

## **Do direito a liberdade provisória nos crimes de menor potencial ofensivo**

Elaborado em 09.2005.

### **Pedro Melchior de Melo Barros**

É cediço que o inciso LXVI do artigo 5º da Carta Magna de 1988 elevou o instituto da liberdade provisória a direito fundamental ao determinar que *"ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"*. Desse modo, a prisão cautelar somente deve subsistir se estiver informada por hipótese legal que autorize a sua imposição.

Com efeito, o acusado de praticar um delito, em regra, deve responder ao processo em liberdade, exceto quando presentes os pressupostos ensejadores de sua prisão preventiva, que, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, apenas *"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 de autoria"*.

Realmente, *"a liberdade é a regra do Estado de Direito Democrático; a restrição à liberdade é a exceção, que deve ser excepcionalíssima, aliás. Ninguém é culpado de nada enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória; ou seja, ainda que condenado por sentença judicial, o acusado continuará presumidamente inocente até que se encerrem todas as possibilidades para o exercício do seu direito à ampla defesa. Assim, sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade terá finalidade meramente cautelar. A lei define as hipóteses para essa exceção e a Constituição Federal nega validade ao que o Juiz decidir sem fundamentação. O pressuposto de toda decisão é a motivação; logo não pode haver fundamentação sem motivação. Ambas só poderão servir gerando na decisão a eficácia pretendida pelo Juiz se amalgamadas com suficientes razões."* (STJ, 5ª Turma, HC nº 3871/RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJ 13/11/1995).

A propósito, a jurisprudência dos Tribunais pátrios é uníssona no sentido de que a simples suposição de que o acusado permanecerá com o agir criminoso não justifica, com fundamento na preservação da ordem pública, a impingência de uma medida

restritiva do jaez da custódia preventiva do réu, hipótese apenas aplicável se a sociedade viesse, por força da liberdade do mesmo, a se sentir desprovida de garantias para a sua tranqüilidade.

Efetivamente, *"a prisão preventiva, medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, concebida com cautela, face ao princípio constitucional da inocência presumida, deve fundar-se em razões objetivas, indicativas de motivos concretos susceptíveis de autorizar a medida constritiva da liberdade. A mera invocação de reiteração de prática delituosa não consubstancia fundamento suficiente para a manutenção de custódia processual"* (STJ, 6ª Turma, HC nº 15858/RJ, Rel. **Ministro Fernando Gonçalves**, DJ 18/06/2001).

Deve-se esclarecer que deve haver provas ou pelo menos indícios suficientemente fortes que permitam a conclusão de que o acusado prejudicará a instrução criminal ou mesmo frustrará eventual e futura aplicação da lei penal, mormente quando possuir domicílio certo no qual pode ser encontrado e ocupação lícita.

Assim sendo, de acordo com esse dispositivo, nas precisas palavras de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*In: Processo Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, V. 3, p. 451/453*), *"será admitida a liberdade provisória vinculada sem fiança, ainda que inafiançável a infração, se o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. (...) se o Juiz, analisando os autos, não encontrar nenhum elemento idôneo que respalde qualquer uma condições que legitimam a prisão preventiva, caber-lhe-á, após a ouvida do órgão do Ministério Público, conceder ao indiciado, ou réu, a liberdade provisória sem fiança, sujeitando-o, tão-somente, à obrigação de comparecer a todos os atos do processo (...)"*.

Ainda no que concerne ao escólio de tal regramento, leciona ADA PELLEGRINI GRINOVER (*In: A nova lei penal, a nova lei processual. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 133/136*) que, *"acrescentando um parágrafo único ao dispositivo, a Lei nº 6.416/77 amplia a possibilidade de liberdade provisória para abranger na mesma sistemática as hipóteses para as quais a prisão preventiva não é autorizada (arts. 311 e 312 do CPP). Ou seja, haverá a possibilidade de liberdade provisória, também no flagrante, sem necessidade de fiança, quando não houver necessidade da prisão em flagrante para garantir a ordem pública e a instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal"*.

Diante dessas considerações conclui-se que uma vez ausentes os requisitos elencados no art. 312 do CPP, impõe-se a concessão da liberdade provisória do acusado de prática de crime de menor potencial ofensivo mediante promessa de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício, nos termos do art. 310, parágrafo único, da Lei Adjetiva, sendo desnecessário o pagamento de fiança.