das testemunhas.

2.1.2 Origem histórica na inquisição

Verifica-se, na Santa Inquisição, a origem do sistema processual inquisitivo. Este sistema eclodiu no ano de 1.200, com uma certa autonomia em relação ao episcopado católico. Posteriormente, esse sistema foi adotado por toda a Europa Ocidental na Idade Média.

Antes do século XIII, haviam comissões, chamadas *sínodos*, que constituíam uma espécie de tribunais eclesiásticos, circunscritos aos distritos de cada diocese, e dependentes dos bispos. Estes tribunais, bem como os próprios bispos, eram encarregados de vigiar a pureza da doutrina religiosa pregada pela igreja católica. Os alvos desses tribunais eram os hereges.

É certo que esses tribunais tinham um procedimento investigatório avesso ao posteriormente utilizado pela Santa Inquisição. Aqui, o réu tinha conhecimento das acusações lançadas contra ele, a defesa era facilitada e nada lhe era ocultado. Outro aspecto destes tribunais, que se opõe às práticas dos inquisidores, é que as penas aplicadas se reservavam ao campo espiritual, e quando

se julgava necessário algum castigo no campo secular, isso era tarefa deixada aos juízes civis.

Já nas investigações e julgamentos feitos pelos inquisidores, verdadeiros juízes delegados pelo Papa, predominavam o sigilo e a tortura, práticas que marcaram um negro período da história cristã. Nem mesmo os mortos escapavam dos julgamentos do Santo Ofício, citando-se seus herdeiros. O Papa Inocêncio IV ordenou que se redigisse, no Concílio provincial de Béziers, um regulamento definitivo contra os hereges. O documento continha trinta e sete artigos, que determinavam o modo como os inquisidores deviam agir ao chegar às províncias. Alexandre Herculano (2002, p. 27/28), ressalta as providências que os inquisidores deviam tomar:

[...] chegando os inquisidores a qualquer lugar, convoquem o clero e o povo e, depois de fazerem uma prática, leiam patente da sua nomeação e exponham os fins que se propõem, ordenando a todos os que se acharem culpados de heresia, *ou que souberem que outrem o está a virem*, num certo prazo, declarar a verdade. Os que assim o cumprirem dentro daquele prazo, chamado *tempo de perdão*, ficarão isentos das penas de morte, cárcere perpétuo, desterro e confisco. Serão, depois citados individualmente os que não se houverem apresentado no tempo prefixo, dando-se-lhes termo para comparecerem e liberdade de defesa; mas, se esta não for satisfatória e se não confessarem suas culpas, *serão condenados sem misericórdia, ainda submetendo-se eles às decisões da Igreja*.

A Inquisição se estabeleceu, verdadeiramente, como tribunal permanente, no final do século XV. Foi nessa época que toda e qualquer heresia passou a ficar sujeita, exclusivamente, ao julgamento do Santo Ofício.

2.1.3 Sistemas processuais

Explanaremos a seguir sobre os sistemas processuais, ou tipos de processos penais, conhecidos. As diferenças entre os sistemas processuais abaixo estão principalmente nos princípios que os informam e a forma como se apresentam (MIRABETE, 2006, p. 21).

2.1.3.1 Processo penal acusatório

Este sistema processual foi utilizado antes do sistema inquisitivo. Surgiu entre os atenienses e romanos, no período republicano. O processo começava pela acusação, feita pelo ofendido ou por algum parente seu, quando se tratava de ação privada.

Após algum tempo começou-se a perceber que o crime ofendia toda a sociedade, sendo assim a ação penal poderia ser proposta por qualquer do povo.

Neste sistema somente depois de feita a acusação é que se ia perquirir sobre a autoria e materialidade do delito, surgindo então a figura do inquérito, mas ressalte-se que somente se procedia a este após a acusação.

O acusador é que levava a termo as investigações, para tanto o magistrado lhe concedia um tipo de mandado, para que pudesse efetuar buscas, apreensões, oitivas de testemunhas, enfim, para que colhesse as provas que embasariam a ação penal.

2.1.3.2 Processo penal inquisitório

Depois do processo acusatório surgiu, como subsidiário, o sistema inquisitório. Aqui o juiz não ficava inerte, ao contrário, ele produzia provas, determinava buscas e apreensões, inquiria testemunhas, fazia vistorias e etc., tudo em busca da verdade dos fatos. Tornaghi (1997, p. 14), afirma: “O processo inquisitório apareceu como subsidiário do acusatório e os dois coexistiram durante muitos séculos”, e continua “Aos poucos *foi caindo em desuso o processo acusatório e firmando-se o inquisitório.*”

Neste sistema o processo se tornou eminentemente escrito, o que se denota do brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo*, ou seja, o que não está nos autos não está no mundo. Foi, outrossim, nesse sistema que o processo penal passou a ser secreto, para preservar o bom andamento das investigações.

Ao contrário do que ocorria no sistema acusatório, aqui o juiz encarnava o papel de acusador, defensor e julgador. A confissão era tida como a rainha das provas, tanto que o inquisidor submetia o acusado a torturas sem fim no intuito de obtê-la.

2.1.3.3 Processo penal misto

Este sistema surgiu após a Revolução Francesa. Tem características dos sistemas acusatório e inquisitivo. “Havia três fases no processo: a da Polícia Judiciária, a da instrução e a do julgamento, [...]” (TOURINHO FILHO, 2007,p. 89)

Na fase de instrução preparatória o magistrado comandava o processo, tinha a forma escrita, era secreto, e não se admitia defesa. Ao passo que, na sessão de julgamento o processo era oral, público e havia o contraditório. As funções durante o processo, de acusar, defender e julgar, eram cometidas a pessoas diferentes.

O sistema misto, inaugurado com o *Code d'Instruction Criminelle* francês em 1808, introduziu-se largamente na europa durante o império napoleônico.

Tornaghi (1997, p. 17) afirma que “o procedimento inquisitório é mais eficiente para a apuração dos fatos, enquanto o acusatório oferece maiores garantias ao acusado.”

2.2 Sistema Adotado no Brasil

No Brasil adota-se o sistema acusatório, isso se comprova da análise da ampla defesa e do contraditório, existentes no direito processual penal pátrio. Poder-se-ia pensar que o Brasil adota o sistema misto, haja vista que no inquérito policial não há contraditório e a publicidade é restringida, porém há que se lembrar que o inquérito policial constitui fase autônoma de investigação, até dispensável para a propositura da ação, embora dê início a maciça maioria delas, e que, portanto, antecede ao processo penal.

Tourinho Filho (2007, p. 94/95) e José Geraldo da Silva (1996, p. 41), respectivamente, comungam desse entendimento, vejamos:

No Direito pátrio, o sistema adotado é o acusatório. [...] O processo é eminentemente contraditório. Não temos a figura do juiz instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a Autoridade Policial procede a uma investigação não contraditória,

colhendo, à maneira do Juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e da respectiva autoria. Com base nessa investigação preparatória, o acusador, seja o órgão do Ministério Público, seja a vítima, instaura o processo por meio da denúncia ou queixa.

O Brasil em matéria processual penal adotou o sistema acusatório, pois o processo penal é, eminentemente contraditório, onde se assegura ao acusado ou réu o princípio da ampla defesa, direito esse assegurado pela nossa Magna Carta de 1988, em seu art. 5º, 'a', XLIX, LIV, LXIII e LXIV.¹

2.3 Procedimento Investigatório no Direito Comparado

A doutrina aponta, de modo geral, para dois tipos de procedimentos investigatórios: Inquérito Policial e Juizado de Instrução².

Enquanto no Inquérito a investigação dos delitos fica a cargo de um órgão público da administração, no Juizado de Instrução o responsável pela colheita das provas é um órgão do Poder Judiciário. É mister informar que no juizado de instrução o juiz que colhe as provas durante a fase pré-processual não é o mesmo que julgará futura e eventual ação penal.

Ressalte-se a crítica que Fernando Tourinho Filho (2007, p. 281) faz ao juizado de instrução: “Desse modo, finda a instrução, a remessa dos autos ao Juízo de Julgamento equivale a uma verdadeira pronúncia. Note-se: uma decisão respaldada em provas colhidas unilateralmente, sem a participação da Defesa, servirá de ponto de partida para o julgamento.”

Os procedimentos investigatórios demonstrados adiante se alternam entre o juizado de instrução e o inquérito (ou procedimento semelhante), obviamente que em cada localidade com suas peculiaridades.

2.3.1 França

O juizado de instrução francês nasceu com o ofício de iniciar e conduzir a investigação criminal. É certo que, atualmente, a polícia judiciária

¹ Mantivemos “art. 5º, ‘a’” conforme redação original. Entendemos que o correto seria “art. 5º, XXXVIII, ‘a’”.

² Fernando Tourinho, em sua obra *Processo Penal*, vol. 1, traz uma interessante discussão sobre qual o melhor modelo investigatório a ser adotado no Brasil, juizado de instrução ou inquérito policial.

francesa tem papel indispensável ao mencionado juizado, procedendo às chamadas *enquêtes préliminaires*. Fica, portanto, a cargo do juizado, bem como da polícia judiciária, o início das investigações criminais.

Quanto ao papel do Ministério Público, nessa fase pré-processual, é o de fiscal da polícia judiciária, não se descuidando do vínculo, até hierárquico, existente entre a polícia judiciária e o órgão de acusação. “Muito embora haja larga aplicação dos trabalhos policiais, em termos formais estes são executados sob a estrita vigilância do *parquet*.” (CHOUKE, 1995, p. 39).

2.3.2 Itália

Antes da reforma do Código Processual Penal da Itália, esta adotava o modelo do juizado de instrução, com a mencionada reforma, em 1988, este modelo foi abolido da legislação processual penal italiana. Agora, na Itália, há uma fase pré-processual, chamada *indagini preliminari*, assemelhada ao nosso inquérito policial.

Fica a cargo do Ministério Público a colheita de provas com vista a posterior propositura da Ação Penal. O M.P. italiano delega essa função à polícia judiciária. Na Itália não há a figura do juiz instrutor, aliás, o magistrado só participará dessa fase pré-processual se for necessária alguma medida jurisdicional. Zappalá (1989) apud Chouke (1995, p. 99), traduz a participação do juiz em um enunciado sintético: “O juiz instrutor cede espaço ao juiz garantidor [...]”.

Assim como no Brasil, na fase de investigações preliminares não há expressamente a garantia de contraditório. Fauzi Hassan Chouke (1995, p. 100) afirma que o fato de não se levarem aos autos da ação penal as provas colhidas em sede de investigação, exceto aquelas que por sua natureza não se puderem repetir em juízo, e, outrossim, por existirem juízes diferentes para atuar nos incidentes, durante a investigação, daqueles que atuarão na ação penal, acabam por compensar a falta de contraditório.

