

O chamado "livrar-se solto" ainda sobrevive no Processo Penal?

MARCELLUS POLASTRI LIMA ⁽¹⁾

A regra do art. 321 do CPP é de que, não sendo cominada pena privativa de liberdade, de forma isolada ou cumulativa à infração penal, ou mesmo sendo cominada pena privativa de liberdade, esta não ultrapasse, no máximo, três meses, o agente se livre solto, salvo se for vadio ou reincidente em crime doloso.

Trata-se de forma de liberdade sem vinculação, mas que não pode ser considerada, estritamente, espécie de liberdade provisória, pois, como conclui JOSÉ BARCELOS DE SOUZA:

"[...] não se trata da liberdade normal, desvinculada de obrigações ou livre de restrições, mas presa, pena de revogação, aos deveres impostos a quem a obtém, com ou sem fiança. Por isso mesmo, não mais incluímos na classificação da liberdade provisória os casos em que o réu se livra solto, visto que não sofrerá as limitações decorrentes da fiança e dos demais casos de liberdade provisória ⁽²⁾."

O artigo 321 do CPP dispõe que:

"**Art. 321.** Ressalvado o disposto no art. 323, II 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;

⁽¹⁾ O autor é Procurador de Justiça-RJ, Mestre e Doutor em Ciências Penais (Processo Penal) pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professor de Processo Penal da Estácio de Sá - Campus Menezes Cortes e dos Cursos de Pós-Graduação da UNESC-ES e FESMIP-BA.

⁽²⁾ SOUZA, José Barcelos. *A defesa na polícia e em juízo*. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 258.

II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a 3 (três) meses.

Assim, se o agente, mesmo se condenado, não irá, efetivamente, cumprir pena, não há razão para que ao mesmo seja aplicada uma prisão provisória (v.g., nos casos de contravenções penais punidas só com multa, nos de crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores e Governadores do Distrito Federal e Territórios e seus Secretários, cuja pena é perda ou suspensão do cargo *etc.*).

Por outro lado, nos crimes e contravenções penais aos quais a pena aplicada, mesmo cumulativa ou alternativamente, não passe de três meses, em vista do tempo que demanda para o fim do procedimento, caso se desse decretação de prisão provisória, o agente acabaria tendo mais tempo de prisão cautelar do que de pena, ou seja, não teria nenhuma pena final a cumprir.

Trata-se, aqui, de caso em que, mesmo desafiando a lavratura do auto de prisão em flagrante, o réu permanecerá em liberdade. Assim, poderá ser o agente capturado, ser lavrado o flagrante, mas não será recolhido à prisão.

O legislador ressalva que, se o imputado for vadio ou reincidente em crime doloso, deverá ser recolhido à prisão, e certamente assim o fez no entendimento de que, depois, não preencherá os requisitos para obter a liberdade provisória, até mesmo com fiança, quanto mais sem vinculação.

A origem da expressão **livrar-se solto** se deu na Constituição do Império, que dispunha em seu art. 179, n° 9, *in fine*:

“...em geral, nos crimes que não tiveram maior pena que a de seis meses de prisão ou desterro para fora da Comarca, poderá o réu **livrar-se solto**...”

Tal liberdade, segundo ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS,

“significa que o réu ou indiciado, nas situações ali descritas, goza do direito de ser processado sem qualquer das sujeições previstas tanto para a prisão provisória como no que se refere à fiança e à liberdade vinculada sem caução. Inexiste, nessa situação, o estado coercitivo ou os vínculos que prendem o acusado ao processo nas outras formas de liberdade ⁽³⁾.”

⁽³⁾ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 301.

Destarte, mesmo se o agente não comparecer futuramente ao interrogatório, inclusive sendo citado, a única desvantagem que terá será a sua não cientificação para os demais atos do processo, sendo-lhe nomeado defensor dativo, mas nunca perderá o *status libertatis* somente por este motivo.

Ocorre que, com a Lei 9.099/95, o **livrar-se solto**, como antes previsto pelo CPP, passou a necessitar de uma releitura, pois a citada Lei dos Juizados Especiais Criminais criou, agora sim, uma nova espécie de liberdade provisória, decorrente de imposição legal, dispondo em seu art. 69 que, ao autor do fato que for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de nele comparecer, não se imporá prisão em flagrante e nem se exigirá fiança.