2.3.3 Argentina (Código Nacional)

No Código Nacional argentino prevalece a figura do juiz instrutor, que é o responsável pelas investigações, tendo como seu auxiliar o Ministério Fiscal (o Ministério Fiscal argentino equivale ao nosso Ministério Público). O papel exercitado pela polícia judiciária é o de auxiliar, tanto do juiz instrutor, quanto do Ministério Fiscal.

A polícia judiciária ou o Ministério Fiscal, após serem comunicados da prática de um ilícito penal podem requerer ao juiz instrutor o início da fase instrutória. “Neste ponto, a investigação levada a cabo na fase instrutória pode restar sob o comando do juiz instrutor ou ser por este delegada ao representante do *parquet* (art. 196).” (CHOUKE, 1995, p. 41)

Notadamente, não há contraditório previsto para essa fase antecedente da ação penal. É o que explicita o eminente doutrinador Fauzi Hassan Chouke (1995, p. 106/107):

Há uma certa intromissão dos dados colhidos ao longo da fase instrutória, no curso da ação penal, pelo que se pode depreender do art. 355. A norma possibilita a leitura de depoimentos e provas testemunhais adrede produzidos, e no silêncio das partes, sua utilização será possível.

Como se vê, as provas coligidas durante as investigações podem ser carreadas ao processo, quando da instauração da ação penal.

2.3.4 Argentina (Código Provincial de Tucumã)³

Ao contrário do Código Nacional, o Código Provincial de Tucumã não prestigiou o juiz instrutor.

É função do dono da ação penal comandar as investigações que darão sustentáculo àquela, conforme explana Fauzi Hassan Chouke (1995, p. 48/49), “não significa dizer que a Polícia Judiciária não possa desenvolver atividades de investigação de *per se*, pois, se assim fosse, sua existência não teria sentido.”

³ Conforme explica Fauzi Hassan Chouke (1995, p. 48), na Argentina, dada a sua organização estatal, há uma pluralidade de legislações provinciais que coexistem entre si e com a ordem jurídica nacional. Pelo fato do Código Provincial de Tucumã ser oposto ao Código Nacional é interessante a abordagem de ambos os diplomas legais.

Tanto o Ministério Fiscal, quanto a polícia judiciária poderão iniciar as investigações na fase pré-processual, enfatizando-se, porém, que cabe àquele fiscalizar os atos dessa, do que se pode verificar estreito laço de subordinação entre os referidos órgãos estatais.

Embora não haja estabelecido, nesse Código, o contraditório para a fase antecedente à ação penal, há nele várias disposições que visam coibir arbítrios, inclusive com a intervenção do defensor do investigando em determinados atos, ainda que não possa ter uma postura ativa. Isso dá ao Código Provincial de Tucumã a característica de garantidor ao suspeito.

2.3.5 Inglaterra

A Inglaterra se diferencia dos demais Estados abordados até aqui pelo fato de adotar o sistema da *common law*, em contraposição ao do *civil law*⁴.

O ilícito penal atinge sempre o rei, que, no dizer de Seitz (1928) apud Chouke (1995, p. 49), “[...] por uma ficção legal aparece em todas as Cortes do país.”

Não há a figura de um órgão específico incumbido da função de acusação, na verdade todos os súditos podem “exercer a representação judicial-penal do monarca ofendido.” (CHOUKE, 1995, p.50).

Portanto, a investigação criminal, na fase preparatória da ação penal, fica a cargo da polícia judiciária, que a conduz de forma independente, não havendo possibilidade de contraditório nesse momento.

2.4 Natureza Jurídica do Inquérito Policial

O inquérito policial é um procedimento inquisitivo, não sendo dada, ao investigado, a possibilidade do contraditório. Essa natureza inquisitiva se denota das redações dos artigos 14 e 20 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Art. 14. O

⁴ Conforme aduzem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 29), a doutrina também denomina esse sistema jurídico de romano-germânico.

ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.” (Grifou-se). “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.” (Grifou-se)

A doutrina dominante afirma ser, o inquérito, apenas uma forma de fornecer informações, ao dono da ação penal, por meio da colheita de provas. Nesse sentido preleciona Fernando Tourinho Filho (2007, p. 207): “Este é mera colheita de provas, mero procedimento informativo sobre o fato infringente da norma e sua autoria.”

Para Mirabete (2006, p. 60):

Inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais etc.

Atente-se para o fato que algumas provas produzidas em sede de inquérito policial, as periciais, por exemplo, muitas vezes não poderão ser repetidas durante o processo, o que leva alguns doutrinadores a dar, ao inquérito, a natureza de procedimento cautelar, administrativo, realizado pela polícia judiciária, a fim de apurar a materialidade da infração penal e a respectiva autoria. Esse é o entendimento do professor de Direito da Unip e delegado de Polícia, Nestor Sampaio Penteado Filho, em artigo publicado no *site Jus Navigandi*:

Muitos autores brasileiros costumam delimitar a natureza jurídica do inquérito policial como sendo ‘simples atividade informativa’, ‘mera informação’ etc.

Entretanto, a operação repetitiva do engano pode conduzir o desavisado a uma falsa realidade (tecnicamente, ao erro).

*No abalizado ensino do Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, ‘Dizer-se que o inquérito policial consiste em mero procedimento administrativo e encerra investigação administrativa, é simplificar, ao excesso, a realidade sensível. Resta-se na necessidade esforçada de asseverar, em seguida, que a decisão judicial, embasada em inquérito, volta no tempo e no espaço, judicializando alguns atos de procedimento’ (in *Inquérito Policial - Novas Tendências, CEJUP, 1986, pág. 21*).*

É que, ao contrário do que se pensa, no inquérito policial não há tão somente investigação criminal provisória, mas também coleta de provas definitivas (verdadeira instrução penal provisória), insuscetíveis de repetição em juízo.

As avaliações, buscas, apreensões, vistorias, perícias emergem como exemplos indisfarçáveis de provas não repetidas na fase judicial da

persecução penal. Hodiernamente, acrescenta-se a RECOGNIÇÃO VISUOGRÁFICA DE LOCAL DE CRIME (v. nº 04).

Poderíamos, destarte, asseverar que o inquérito policial é um procedimento cautelar, de natureza administrativa, ultimado pela polícia judiciária, com a finalidade de apurar a materialidade da infração penal e respectiva autoria.⁵

Não obstante a sua natureza de peça informativa, quanto à materialidade do delito e indícios de sua autoria, o inquérito policial não é imprescindível para a propositura da ação penal, conforme se infere do artigo 12 do CPP: “Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.” Em sentido contrário, denota-se que a denúncia ou queixa pode ter por base outras peças de informação, que não o inquérito policial.

2.5 Princípios Informadores do Inquérito Policial

Os princípios que informam o inquérito policial são, basicamente, os mesmos que informam o processo penal. Esse fenômeno se explica pelo fato de ambos os institutos terem o mesmo objeto, ou seja, “[...] a determinação da relação jurídica material.” (MEDEIROS, 1994, p. 25)

Como já descrito anteriormente, no inquérito policial não vige o princípio do contraditório, dada a natureza inquisitiva desse procedimento pré-processual⁶.

Passemos em revista esses princípios.

2.5.1 Princípio da legalidade

Por esse princípio, quando a autoridade policial, judiciária ou o Ministério Público tiverem conhecimento do cometimento de um ilícito penal, que seja apurado por meio de ação penal pública incondicionada, devem, respectivamente, iniciar a apuração do fato *ex officio*, ou, requisitar à autoridade

⁵ Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2844>>. Acesso em 15 de agosto de 2007.

⁶ Vide tópico 2.4 Natureza Jurídica do Inquérito Policial.

policial sua instauração, conforme preceitua o artigo 5º, inciso I, e primeira parte do inciso II, do Código de Processo Penal.

Explanando sobre o princípio da legalidade, afirma sinteticamente, Flavio Meirelles Medeiros (1994, p. 25): “[...] (diante da prática de delito o inquérito é inevitável)”.

2.5.2 Princípio da indisponibilidade do inquérito policial

Para Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 59), o princípio da indisponibilidade do inquérito policial não é igual ao princípio da legalidade, mas sim uma complementação desse.

A autoridade policial não tem o poder de determinar o arquivamento do inquérito policial, o que poderá ser feito a pedido do Ministério Público, desde que esteja concorde a autoridade judiciária. Não haveria sentido a lei mandar que se instaurasse o procedimento investigatório (princípio da legalidade), para que logo depois a autoridade policial desistisse da apuração.

2.5.3 Princípio da oficialidade

Esse princípio se assenta na entrega, a um órgão estatal – a polícia judiciária – da condução do inquérito policial, nos casos em que esse vá embasar futura ação penal.

A fase investigatória ou pré-processual da *persecutio criminis* é desenvolvida pelo órgão oficial do Estado denominado Polícia Judiciária, à qual incumbe, quando verificado o delito-tipo de ação penal pública, realizar as devidas investigações, dentro da peça administrativa chamada inquérito policial, procurando constatar o crime noticiado e seu autor (MOSSIN, 1998, p. 55).

A positivação desse princípio se encontra na redação insculpida no artigo 4º do Código de Processo Penal: “A Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”

2.5.4 Princípio do impulso oficial

Uma vez iniciado o inquérito policial, cumpre à autoridade policial dar andamento ao procedimento investigatório, até seu final. Nesse sentido posiciona-se Flavio Meirelles Medeiros (1994, p. 25): “[...] do impulso oficial (ao delegado cumpre movimentar o inquérito até seu termo)”.

2.5.5 Princípio da verdade real

No decorrer do inquérito policial a autoridade deve buscar a verdade real, ou material, que consiste nos fatos que realmente aconteceram e como aconteceram.

Uma das aplicações desse princípio, em sede de inquérito, se infere no instante em que o investigado confessa a prática de um delito. Mesmo com a confissão de culpa a autoridade deverá colher provas suficientes à comprovação da ação ou omissão criminosa, não bastando aquela.

Dentro do inquérito policial, estudado até agora, são cabíveis alguns tipos de prisões processuais, tema que se impõe para a consecução deste trabalho e que abordaremos sinteticamente a seguir.

3 PRISÕES PROCESSUAIS

Prisão, de forma genérica, é, no dizer do grande processualista Hidejalma Muccio (2003, p. 20), “[...] a privação da liberdade pessoal, de regra, mediante clausura. Entre nós, contudo, há a prisão-albergue.” e continua “Podemos dizer, então, que a prisão suprime, no todo ou em parte, a liberdade de locomoção.”