Temos, assim, criada em lei especial, nova forma de liberdade, agora vinculada ao comparecimento do agente aos atos do processo e, assim, se ajustando ao conceito de liberdade provisória, já que se estabelece condição para que não se opere a cautelar prisional e para não se exigir contracautela mais gravosa, ou seja, a fiança, sendo certo que, em tese, se o agente não prestar o compromisso poderá permanecer detido, caso, ainda, não preste fiança.

Acontece que, para fins de liberdade, as hipóteses de crimes de pequeno potencial ofensivo, quando se aplicará o dito art. 69 da Lei 9.099/95, *abrangem aquelas que autorizam o se livrar solto*. Assim, em matéria de liberdade, passamos a ter, com a Lei dos Juizados Criminais, tratamento mais rigoroso, pois se antes a liberdade, que era o caminho natural para aquelas infrações em que não se cominava pena de prisão maior que três meses, não trazia vinculação, agora passa a ser vinculada ao compromisso de comparecimento ao Juizado.

Vejam a redação literal do art. 69 da Lei 9.099/95:

“Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.”

Portanto, a regra que, entre nós, era a investigação através do inquérito policial (art. 5º do Código de Processo Penal) a cargo da Autoridade Policial (Delegado de Polícia), ressalvada a atribuição de outras Autoridades para a apuração de crimes, desde que tal atribuição fosse prevista em lei, com o advento da Lei nº 9.099/95, foi excepcionada, pois, em se tratando de delito de menor potencial

ofensivo, não há que se falar em instauração de inquérito, e sim de termo circunstanciado ⁽⁴⁾.

Destarte, nas infrações a que seja atribuída pena de multa ou seja prevista pena privativa de liberdade de, no máximo, dois anos (Lei 10.259/01) a primeira fase, concernente à investigação, em nome dos princípios da celeridade e informalidade, foi reduzida, de tal forma que a Autoridade Policial só deverá colher os elementos existentes no clamor do fato, sucintamente, lavrando-se o que se denomina termo circunstanciado, que nada mais é do que uma coleta abreviada das versões dos envolvidos, indicação de testemunhas e outros dados relevantes, constando o registro de requisição do exame de corpo de delito e outras perícias.

Frise-se que o princípio da obrigatoriedade que vigorava em relação à investigação policial (art. 5º do Código de Processo Penal – “será instaurado inquérito”) continua em relação ao Termo Circunstanciado, pois o art. 69 é imperativo: “ a autoridade policial [...] lavrará termo circunstanciado”. Assim, o que se aboliu foi o inquérito e não a obrigatoriedade da ação policial.

Mas, o que é importante para a releitura do art. 321 do CPP é que o parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099/95 se traduz em verdadeira causa excludente de prisão em flagrante de **fiança**, sendo que se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir compromisso em comparecer ao mesmo na data em que se fizer necessário, não ficará sujeito à prisão em flagrante, não sendo nem mesmo exigida fiança.

Assevere-se que não se aboliu a possibilidade da detenção do agente quando estiver na flagrância do cometimento do delito, pois uma coisa é a detenção em razão da flagrância, outra é o ato formal do flagrante e, coisa outra, ainda, é a prisão que resulta do respectivo auto. Assim, conforme o dispositivo, apesar do estado de flagrância do agente, cumpridos os requisitos, não se lavrará o auto de prisão em flagrante, e sim *termo circunstanciado* e, ainda, não se imporá a prisão provisória que dele resulta, como não se exigirá fiança.

Segundo JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS:

“Dir-se-á que não se pode mais prender em flagrante; permite-se apenas lavrar **termo circunstanciado**, salvo o improvável caso de recalcitrância na assinatura do compromisso de comparecer ao juizado. Contudo, como nesses casos, antigamente, era permitida a prisão em flagrante apenas para possibilitar o registro dos elementos de convicção, desde que o indiciado se livrava solto, independentemente de fiança, o moderno **termo**

⁽⁴⁾ Cf. LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 59.

circunstanciado não inova, substancialmente, com relação àquele. Durante a lavratura do **termo circunstanciado** o direito de ir e vir do suspeito fica, natural e legitimamente coarctado. Após a lavratura esse direito torna a ser completo, sem qualquer contrapartida, a não ser o compromisso de comparecer ao juizado ⁽⁵⁾.”