Mirabete (2006, p. 361) conceitua prisão da seguinte forma: “A **prisão**, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal.”

Existem vários tipos de prisão, como a prisão pena ou prisão sanção, que decorre de uma sentença penal condenatória irrecorrível; prisão civil, que em nosso arcabouço jurídico cabe em duas hipóteses, quais sejam: no caso de depositário infiel e para o devedor de alimentos; prisão disciplinar, que é decretada no âmbito militar; prisão constitucional, para o Estado de Defesa ou Estado de Sítio; e a prisão processual, ou cautelar ou provisória.

Todas as prisões processuais se assentam no binômio: necessidade-fundamentação. Nesse sentido, e a título ilustrativo, vejamos a seguinte decisão:

A prisão decretada na sentença de pronúncia, ainda que se trate de crime classificado como hediondo, não impede por si só, a liberdade provisória se demonstrado que a decisão da custódia carece de fundamentação válida e substancial a justificar a sua necessidade. (STJ – HC 5.247/RJ – Rel. Min. Willian Patterson – j. 16.12.1996 – RT 745/508).

As prisões processuais são: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e prisão decorrente de sentença de pronúncia. Neste trabalho serão abordadas as prisões em flagrante, preventiva e temporária, pois são essas as prisões possíveis em sede de inquérito policial. As prisões: decorrente de sentença penal condenatória recorrível e decorrente de sentença de pronúncia, só podem acontecer em sede de ação penal.

3.1 Prisão em Flagrante

A palavra flagrante, tem origem no verbo do latim *flagrare*, tendo como expressões *flagrans*, *flagrantis* que significam ardente, queimante, brilhante. Portanto, flagrante é aquilo que está queimando, ardendo, que acabou de acontecer.

Flagrante delito é o crime que está acontecendo ou acabou de acontecer, no flagrante “[...] há ‘a certeza visual do crime’” (MUCCIO, 2003, p. 56).

A prisão em flagrante tem repercussão social positiva, uma vez que a prisão em estado de flagrância, do autor do delito, transparece a efetividade do poder estatal no combate à criminalidade, dissipa um pouco a nuvem da impunidade, que atualmente paira sobre a sociedade brasileira, principalmente no que diz respeito aos crimes de improbidade administrativa.

Ademais, enquanto prisão cautelar, esse tipo de prisão tende a assegurar a aplicação da pena para o sujeito sobre o qual figura uma quase-certeza de ulterior condenação criminal. “[...] o flagrante delito conduz à irrefutabilidade das provas sobre a autoria e garante a incidência da Justiça repressiva sobre o transgressor da figura penal.” (MOSSIN, 1998, p. 360).

Mirabete (2006, p. 375/378) elenca algumas espécies de flagrante, quais sejam, flagrante próprio ou real; quase-flagrante ou flagrante impróprio; flagrante ficto ou presumido; e flagrante em crime permanente e crime habitual. Há ainda o chamado “flagrante preparado”⁷, que em verdade não constitui uma situação de flagrância, já que “o agente é induzido à prática de um crime pela ‘**pseudo-vítima**’, por terceiro ou pela polícia, no caso chamado **de agente provocador**.” (MIRABETE, 2006, p. 379). A doutrina diferencia o flagrante preparado do flagrante esperado, esse envolve atividade policial, porém sem atuação dessa para que o flagrante aconteça, é uma atividade de observação.

Há ainda o flagrante forjado, que como se deduz da própria denominação, é aquele preparado por outrem para prejudicar o sujeito, que em verdade não praticou delito algum. Tourinho (2002, p. 466), cita, ainda, a figura do flagrante protelado, onde a autoridade ou agente policial até poderia até dar voz de prisão ao agente, contudo posterga-se o flagrante, para que se possa fazê-lo de uma forma mais “eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”.

⁷ Há, inclusive, súmula do Supremo Tribunal Federal sobre o flagrante preparado: “súmula nº 145. Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

A prisão em flagrante tem caráter de ato administrativo, dispensa ordem escrita e tem natureza de medida cautelar.

3.2 Prisão Temporária

Vista por muitos doutrinadores como antagônica ao processo penal moderno, onde se prima pela manutenção da liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prisão temporária permite a prisão de qualquer pessoa, não necessariamente do indiciado.

Para Tourinho (2002, p. 467), a prisão temporária, sob a ótica do princípio constitucional da presunção de inocência, “[...] é supinamente inconstitucional.”. Conforme aponta Mossin (1998, p. 421), a prisão temporária não é exclusividade da legislação pátria, ela existe também em Portugal, França, Itália e Estados Unidos, obviamente com suas respectivas peculiaridades.

A prisão temporária foi embasada no afã de se combater a criminalidade, de certa forma regulamentou a chamada “prisão para averiguações”, o ilustre doutrinador Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 422) observou: “No fundo procurou o legislador propiciar à polícia, de forma legal, o retorno da chamada prisão para averiguações [...]”. E ressalta:

Apesar do seu embasamento legal e das justificativas de combate à violência – já que funciona apenas para os crimes mais graves – na verdade o objetivo único foi o de dar à Polícia maior alcance no que se refere às prisões, as chamadas prisões para averiguações, que eram ilegais, mas que a autoridade policial teimava em fazê-las e o Poder Judiciário, a fechar os olhos como se a mesma não existisse. (SZNICK, 1994 apud MOSSIN, 1998, p. 422).

Para Tourinho e Mirabete a natureza jurídica desse instituto é de prisão cautelar. Fernando Tourinho (2002, p. 471) chega a fazer menção sobre o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, veja-se:

Na hipótese em exame [prisão temporária], onde estará o *fumus boni juris*? Responda-se com o próprio texto legal: “nas fundadas razões baseadas em qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” na prática de um daqueles crimes elencados no inc. III do art. 1º da citada lei.

O *periculum in mora*, embora não esteja tão claro na lição de Tourinho, como está o *fumus boni juris*, reside na imprescindibilidade da prisão para as investigações policiais, ou, se esta não for imprescindível, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer dados suficientes aos esclarecimentos de sua identidade.

O próprio Fernando Tourinho (2002, p. 472) critica a legislação da prisão temporária indagando:

se a prisão não é imprescindível às investigações, por que o encarceramento por 5 dias do indiciado sem residência fixa? Se a prisão não é imprescindível às investigações policiais, por que a prisão por 5 dias daquele que “não forneceu elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade”?

Na contramão do entendimento explicitado acima está a posição do professor Mossin, que entende não haver, no bojo da prisão temporária, os requisitos da cautelaridade. “[...] não se pode vislumbrar nessa modalidade de prisão nenhuma medida de caráter cautelar em seu exato sentido, no campo processual penal.” (MOSSIN, 1998, p. 423). Ainda, para Mossin (1998, p. 423) a prisão temporária:

Não se presta a qualquer atividade de caráter processual. Serve exclusivamente, e de forma precária, para atender a necessidades de ordem investigatória, com limitação temporal, o que tira de sua natureza jurídica possível condição de caráter cautelar.

Portanto, a natureza jurídica desse tipo de prisão, na visão do professor Mossin, é investigatória.

Quer nos parecer, com o devido respeito, que a interpretação do professor Mossin é mais correta, uma vez que a prisão temporária, por si só e diretamente, não vislumbra proteger nada em ulterior fase processual, apenas pretende que o investigando não turbe o andamento do inquérito policial.

3.3 Prisão Preventiva

O Código de Processo Penal brasileiro cuida da prisão preventiva nos artigos 311 a 316. O artigo 312 do referido diploma legal explicita as situações onde essa prisão é cabível:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

A prisão preventiva é:

Considerada um mal necessário, uma fatal necessidade, uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem se inclinar, justifica-se a prisão preventiva por ter como objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. (MIRABETE, 2006, p. 389).

A doutrina é uníssona sobre a natureza cautelar desse tipo de prisão, Mossin (1998, p. 395) afirma: “A prisão preventiva é espécie do gênero *prisão cautelar de natureza processual*.”

É facilmente observado, no próprio artigo 312 do Código de Processo Penal, o *fumus boni juris*, quando se exige prova da materialidade do delito e indícios de sua autoria, e o *periculum in mora*, que se depreende das seguintes hipóteses: garantir a ordem pública, garantir a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar aplicação da lei penal.

Concatenando o raciocínio desenvolvido até aqui, é necessário, nesse momento, abordarmos a liberdade provisória como instrumento antagônico às prisões processuais.

4 LIBERDADE PROVISÓRIA

A Constituição Federal brasileira vigente trouxe vários princípios protetores da liberdade individual, acobertando no ordenamento jurídico pátrio a regra de que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (art. 5º, LIV), ou ainda que ninguém será considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII). Não obstante a esses, e outros princípios garantidores da liberdade, a própria Carta Magna dispõe que “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente*” (art. 5º, LXI), abrindo a possibilidade de se prender alguém, provisoriamente, sem que haja, nem mesmo, Ação Penal.

Essa possibilidade de se prender alguém fora do que dispõe o inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal, ensejou regulamentação pelo legislador ordinário, no Código de Processo Penal, trazida no Livro I, Título IX – DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA, são as chamadas prisões processuais ou prisões provisórias⁸. Como consequência automática da contraposição destas prisões processuais em face ao direito à liberdade, o legislador ordinário também aduziu ao ordenamento jurídico a possibilidade de liberdade provisória, constante no mesmo Livro e Título do Código supramencionado.

Portanto a prisão do acusado deve ser evitada ao máximo, devendo se dar apenas quando extremamente necessária, neste sentido, bem ensina o professor Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 408):

Sabido que é um mal a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o direito objetivo tem procurado estabelecer institutos e medidas que assegurem o desenvolvimento regular do processo com a presença do imputado sem o sacrifício da custódia, que só deve ocorrer em casos de absoluta necessidade.

A liberdade provisória constitui um sucedâneo da prisão processual, embora obtenha liberdade, o indiciado ou réu continua preso ao processo. Um questionamento, quanto ao nome do instituto em comento, é o de se chamar a liberdade *provisória*. Essa provisoriedade decorre na verdade de dois fatores:

⁸ Vide tópico 2.6 Prisões Processuais.

Primeiro, porque se o liberto não cumprir determinadas obrigações que lhe são impostas, poderá ter sua liberdade revogada e voltar à prisão, a exceção dos casos em que o indiciado ou réu se livra solto. Segundo, porque o liberto livra-se da prisão até o trânsito em julgado da sentença, que poderá condena-lo, mandando-o à prisão, ou absolve-lo, tornando a liberdade definitiva. Nesse diapasão:

Tem a denominação de liberdade “provisória” porque: a) pode ser revogada a qualquer tempo, salvo no caso de não ser vinculada; b) vigora apenas até o trânsito em julgado da sentença final que, se condenatória, torna possível a execução da pena e, se absolutória, transforma a liberdade em definitiva. (MIRABETE, 2006, p. 409)

Diz-se provisória tal liberdade, porque é revogável e se encontra sujeita a condições resolutórias de natureza e caracteres vários, como teremos a oportunidade de ver. Enquanto não findar o processo, aquele que estiver no gozo de liberdade provisória continua vinculado ao processo, cumprindo as obrigações que lhe foram impostas, sob pena de revogação. (TOURINHO, 2002, p. 513)

Ademais, a liberdade provisória, quando admitida pela lei, é um direito público subjetivo que decorre da Carta Constitucional, observe-se: *ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança* (art. 5º, inciso LXVI).

Nesse capítulo faremos uma abordagem sobre a evolução histórica da liberdade provisória no Brasil, sua natureza jurídica e espécies.

4.1 Evolução Histórica da Liberdade Provisória no Brasil

Ao tempo das Ordenações Afonsinas, que vigoravam em Portugal à época do descobrimento do Brasil, mas que não chegaram a ter aplicação por aqui, havia as seguintes modalidades de liberdade provisória: o seguro ou carta de segurança, a homenagem ou menagem, a caução por fiéis carcereiros e a fiança.

“As Ordenações Filipinas cuidavam da liberdade provisória nos Títulos 120, 129, 131 e 132.” (ROCHA; BAZ, 2000, p. 21).

O seguro tratava-se de uma promessa que o acusado fazia perante o juiz, de cumprir algumas condições que lhe eram impostas, para aguardar o julgamento em liberdade. A homenagem era um privilégio concedido a algumas

pessoas, por sua qualidade pessoal. Essas pessoas aguardavam o desfecho da lide livres. Segundo aponta a professora Fátima Aparecida de Souza Borges (2001, p. 23/24), a homenagem “Entrava no número dos privilégios concedidos à nobreza”.

Na caução de fiéis carcereiros o réu tentava conseguir a liberdade junto ao rei, por meio de seus fiadores idôneos. Era a palavra desses que o rei levava em consideração ao conceder a liberdade provisória ao acusado.

Acerca dessas formas de liberdade provisória, asseveram os professores Luiz Otavio Rocha e Marco Antonio Baz (2000, p. 21)

O seguro era uma promessa feita em juízo pelo acusado para solto se livrar, podendo, assim, aguardar o desfecho da causa em liberdade, para tanto aceitando determinadas condições que lhe eram impostas. A homenagem era espécie de liberdade provisória que somente se concedia a pessoas qualificadas (*v.g.*, fidalgos e doutores), como um privilégio. Tais privilegiados poderiam permanecer em determinada casa, castelo ou cidade enquanto respondiam a processo. A caução por fiéis carcereiros consistia na palavra de fiadores idôneos de réus, mercedores da graça real. Pela palavra desses fiadores o réu lograva obter do rei a graça de ficar em liberdade enquanto era processado.

O Código de Processo Criminal de 1832 retirou do ordenamento jurídico pátrio essas formas de liberdade provisória, a exceção da fiança que ficou mantida.

Posteriormente na Constituição da República foi mantido o preceito de que ninguém poderia ser preso antes da “formação da culpa”. “Com a proclamação da República, o instituto da liberdade provisória com fiança passou a ser disciplinado no Código Penal de 1890, no Título IV – Das Disposições Gerais – arts. 405 e 406.” (ROCHA; BAZ, 2000, p. 22).

Atualmente, a Carta Constitucional brasileira de 1988 declara em seu artigo 5º, inciso LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”. Por seu turno, o Código de Processo Penal regulamenta o instituto da liberdade provisória, com ou sem fiança, nos artigos 321 e seguintes.

4.2 Natureza Jurídica da Liberdade Provisória

A liberdade provisória é antítese da prisão cautelar, tendo natureza jurídica de contracautela, “cujo caráter é instrumental negativo” (BORGES, 2001, p. 95).

Veja-se:

Sendo a prisão provisória medida de cautela por parte do Estado, a liberdade provisória é medida de contracautela, colocada pelo mesmo Estado à disposição do indivíduo, desde que sua situação se subsuma aos requisitos legais, para ver-se afastado do acautelamento provisório. (BORGES, 2001, p. 99)

Existe, pois, na liberdade provisória, um caráter substitutivo à prisão processual. “É, literalmente, efêmera, isto porque ninguém pode ficar indefinidamente em liberdade provisória.” (BORGES, 2001, p. 95).

Deve-se esclarecer que, embora seja, a liberdade provisória, contracautela das prisões processuais, a doutrina dominante entende que não é cabível em sede de prisão preventiva e prisão temporária. Para a doutrina, se não subsistem mais os fundamentos dessas prisões a medida a ser tomada é a revogação da prisão.

A liberdade provisória tem aplicação na prisão em flagrante, na prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e prisão decorrente de sentença de pronúncia.

4.3 Espécies de Liberdade Provisória

De maneira geral a doutrina divide a liberdade provisória em obrigatória, permitida e vedada.

É **obrigatória**, como direito incondicional do acusado, quando o réu se livra solto, independentemente de fiança (art. 321, I e II, ressalvado o disposto no art. 323, III e IV); é **permitida** em todas as hipóteses em que não couber a prisão preventiva, inclusive ao acusado primário e de bons antecedentes pronunciado (art. 408, § 2º) ou condenado por sentença recorrível (art. 594), desde que preenchidos os requisitos legais, com ou sem fiança; é **vedada** quando couber a prisão preventiva e nas hipóteses em que a lei estabelecer expressamente a proibição. (MIRABETE, 2006, p. 409).

Para uma análise didática da liberdade provisória, nesse trabalho, e a exemplo do CPP, essa será dividida em duas grandes modalidades: liberdade provisória sem fiança e liberdade provisória com fiança. Por derradeiro serão feitos alguns comentários à chamada liberdade provisória vedada. A seguir se dará uma breve explanação sobre essas espécies elencadas.

4.3.1 Liberdade provisória sem fiança

Dentro da liberdade provisória sem fiança a doutrina aponta para uma liberdade obrigatória e sem vinculação, e para uma liberdade provisória vinculada.

Vejamos algumas considerações acerca dessas “subespécies”.

4.3.1.1 Liberdade provisória vinculada

A despeito do Capítulo VI, do Código de Processo Penal, ser intitulado “DA LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA”, este tema, liberdade provisória, começa a ser tratado no capítulo anterior.

O art. 310, do referido diploma legal, traz duas hipóteses de liberdade provisória sem fiança, quais sejam:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III do Código Penal⁹, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. 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 (arts. 311 e 312).

No *caput* do art. 310 o legislador aduziu a possibilidade do juiz conceder a liberdade provisória sem fiança, quando o agente tenha praticado o fato (ação ou omissão) sob o manto de uma das excludentes de ilicitude, quais sejam, legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito

⁹ Essa referência feita ao art. 19, I, II e III diz respeito ao dispositivo original do Código Penal. Vide art. 23 da nova Parte Geral do citado código.

cumprimento de dever legal. Essa situação deve ser verificável pelo auto de prisão em flagrante.

Mirabete (2006, p. 411) afirma que, por analogia e equidade, o *caput* do art. 310 contempla, outrossim, as causas excludentes de ilicitude constantes na parte especial do CP.

Há na doutrina um debate sobre ser ou não, o *caput* do art. 310, extensível aos casos onde o agente praticou a ação ou omissão sob uma das excludentes de culpabilidade.

Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Antônio Garcia Baz (2000, p. 77/78) sustentam o não cabimento do art. 310, *caput*, quando se trata de dirimentes. Veja-se:

Não será possível, entretanto, conceder-se a liberdade provisória prevista na cabeça do art. 310 àquele agente que praticou infração penal em circunstâncias fáticas que consubstanciem excludente da culpabilidade (v.g., quando presente erro sobre a ilicitude do fato, coação irresistível e obediência hierárquica – arts. 21 e 22 do CP). Quisesse o legislador que a liberdade provisória fosse extensível a essas situações e certamente teria deixado expressa sua vontade nesse sentido no texto legal.

Posicionando-se contrariamente ao entendimento desses ilustres doutrinadores, Eugênio Pacelli de Oliveira (2000, p. 140/141), assim os critica:

Evidentemente sem razão os ilustres autores. Não só pela leitura excessivamente exegética e gramatical do dispositivo em comento, mas também pelo seu distanciamento com a regra geral da liberdade, admitida por eles mesmos.

E continua:

Ora, se o fundamento para a concessão da liberdade, nas causas de justificação, é a inexistência *provável* do crime, diante da exclusão da ilicitude, parece-nos irrecusável a aplicação do mesmo raciocínio, quando presente situação que demonstre, a exame de urgência, ser o agente, por exemplo, *inimputável*.

Nesse diapasão, Adriana Ribeiro Pavarina (2007, p. 35), também comentando sobre as excludentes de ilicitude, diz que “Esta hipótese é extensiva analogicamente às **excludentes da culpabilidade** (art. 21, 26, 28, § 1º do CP).”

Acerca dessa discussão, parece mais razoável o entendimento do professor Eugênio Pacelli de Oliveira, compartilhado por Adriana Pavarina, haja vista que, sendo possível vislumbrar a impossibilidade de ulterior imposição de pena privativa de liberdade, torna-se incongruente a imposição de prisão cautelar.

Para que o juiz aplique o dispositivo do art. 310, *caput* do CPP, é necessário que o Ministério Público seja ouvido previamente.

Há, no parágrafo único do art. 310, outra hipótese de liberdade provisória sem fiança. Essa hipótese é bem mais ampla do que a anterior. Por esse dispositivo, sempre que o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que inexistem os motivos ensejadores da prisão preventiva, deverá conceder a liberdade provisória. Frise-se que, aqui também, haverá oitiva prévia do Ministério Público.

Para esses casos de liberdade provisória, acima elencados (art. 310 *caput* e parágrafo único do CPP), impõe-se apenas a obrigação de comparecer a todos os atos processuais, sob pena de revogação da liberdade provisória. Assim explana com clareza a professora Fátima Aparecida Borges (2001, p. 42):

As hipóteses mencionadas nos itens I e II [*caput* e parágrafo único do art. 310 do CP] diferem da última [caso em que cabe fiança, mas é impossível ao réu prestá-la por motivo de pobreza], visto que nestas o caso é típico de contracautela, que tem a finalidade, estando o réu preso, de restituir-lhe a liberdade, mediante a condição única de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação, obrigação essa assumida e autenticada mediante um termo lavrado nos autos.

Insta salientar que o legislador não fez qualquer ressalva no art. 310 do Código de Processo Penal quanto a delitos afiançáveis ou inafiançáveis, destarte, o dispositivo em comento é aplicável a ambos. É o que ensina Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 473) "Nessa hipótese, para a concessão do benefício, que tem sede constitucional, pouco importa a natureza do fato punível praticado pelo beneficiário: crime afiançável ou inafiançável."

Cumprido esclarecer que, embora conste da redação insculpida no *caput* do art. 310 do CPP o termo "poderá", não se trata de discricionariedade do magistrado conceder ou não a liberdade provisória, quando satisfeitas as condições impostas pela lei ao réu.

Na lição de Tourinho (2002, p. 516) a concessão dessa liberdade provisória "[...] não é *mera faculdade* do Juiz, e sim um verdadeiro direito público subjetivo do indiciado ou réu." E continua:

Assim, tratando-se de verdadeiro direito que promana do *status libertatis* do cidadão, uma vez negado, poderá este impetrar uma ordem de *habeas corpus*, visando a fazer cessar o evidente constrangimento ilegal, julgando, desse modo, a instância superior, a impenitente atitude do Magistrado.

Outro caso de concessão da liberdade provisória sem fiança é aquele em que, a fiança é cabível, porém o réu não pode presta-la por motivo de pobreza.

Essa hipótese está prevista no art. 350, *caput*, do CPP¹⁰. Cumpre ressaltar que, nesse caso, o réu será submetido aos ônus do artigo 328 do mesmo código (não poderá mudar de residência sem prévia autorização da autoridade processante, nem se ausentar dela por mais de oito dias, sem informar àquela, o lugar onde poderá ser encontrado), e da parte final do citado art. 350 (não poderá praticar outra infração penal), além de ter que comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício.

4.3.1.2 Liberdade provisória obrigatória e sem vinculação

Registre-se que o art. 321 do CPP traz duas hipóteses em que o réu, na expressão utilizada pelo legislador, se livra solto.

Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança:

- I – no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade;
- II – quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a 3 (três) meses.

A doutrina elenca essas hipóteses como formas de liberdade provisória obrigatória. Veja-se: “Naquelas situações em que o réu é colocado em liberdade incondicionalmente há a chamada liberdade provisória obrigatória.” (ROCHA; BAZ, 2000, p. 73). Isso, desde que o réu ou flagrado não seja, comprovadamente no processo ou inquérito, vadio, e que não tenha sido condenado por crime doloso, com sentença transitada em julgado.

¹⁰ Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício.

O art. 301 do Código de Trânsito Brasileiro¹¹ traz uma hipótese em que o condutor se livra solto nos casos em que presta pronto e integral socorro à vítima do acidente de trânsito.

Nesses casos não há qualquer obrigação imposta ao beneficiado como condição ao exercício da liberdade.

Acerca desse instituto, a guisa de ilustração, registre-se que alguns doutrinadores asseveram não se tratar de verdadeira modalidade de liberdade provisória.

Fátima Aparecida de Souza Borges (2001, p. 40, 108, 105), em sua obra “Liberdade Provisória” dedicou o capítulo VII “Infrações em que o acusado se livra solto” apenas para debater o assunto, afirmando:

O art. 321 do Código de Processo Penal, por seu turno, trata das hipóteses em que o acusado se livra solto, situação que não pode ser, sob pretexto algum, confundida com liberdade provisória, posto que é uma modalidade diferenciada, na qual não é tolhida a liberdade pessoal do autor de infração.

E continua, “Para os crimes em que o acusado se livra solto não há, portanto, falar em liberdade provisória, que possui como requisito imprescindível a prisão.” “[...] a liberdade provisória não pode prescindir da prisão.”

Insta dizer que, oportunamente, trataremos sobre a Lei 9.099/95 e suas implicações na liberdade provisória na fase inquisitorial. Apenas a título de esclarecimento, antecipamos que, com a instituição do Jecrim, o art. 321 do Código de Processo Penal ficou sem muita utilidade em nosso sistema jurídico.

4.3.2 Liberdade provisória mediante fiança

O CPP trata da liberdade provisória com fiança no art. 322 e seguintes. As hipóteses passíveis de fiança são encontradas por exclusão das vedações existentes ao mencionado instituto nos arts. 323 e 324. O legislador se utilizou de um critério residual, prevendo situações onde não é cabível a fiança.

¹¹ Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997.

Atente-se para o fato que, com o ingresso do parágrafo único¹² no art. 310, do Código de Processo Penal, o instituto da fiança perdeu muito de sua importância prática. É o que Fernando Tourinho (2002, p. 515) afirma: “Hoje, entretanto, a liberdade provisória mediante fiança está relegada a plano secundário.”

Antes, nos delitos inafiançáveis, o indiciado ou réu tinha que, obrigatoriamente, aguardar preso o deslinde do processo. Agora, mesmo nos crimes em que não cabe fiança, é possível obter-se a liberdade provisória, com lastro no que dispõe o parágrafo único do art. 310.

A seguir faremos uma abordagem dos principais pontos desse tema para o presente trabalho.

4.3.2.1 Conceito

“Etimologicamente, a raiz do termo ‘fiança’ é a mesma que origina o vocábulo ‘confiança’.” (PAVARINA, 2007, p. 44)

Fiança, propriamente dita, é uma forma de garantia fidejussória, ou seja, é uma garantia pessoal. Porém, é certo que o legislador processual penal a colocou como forma de garantia real.

Diante disso, surge inquietante questão: teria o legislador errado ao tratar de liberdade provisória com ou sem **fiança**? Na verdade, no tempo do império, a fiança era pessoal, prestada por pessoa idônea, que pagaria certa quantia se o afiançado fugisse.

No dizer de Mirabete (2006, p. 415) “A fiança é um direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível.” Esse direito decorre do enunciado do artigo 5º, inciso LXVI da CF: “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”.

A fiança pode ser prestada desde a prisão em flagrante até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹² Referido parágrafo único foi acrescentado pela Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977.

4.3.2.2 Objeto

“A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.” (art. 330, *caput*, do CPP).

Quando a fiança recair sobre imóvel, objetos ou metais preciosos, nos termos do § 1º do referido art. 330, a autoridade deverá nomear perito para que faça imediata avaliação.

Se a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus. (art. 330, § 2º, do CPP).

Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 492) explica que lei não especificou se o dinheiro tem que ser necessariamente moeda nacional, podendo, então, ser qualquer moeda estrangeira, devendo, quando da prestação da fiança, convertê-la pelo câmbio do dia. Para Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 421) e Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz (2000, p. 115) quando o legislador referiu-se a dinheiro quis tratar de moeda nacional, e que a moeda estrangeira de origem lícita pode ser aceita como metal precioso.

4.3.2.3 Valor da Fiança

O artigo 326 do Código de Processo Penal traz as regras para fixação do valor da fiança. Assim como a pena, a fiança também deve ser individualizada, levando-se em consideração os seguintes critérios: a) natureza da infração; b) condições pessoais de fortuna e vida pregressa do indiciado ou réu; c) circunstâncias indicativas de sua periculosidade; e, d) importância provável das custas do processo.

Além desses critérios, de caráter mais subjetivo, existem outros objetivos elencados no art. 325 do mesmo *codex*.

Para que seja possível entender o cálculo da fiança é necessário retrocedermos no tempo ao momento em que a Lei 7.780 de 22 de junho de 1989 entrou em vigor e alterou o *caput* e as alíneas do citado art. 325. Essa lei trouxe patamares de fixação da fiança de acordo com o grau máximo da pena privativa de liberdade, vinculando-o (máximo da pena) a um mínimo e máximo de salários mínimos de referência (SMR). Assim, verificava-se primeiro o grau máximo da pena privativa de liberdade imposta à infração, e depois, como numa tabela, consultava-se o art. 325 do CPP, achando o limite mínimo e máximo de SMR para se fixar a fiança. Como exemplo, imagine-se um delito cuja pena máxima privativa de liberdade em abstrato é de 2 anos. Pelo art. 325, alínea *a*, a fiança poderia ser fixada entre 1 e 5 SMR.

Pois bem, essa alteração mencionada no parágrafo anterior teve pouca duração, a Lei 7.789 de 03 de julho de 1989 extinguiu o SMR. Dias depois a MP nº 75 de 31 de julho de 1989 estabeleceu que os valores expressos em SMR passariam a ser calculados em função do BTN na razão de 40 BTN para cada SMR.

Com essa alteração, no exemplo supracitado, a fiança poderia ser fixada entre 40 e 200 BTN.

Como não bastassem essas alterações, em 31 de janeiro de 1991, através da Lei 8.177, o Governo Federal aboliu o BTN. Essa mesma lei que determinou o fim do BTN instituiu a TR. Agora, para se fixar o valor da fiança a autoridade deverá considerar o valor do último BTN (126,8621), corrigi-lo pela TR referente ao mês anterior, e multiplicá-lo pelo número de BTN, conforme o art. 325 do CPP. O professor Mirabete (2006, p. 420) elucida bem a questão:

O parágrafo único desse dispositivo [art. 3º da Lei 8.177/91] estabeleceu que o valor do BTN e do BTN Fiscal destinado à conversão para cruzeiros é de Cr\$ 0,1268621. Portanto, na inexistência de lei penal expressa a esse respeito, aplicando-se a analogia, o valor da fiança deve ser calculado de acordo com o disposto no art. 2º da Lei nº 7.843/89, c.c. o art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.177/91, com base na TR do primeiro dia de cada mês, tendo como base o valor a ser atualizado de CR\$ 0,1268621 (cruzeiros reais), convertido agora em reais.

Ainda dentro do art. 325 do CPP, porém agora no § 1º, verifica-se a possibilidade de redução ou aumento do valor da fiança conforme seja a situação econômica do réu ou indiciado. A fiança poderá ser reduzida até dois terços ou aumentada até o décuplo de seu valor.

A lei 8.035 de 27 de abril de 1990, que acrescentou o § 2º ao artigo 325 do CPP, deu tratamento diferenciado àqueles que cometem crime contra a economia popular ou crime de sonegação fiscal. Primeiramente, não se aplica a esses infratores o disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP. Portanto, quem comete tais infrações penais não pode ter liberdade provisória só por estarem ausentes as hipóteses que autorizariam a prisão preventiva. Além disso, a liberdade provisória, nesses casos, só pode ser concedida mediante fiança, e por decisão do juiz, excluindo a possibilidade da autoridade policial fixar a fiança. A fiança será fixada entre dez mil e cem mil BTN (conforme as regras explicitadas anteriormente). Tendo em vista a condição econômica do indiciado ou réu, a fiança poderá ser reduzida em até nove décimos ou aumentada até o decuplo.

4.3.2.4 Reforço da fiança

Quando a fiança for inidônea, ou seja, quando ela se mostrar insuficiente aos fins que a determinam, poderá ser exigido o reforço por parte do afiançado.

O art. 340 do Código de Processo Penal aduz as hipóteses de reforço da fiança: a) quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente; b) quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas; c) quando for inovada a classificação do delito.

Se o réu não reforçar a fiança esta ficará sem efeito e ele será recolhido à prisão, o valor será devolvido à pessoa que a tinha prestado.

4.3.2.5 Legitimidade para prestar e conceder fiança

Tanto o réu ou indiciado, quanto qualquer pessoa, em benefício desses, pode prestar a fiança, nos termos do art. 329 do CPP.

A concessão da fiança pode ser feita pela autoridade policial ou pelo juiz.

O juiz sempre poderá arbitrar fiança, desde que seja possível pela lei, já a autoridade policial só poderá arbitra-la nos casos em que o delito é punido com prisão simples ou detenção, essa é a inteligência do artigo 322 do diploma processual penal.

Essa concessão de fiança deve acontecer independente de requerimento. No entanto, se isso não ocorrer, o interessado poderá requerer o arbitramento, por escrito ou verbalmente.

Frise-se ainda que, se a autoridade policial se recusar em fixar a fiança, o indiciado poderá impetrar *habeas corpus* ou requerer diretamente ao juiz que a fixe. Como é o próprio juiz que julgará o HC, é mais rápido e mais aconselhável que se requeira diretamente a ele a concessão de fiança.

4.3.2.6 Obrigações do afiançado

Quando se concede liberdade provisória ao réu ou indiciado mediante o pagamento de fiança, impõe-se ao beneficiário certas obrigações que terão que ser cumpridas, sob pena de quebra da fiança.

A primeira obrigação do afiançado, descrita no art. 327 do CPP, é a de comparecer perante a autoridade, sempre que intimado, para os atos do inquérito policial ou da instrução criminal e do julgamento.

Por seu turno, o art. 328 do citado código, obriga o afiançado comunicar à autoridade processante, quando se ausentar por mais de oito dias de sua residência, o lugar onde será encontrado. Ele, afiançado, também deverá ter permissão prévia da autoridade processante para mudar de residência.

Na parte final do *caput*, do art. 350, do Código de Processo Penal, existe a obrigação do afiançado não praticar outra infração penal.

Se o afiançado descumprir qualquer dessas obrigações a fiança será tida por quebrada, perdendo metade do valor prestado, devendo recolher-se à prisão. “Se fugir, furtando-se a essa obrigação, o perdimento será total.” (TOURINHO, 2002, p. 559).

4.3.2.7 Quebra da fiança

O artigo 341, do Código de Processo Penal, cuida do quebramento da fiança.

Como aludido no tópico anterior, julgar-se-á quebrada a fiança quando o afiançado descumprir alguma de suas obrigações.

Insta salientar que, o simples descumprimento não é suficiente para que haja quebra da fiança. O dispositivo legal (art. 341, do CPP) ressalva a hipótese de motivo justificado para tal descumprimento, ou seja, desde que o afiançado, incontinenti, não prove motivo justo. Apesar da lei referir-se à prova incontinenti, de certo a autoridade judiciária deverá verificar as peculiaridades do caso concreto, é o que lembra com propriedade o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2002, p. 559): “Não se pode dar a esse elemento cronológico o sentido que lhe emprestam os dicionários, porquanto razões várias podem obrigar o afiançado a retardar a justificação.”

Sobre o quebramento da fiança pelo cometimento de nova infração penal, vejamos o interessante raciocínio feito pelo ilustre doutrinador Tourinho Filho (2002, p. 559):

Além disso, convém lembrar que, se porventura o afiançado vier a cometer nova infração penal, na vigência da fiança, o quebramento será inevitável, a menos que, pelo exame do auto de prisão em flagrante ou do inquérito, entenda a Autoridade estar esboçada uma causa excludente de antijuridicidade. Diz a lei assim? Não. Mas, pela leitura do art. 310 e até mesmo em face do que dispõe o art. 314, há de se concluir seja esse o entendimento certo.

A quebra da fiança acarretará a perda de metade do valor prestado, recolhimento do afiançado à prisão, o processo e o julgamento seguirão à revelia do réu enquanto não for preso, e esse não terá direito a uma segunda fiança nesse mesmo processo.

Cumprido dizer que, apenas a autoridade judiciária pode decretar o quebramento da fiança.

4.3.2.8 Cassação da fiança

O legislador processual penal previu duas hipóteses de cassação da fiança, a saber:

a) Quando o juiz reconhecer que a fiança não era cabível (art. 338 do CPP);

b) Quando houver inovação na classificação do delito para outro que não admita fiança (art. 339 do CPP);

Cassada a fiança, o valor ou a coisa objeto dessa será devolvido ao acusado ou terceiro que a prestou.

4.3.3 Comentários à Liberdade Provisória Vedada

Por fim, iremos tecer alguns comentários à chamada liberdade provisória vedada.

Na verdade se tratam de hipóteses em que há vedação legislativa à concessão de qualquer tipo de liberdade provisória.

A Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, que trata dos crimes hediondos, dispunha em seu art. 2º, inciso II, que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo eram insuscetíveis de fiança e liberdade provisória.

No entanto, com o advento da Lei 11.464/07 que alterou o referido inciso II, os crimes mencionados passaram a ser insuscetíveis, apenas, de fiança.

Com essa lei veio a discussão sobre sua aplicação. Para alguns doutrinadores, essa lei posterior, revogou os dispositivos semelhantes em leis anteriores, devendo ser amplamente aplicada.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou acerca da controvérsia, denegando liminar que visava a concessão de liberdade provisória em crime de tráfico de drogas. O egrégio tribunal afirmou que a legislação que trata do tráfico de droga, a Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 (nova lei de drogas que confirmou a impossibilidade de fiança e liberdade provisória para os crimes dos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, do referido diploma legal), é especial e que a lei dos crimes hediondos é geral, devendo prevalecer aquela em detrimento dessa pelo Princípio da Especialidade.

Outrossim, são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória os crimes previstos nas Leis 9.034/95¹³ e 9.613/98¹⁴.

Apesar de, seguindo a doutrina clássica, termos colocado a liberdade provisória vedada como uma espécie de liberdade provisória, não podemos descurar de críticas de doutrinadores como Paulo Roberto da Silva Passos (2000, p. 102):

Com a vênia devida, nos permitimos divergir da decisão que, como afirmamos, impõe-se na literatura jurídico-processual penal. Com efeito, em primeiro lugar, fere a lógica, avulta o bom senso, entender-se que a proibição à concessão da liberdade provisória (categoria “vedada”) seja uma de suas espécies.

Parece-nos comezinho, que, ou cabe a prisão provisória, e daí a sua divisão ou não cabe. O que não se pode aceitar é que “a não liberdade” – por que conveniente de norma cogente – seja espécie do gênero liberdade.

Parece-nos, com a devida vênia aos respeitáveis doutrinadores divergentes, que a crítica acima faz sentido, pois a liberdade provisória vedada constitui verdadeira exceção ao gênero liberdade provisória. Poder-se-ia chamá-la, inclusive, de “exceções à liberdade provisória” ou “hipóteses em que não cabe liberdade provisória”.

Já vimos, portanto, o inquérito policial, as prisões processuais e a liberdade provisória, é chegado o momento de relacionarmos esses temas para atingirmos o núcleo deste trabalho, o que passaremos a desenvolver.

¹³ Esta lei dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

¹⁴ Esta lei dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências.

5 DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO INQUÉRITO POLICIAL

Neste ponto chegamos ao cerne do trabalho. Passaremos, então, a discutir sobre a liberdade provisória dentro do inquérito policial.

De início, observamos que com as abordagens feitas nos capítulos anteriores colacionamos informações genéricas sobre o inquérito policial, as prisões processuais e a liberdade provisória.

Agora, essas informações serão entrelaçadas para que se possa ter um panorama sobre a liberdade provisória dentro do inquérito policial.

Como visto anteriormente, existem situações em que alguém é preso sem que haja sentença penal condenatória irrecorrível contra si. Descartando as prisões civil, disciplinar e constitucional, que fogem à seara penal, e deixando de lado a prisão sanção, que se impõe ao final do processo penal, quando já não cabe mais recurso, restam as prisões processuais.

De acordo com o escopo deste trabalho, dentro dessas prisões processuais não abordamos a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e a prisão decorrente de sentença de pronúncia por se encontrarem dentro do processo penal. Por fim, foram analisadas a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva.

Uma vez mais é mister restringirmos a análise das prisões processuais, já que na prisão temporária e na prisão preventiva não cabe liberdade provisória, se não subsistem mais os motivos ensejadores dessas prisões haverá a revogação delas. Resta, portanto, a prisão em flagrante.

É na prisão em flagrante, presente em sede de inquérito, que cabe a liberdade provisória, nos casos, e de acordo com as regras vistas no capítulo anterior.

5.1 Concessão da Liberdade Provisória em Face da Lei 9.099/95

Quando o Código de Processo Penal¹⁵ entrou em vigor, em 1º de janeiro de 1942, trazia hipóteses em que o indiciado, preso em flagrante, podia obter a liberdade provisória de duas formas: *a) sem pagar fiança, nos casos em que se livrava solto (art. 321 do CPP), ou quando estava acobertado por uma excludente de ilicitude*¹⁶ (art. 310, caput, do CPP); *b) mediante o pagamento de fiança (arts. 323 e seguintes do CPP)*. Se o indiciado não se enquadrava em nenhuma dessas hipóteses deveria aguardar o julgamento preso.

Como se depreende, o legislador processual tratava a liberdade provisória de forma muito simples e dava bastante importância à modalidade de liberdade mediante o pagamento de fiança.

Com a evolução da doutrina, e a dinamicidade inerente ao Direito, passou-se a entender que, embora fosse possível a prisão em flagrante, essa só deveria se manter quando imprescindível ao processo. Essa imprescindibilidade levava sempre em conta o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*).

Destarte, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe à luz, a primazia do princípio de inocência:

Observe-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada aos 10 dias do mês de dezembro de 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, para a qual o Brasil concorreu com a sua presença e voto, peremptoriamente declara no inc. I do art. 11: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, conquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei, em julgamento público, e em que se lhe hajam assegurado todas as garantias necessárias para a sua defesa”. (TOURINHO, 2002, p. 503).

Nesse diapasão, a Lei nº 5.349/67, que alterou o art. 312 do CPP, teve grande importância ao passar a exigir, para a decretação da prisão preventiva, não apenas prova da materialidade do fato e indícios de autoria (*fumus boni juris*), mas também a demonstração do *periculum in mora*.

A partir daí, mesmo praticando crime grave, o autor só pode ser preso preventivamente se, além da existência de prova do crime e de suficientes indícios de autoria, a medida se mostrar necessária, para garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei. (BATISTA, 1985, p. 50/51).

¹⁵ Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.

¹⁶ Vide tópico 4.3.1.1 Liberdade provisória vinculada.

Posteriormente, a Lei nº 6.416/77 acrescentou o parágrafo único ao artigo 310 do diploma processual penal, possibilitando a liberdade provisória sempre que ausentes os motivos para a prisão preventiva. Como se pode imaginar isso trouxe sensível modificação ao sistema de liberdade existente até então.

O professor Weber Martins Batista (1985, p. 60) esclarece: “Agora, em face da nova lei, o flagrante também reclama a consideração judicial da necessidade da prisão cautelar”, e continua: “[...]‘reduzindo-se ainda mais os casos de prisão processual sustentada só pela base formal’”.

Referido parágrafo único foi extremamente abrangente, já que não houve qualquer restrição legal, admitindo-se a liberdade para delitos afiançáveis e inafiançáveis. É cediço que com o novo dispositivo legal a liberdade provisória mediante fiança perdeu muito de sua importância prática. É o que preleciona Weber Martins Batista (1985, p. 60/61): “Com a adoção da regra do parágrafo único do art. 310, do Código de Processo Penal, o instituto da fiança perdeu toda a importância que tinha.”

Pois bem, visando “desafogar” o Poder Judiciário, com o grande, e crescente, número de demandas cíveis e criminais, e atendendo ao mandamento constitucional contido no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988¹⁷, o legislador pátrio instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Criminais, ou, simplesmente, JEC e JECRIM, respectivamente.

Obviamente nos interessa apenas o estudo dos JECRIM. A instituição desses órgãos do Poder Judiciário se deu através da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Os juizados especiais se orientam pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, e celeridade, buscando, quando possível, a conciliação ou a transação (art. 2º, Lei 9.099/95).

Essa lei, outrossim, “regulamentou”, de certa forma, o conceito de *infrações de menor potencial ofensivo*, cuide-se que referida expressão já tinha agasalho constitucional (art. 98, I, CF), veja-se as redações dos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/95:

¹⁷ Este dispositivo constitucional contém uma norma de eficácia limitada. Conforme explana o professor José Afonso da Silva (1998, p. 122) trata-se de norma constitucional de princípio institutivo, “[...] ‘normas de princípio institutivo, porquanto contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades[...]’”.

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento, e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Grifou-se).

Art. 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Grifou-se).¹⁸

Portanto, como se infere do art. 61 acima descrito, as contravenções penais e os crimes com pena máxima em abstrato não superior a 2 (dois) anos, são considerados infrações penais de menor potencial ofensivo.

Essa mesma lei determina, à autoridade policial que tomar conhecimento de um delito, que lavre um Termo Circunstanciado (TC) sobre o fato criminoso e o encaminhe imediatamente, junto com o autor do fato e a vítima, para o JECRIM (art. 69, Lei 9.099/95). “Conterá o termo circunstanciado, sinteticamente, os dados necessários à identificação dos envolvidos, das testemunhas, do que ocorreu, do que alegaram os participantes e as testemunhas.” (GIACOMOLLI, 1997, p. 78).

Nereu José Giacomolli (1997, p. 78), sintetizando o conteúdo do TC, afirma que “A lei faz referência a termo circunstanciado; então, tudo o que for relevante e cercar a ocorrência do fato deverá ser objeto de resumida anotação.”

O parágrafo único do referido artigo 69 assevera que, ao autor do fato, que for imediatamente encaminhado ao JECRIM, ou, na impossibilidade desse encaminhamento imediato, que se comprometa a comparecer quando determinado, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

Para alguns autores o parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95 constitui nova modalidade de liberdade provisória obrigatória. Porém, entendemos não se tratar de modalidade de liberdade provisória, haja vista que nesse caso não há lavratura do auto de prisão em flagrante. Cuide-se, ainda, que, conforme vislumbrado anteriormente¹⁹, a liberdade provisória constitui um sucedâneo à prisão preventiva. Ora, se não há prisão não há que se falar em liberdade provisória, visto que não se põe em liberdade quem nunca esteve preso, noutras palavras, onde estaria o caráter substitutivo da liberdade provisória?

¹⁸ Esse artigo tem redação determinada pela Lei nº 11.313 de 28 de junho de 2006. A redação original previa como infração penal de menor potencial ofensivo aquelas a que a lei cominasse pena máxima não superior a 1 (um) ano.

¹⁹ Vide capítulo 4 LIBERDADE PROVISÓRIA.

Parece ser esse o entendimento dos ilustres doutrinadores Weber Martins Batista e Luiz Fux (1997, p. 310) que apontam para o equívoco que a lei 9.099/95 faz ao referir-se no parágrafo único à não exigência de fiança. A confusão reside no fato do dispositivo afirmar que “não se imporá prisão em flagrante” ao autor do fato que cumprir as condições de comparecer imediatamente ao juizado, ou assumir compromisso de comparecer quando designado, e em seguida afirmar, “nem se exigirá fiança”. Para os autores só seria possível a prestação de fiança se o autor capturado fosse preso em flagrante, o que não acontece. Vejamos a preleção dos autores, feita com propriedade:

Ora, a Lei nº 9.099/95 não permite que o agente simplesmente *detido*, ou – usando vocábulo menos equívoco – que o agente *capturado*, seja *preso em flagrante* nas duas hipóteses mencionadas no parágrafo único do art. 69: na de ser imediatamente encaminhado ao juizado, ou na de assumir o compromisso de a ele comparecer. Sendo assim, desnecessário acrescentar que dele não “se exigirá fiança”.

Porque a conclusão? Porque só é possível exigir a prestação de fiança de agente que, tendo sido capturado em situação de aparente delito flagrante, é *preso em flagrante* pela autoridade competente, que lavrou o respectivo auto. Nesta situação é que se poderia dele exigir, para ser posto em liberdade, a prestação de fiança. (BATISTA; FUX, 1997, p. 310).

Interessante observar, com o advento da Lei 9.099/95, que outro instituto processual perdeu muito espaço, qual seja, a verdadeira liberdade provisória obrigatória.

Os delitos em que o indiciado se livra solto, consoante às regras exaradas no art. 321 do estatuto processual penal, foram classificados como infrações penais de menor potencial ofensivo, passando a ter novo tratamento legal.

Para exemplificar vejamos o crime de rixa, capitulado no artigo 137 do Código Penal brasileiro, esse crime tem pena de detenção de 15 dias a 2 meses, ou multa. “Preso” em flagrante, o agente será levado à autoridade policial que lavrará o termo circunstanciado. Como se vê na prática, o infrator não será levado imediatamente ao JECRIM, então a autoridade policial perguntará se ele se compromete a comparecer, quando determinado, ao juizado. Se o infrator prestar o compromisso, não será lavrado o auto de prisão em flagrante, e o agente será liberado.

Ressalte-se que não houve prisão, o infrator apenas aguardou a conclusão das providências tomadas pela autoridade policial, conforme dispõe a lei.

Mas, então estaria banida do sistema jurídico a liberdade provisória obrigatória? Evidente que não. Sua aplicação se tornou muito restrita. Valendo-se, ainda, do exemplo acima, teremos a utilização dessa liberdade na seguinte situação: se o infrator negar-se a comparecer posteriormente ao juizado, a autoridade lavrará o auto de prisão em flagrante, e, em seguida, o colocará em liberdade, já que no crime de rixa o agente se livra solto.

Insta salientar que a mudança aduzida pela Lei 9.099/95, não alterou somente os casos em que o agente se livra solto, mas sim todo o sistema de liberdade provisória pois, nos casos em que a pena máxima cominada é maior que 3 meses e menor que 2 anos, embora não caiba liberdade provisória obrigatória, trata-se, ainda, de infração de menor potencial ofensivo. Portanto, agora, antes de se analisar se cabe liberdade provisória mediante fiança, ou sem fiança nos casos do art. 310, *caput*, e parágrafo único do CPP, e, outrossim, nos casos do art. 350 do citado código, é necessário se perguntar se o ilícito penal é de menor potencial ofensivo, se a resposta for afirmativa, nem se imporá prisão em flagrante.

Tomemos mais um exemplo para iluminar o raciocínio. No crime de violação de direito autoral, insculpido no artigo 184, *caput*, do diploma penal, com pena de detenção de 3 meses a 1 ano, ou multa, o infrator não se livra solto. Antes da Lei 9.099/95, restava então a liberdade provisória mediante fiança, que podia ser concedida pela autoridade policial, já que a pena é de detenção. Hodiernamente, antes de pensar em fixar a fiança, caberá a autoridade policial constatar que se trata de infração penal de menor potencial ofensivo, encaminhando o infrator imediatamente ao JECRIM, ou, não sendo possível, compromissá-lo, e liberá-lo em seguida.

5.2 Papel da Autoridade Policial na Concessão de Liberdade Provisória

Com as considerações feitas até agora é mister apontarmos qual o papel da autoridade policial na concessão de liberdade provisória.

Atualmente, a autoridade policial não tem muito espaço para conceder liberdade provisória. As infrações em que o agente se livra solto, ou seja, quando cabe liberdade provisória obrigatória, situação aferida e levada a efeito pela

autoridade policial, pertencem, agora, ao grupo das infrações penais de menor potencial ofensivo, não se impondo prisão.

Ainda, pensando sobre as hipóteses de liberdade provisória sem fiança, o caput e parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, permitem apenas à autoridade judiciária conceder liberdade provisória, ficando a autoridade policial à margem nessas situações. Nesse passo é, outrossim, a redação do art. 350, que permite ao juiz conceder liberdade provisória sem fiança, quando couber fiança mas o indiciado ou réu não puder presta-la por motivo de pobreza.

É forçoso concluir que atualmente a autoridade policial só pode conceder liberdade provisória, independentemente de qualquer condição legal, mediante fiança.

Por seu turno, os delitos com pena de detenção ou prisão simples, onde a autoridade policial está autorizada a conceder liberdade provisória mediante fiança, constituem em sua maioria infrações de menor potencial ofensivo (punidas com até 2 anos).

A título exemplificativo, e sem pretensão de esgotarmos o assunto, apontaremos alguns dispositivos legais onde a autoridade policial poderá conceder, de pronto, liberdade provisória, mediante fiança: arts. 121, § 3º; 123; 124; 129, § 9º; 133, *caput*; 134, § 1º e § 2º; 151, § 3º, 153, § 1º-A; 162; 163, parágrafo único; 172; 206; 207; 238; 239; 244; 264, parágrafo único, parte final; 266; 267, § 2º, parte final; 273, § 2º; 278, *caput*; 280, *caput*; 303; 309, *caput*; 310; 322; 323, § 2º; 329, § 1º; 355; 356; todos do Código Penal. Nesse passo, ainda encontramos exemplos no Estatuto do Desarmamento Lei nº 10.826/03, art. 12, e também na nova lei de drogas Lei nº 11.343/06, arts. 33, § 2º e 39.

Obviamente o ordenamento jurídico contempla uma gama de dispositivos onde a autoridade policial, sem depender de qualquer situação, poderá conceder liberdade provisória, que não elencamos neste trabalho.

Destaque-se que não há nenhuma contravenção penal em que a autoridade policial possa, pelo menos em um primeiro momento, conceder liberdade provisória, pois são todas infrações de menor potencial ofensivo.

É possível, então, com os dados obtidos até agora, pontuarmos as hipóteses objetivas em que a autoridade policial poderá conceder fiança:

a) nas infrações penais punidas com detenção ou prisão simples, com pena máxima superior a dois anos, mediante prestação de fiança, exceto nos casos de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, bem como nas contravenções penais dos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 3.688/41;

b) nas infrações penais punidas com detenção ou prisão simples, com pena máxima não superior a dois anos, quando o agente capturado, e não conduzido imediatamente ao JECRIM, não se comprometer a comparecer ao juizado, quando designado, exceto nos casos de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, bem como nas contravenções penais dos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 3.688/41;

c) nas infrações penais em que o agente se livra solto, desde que o agente capturado não possa ser imediatamente conduzido ao JECRIM, e também não se comprometa a comparecer posteriormente, exceto nas contravenções penais dos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 3.688/41;

Assim, está demonstrado o âmbito de atuação da autoridade policial na concessão de liberdade provisória no atual sistema jurídico brasileiro.

6 CONCLUSÃO

O objetivo desta pesquisa é estudar a liberdade provisória dentro do inquérito policial, verificando as alterações sofridas no sistema jurídico com a vigência de novas leis, como as que alteraram o Código de Processo Penal, e especialmente a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais e regulamentou as infrações penais de menor potencial ofensivo, verificando, ao final, qual o papel atual da autoridade policial na concessão de liberdade provisória.

Nesse sentido verificamos que o inquérito policial tem natureza jurídica de procedimento administrativo, constituindo uma fase pré-processual conduzida pela autoridade policial, no intuito de se apurar a materialidade do delito e indícios de autoria.

Observamos que no transcorrer desse procedimento administrativo, de acordo com a legislação, podem se dar prisões processuais, que não ferem o princípio constitucional da presunção de inocência, justamente por terem natureza jurídica cautelar, em que pesem discussões, já debatidas, quanto à prisão temporária.

Posteriormente, adentramos na seara da liberdade provisória onde verificamos a existência de modalidades de liberdade provisória obrigatória, sem fiança e com vinculação, e mediante fiança. Ressalte-se que nesse ponto começamos a verificar as alterações que o texto original do Código de Processo Penal começou a sofrer, exemplo disso, foi a introdução do parágrafo único do artigo 310, que tirou muito da importância prática da liberdade provisória mediante fiança, permitindo ao indiciado ou réu, quando ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, alcançar o benefício substitutivo da liberdade provisória sem fiança, não importando se o delito é ou não afiançável.

Por fim, relacionamos a liberdade provisória ao inquérito policial, restringindo o estudo da liberdade provisória à prisão em flagrante, aquela como sucedâneo dessa, já que não cabe liberdade provisória na prisão temporária nem na prisão preventiva.

Como visto o Código de Processo Penal tratava a liberdade provisória de forma simples, ou seja, nas hipóteses em que o citado diploma legal permitia

liberdade provisória obrigatória, ou liberdade provisória mediante fiança, o indiciado poderia aguardar o término das investigações em liberdade, se a liberdade não fosse possível em nenhuma das hipóteses acima, o indiciado deveria aguardar preso.

Com a edição das Leis nº 5.349/67 e 6.416/77, a situação foi alterada, o ordenamento jurídico passou a permitir a prisão processual apenas quando imprescindível, ou seja, quando presentes os requisitos da prisão preventiva, para que a prisão fosse mantida ou decretada era necessária a demonstração do *fumus boni juris* e do *periculum libertatis*. Essas alterações fizeram o instituto da liberdade provisória perder importância dentro do sistema jurídico. A atuação da autoridade policial na concessão da liberdade provisória, conseqüentemente, foi reduzida, pois ainda que o delito fosse afiançável e punido com detenção, o infrator poderia peticionar ao juiz a concessão da liberdade com base no parágrafo único do art. 310 do CPP, pois, como explanado, essa liberdade é verdadeiro direito público subjetivo.

Por sua vez, a Lei nº 9.099/95 que instituiu o Juizado Especial Criminal, e regulamentou as infrações penais de menor potencial ofensivo, causou verdadeira reviravolta no sistema jurídico de concessão da liberdade provisória, já que o art. 69 dessa lei impede a prisão em flagrante daquele que for apresentado imediatamente no juizado, ou na impossibilidade de se apresentar prontamente, daquele que prestar compromisso de comparecer ao JECRIM.

Para alguns doutrinadores referida lei trouxe nova hipótese de liberdade provisória obrigatória, respeitável posição da qual ousamos discordar, haja vista que, como já colocado anteriormente, sendo a liberdade provisória sucedâneo à prisão provisória, e, conforme redação da própria lei, não há prisão quando se trata de crime de menor potencial ofensivo, é forçoso concluir que a liberdade provisória incoorre.

A despeito dessa discussão, fica claro que a Lei nº 9.099/95, contribuiu, outrossim, para a diminuição de espaço da autoridade policial na concessão de liberdade provisória, posto que as infrações em que o agente se livra solto, foram classificadas como infrações de menor potencial ofensivo, não se impondo prisão em flagrante. As infrações com pena de detenção superior a três meses, onde cabe liberdade provisória mediante prestação de fiança arbitrada pela autoridade policial, em sua maioria, também constituem infrações de menor potencial ofensivo, com pena máxima de até dois anos.

Conclui-se, hoje, que o papel da autoridade policial, quando captura um infrator em estado de flagrância, resume-se a constatar a menor ofensividade do delito perpetrado, liberando-o, ou, não sendo caso de infração de somenos importância, lavrar o auto de prisão em flagrante, mantendo o agente preso, por ser crime apenado com reclusão, ou ter natureza de crime contra a economia popular ou crime de sonegação fiscal, bem como nas contravenções penais dos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 3.688/41, restando ao infrator pugnar pela liberdade junto à autoridade judiciária.

Excepcionalmente, será caso de crime apenado com detenção ou prisão simples, cuja pena máxima cominada seja superior a dois anos, onde a autoridade policial arbitraré fiança, lembrando que o agente, ainda assim poderá não presta-la, e conseguir a liberdade provisória através de determinação judicial.

Por derradeiro, insta salientar que a liberdade provisória no inquérito policial, mais precisamente nos casos de prisão em flagrante, tem grande importância para reafirmar o preceito constitucional do devido processo legal, é bem verdade que com as alterações legislativas mencionadas alhures perdeu terreno de aplicabilidade, já que há um movimento cada vez maior para que não se imponha prisão antes da sentença condenatória irrecorrível, contudo, isso não é retrocesso e sim evolução.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito Policial: doutrina, prática, jurisprudência**. 4 ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Método, 2004.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória: Modificações da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei nº 9.099/95 e sua doutrina mais recente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade provisória**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Vade Mecum** / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3 ed. atual. e ampl.; São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Código Penal. **Vade Mecum** / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3 ed. atual. e ampl.; São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Constituição Federal. **Vade Mecum** / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3 ed. atual. e ampl.; São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. A prisão decretada na sentença de pronúncia, ainda que se trate de crime classificado como hediondo, não impede por si só, a liberdade provisória se demonstrado que a decisão da custódia carece de fundamentação válida e substancial a justificar a sua necessidade. *Habeas Corpus* 5.247/RJ – Rel. Min. Willian Patterson – j. 16.12.1996 – RT 745/508.

_____. Supremo Tribunal Federal, súmula nº 145. Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. **Vade Mecum** / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3 ed. atual. e ampl.; São Paulo: Saraiva, 2007.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 3 ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FRANCO, Paulo Alves. **Prisão em Flagrante, Preventiva e Temporária**. 2 ed.; Leme: LED – Editora de Direito, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 4 ed. rev., ampl. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3 ed. rev. e atual.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

HERCULANO, Alexandre. **História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal**. Porto Alegre: Pradense, 2002.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Do inquérito policial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed.; São Paulo: Atlas, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. 2 ed.; São Paulo: Atlas, 1998.

_____. _____. Vol. 2.; São Paulo: Atlas, 1998.

MUCCIO, Hidejalma. **Prisão e liberdade provisória : teoria e prática**. Jaú: HM editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 6 ed., rev., atual. e ampl. 2 tir.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 3 ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória : doutrina, jurisprudência e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Da prisão e da liberdade provisória – aspectos polêmicos – doutrina e jurisprudência**. Bauru: Edipro, 2000.

PAVARINA, Adriana Ribeiro. **Considerações sobre a liberdade provisória no auto de prisão em flagrante**. 2007. 66 f. Monografia (Curso de Formação Técnico-Profissional para Delegado de Polícia) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2007.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Da exclusividade constitucional da investigação criminal como direito fundamental. In: **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2844>>. Acesso em 15 de agosto de 2007.

ROCHA, Luiz Carlos. **Investigação policial : teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; BAZ, Marco Antonio Garcia. **Fiança criminal e liberdade provisória**. 2 ed. rev. e atual.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SERVANTES, Luiz José Martins. **A razoabilidade da liberdade provisória nos crimes hediondos**. 2004. 72 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed.; São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária**. 2 ed.; São Paulo: LED – Editora de Direito, 1996.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10 ed. atual.; São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 29 ed. rev. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. _____. Vol. 3. 24 ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Saraiva, 2002.