Agora, caso o agente se negue a se dirigir ao Juizado, se houver sido detido no estado de flagrância, deverá ser lavrado o auto de prisão em flagrante, e deverá ser arbitrada fiança, que, não paga, *poderá ensejar a detenção provisória, em razão do flagrante do agente, tornando-se coativo o encaminhamento ao Juizado*. Posteriormente, realizada conciliação ou transação, ou concedida liberdade provisória, conforme o caso, será o agente colocado em liberdade.

Note-se que, em se tratando de ação penal pública condicionada ou privada, deverá haver, antes do recolhimento à prisão, a representação ou requerimento da vítima, conforme o caso, pois, ao contrário, não poderá, por óbvio, se dar tal recolhimento.

De se observar que, em uma hipótese, pode haver a lavratura de flagrante e imposição de fiança ao agente, mas a futura ação fica excluída do juizado, como é o caso das infrações cuja apuração importem em complexidade ⁽⁶⁾ (temos, ainda, a hipótese de citação por edital, mas tal só é aferida no curso do processo) e, assim, neste caso, aplica-se a regra do livrar-se solto (infrações com penas abaixo de três meses). Via de regra, ainda, em se tratando de delito pendente de investigação, deve ser instaurado inquérito, e aí a competência passará a ser do Juízo Comum, uma vez que não cabe ao Juizado o controle das devoluções de inquérito à Polícia para novas investigações ou diligências complementares, o que, à toda evidência, não condiz com a celeridade visada pelo legislador.

Portanto, em duas hipóteses deverá ser instaurado inquérito, e não termo circunstanciado: quando não houver vítima e autor conhecidos e quando o fato for complexo, necessitando de maior apuração. Neste último caso, *assim, o mais correto será a lavratura de flagrante*.

Destarte, com o advento da Lei 9.099/95, passamos a ter uma situação aparentemente incoerente, ou seja, se a infração for de pequeno potencial ofensivo, com pena de multa ou pena privativa de liberdade cominada até três meses, a ser julgada pelo juizado especial criminal, o autor do fato teria, quando de sua detenção, em matéria de liberdade, situação mais gravosa, pois, para não ser preso em razão do flagrante, deve prestar compromisso de comparecer ao juizado, enquanto que, se fosse a mesma infração julgada no juízo comum (*v.g.*, se for

⁽⁵⁾ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 215-216.

⁽⁶⁾ Art. 77, § 2º, da Lei 9.099/95.

fato complexo), teria tratamento mais benéfico, com direito a se livrar solto sem vínculo algum, nem mesmo o de prestar compromisso de comparecimento.

A única solução, para nós, está em se interpretar o art. 69 da Lei 9.099/95 no sentido de que aquela liberdade provisória vinculada ao comparecimento do agente só se aplicaria às infrações com pena de três meses a dois anos. Abaixo de três meses continuaria a incidir o art. 321 do CPP.

É que o patamar de admissibilidade para os Juizados especiais é de dois anos de pena privativa de liberdade ou multa (considerando o aumento operado com a Lei 10.259/01) e, assim, a partir das infrações em que é cominada pena de multa àquelas com pena privativa de liberdade de dois anos, o julgamento se dará nos Juizados Especiais Criminais. Ocorre que, segundo o art. 321 do CPP, não havendo cominação de pena privativa de liberdade, ou sendo tal pena cominada ao tipo de até três meses, poderá o agente se livrar solto, **sem vínculo**, enquanto no juizado, para obter a liberdade, *é imposto o vínculo do comparecimento futuro*.

A única solução, portanto, para que se harmonize a prerrogativa do art. 321 do CPP com aquela mais gravosa do art. 69 da Lei 9.099/95, seria a de se considerar que, sendo cominada ao tipo pena de multa ou privativa de liberdade de até três meses, o agente poderia se livrar solto, após lavratura do termo circunstanciado, mesmo que não prestasse compromisso e, passando a pena cominada de três meses só teria direito à liberdade provisória, após a lavratura do termo circunstanciado, se prestasse compromisso de comparecer à audiência preliminar no Juizado.

Pode ser argumentado que, tendo a norma do art. 69 da Lei 9.099/95 caráter processual, vigoraria o princípio *tempus regit actum* e, dado o princípio da especialidade, mesmo sendo a norma mais gravosa do que aquela do art. 321 do CPP, passaria a vigorar a partir da sua vigência para as infrações que abrange.

Ocorre que a norma do art. 69 da Lei 9.099/95 *exclui a possibilidade de se exigir fiança* quando o autor do fato preste compromisso de comparecer em Juízo. Ora, a fiança é regida pelo Código de Processo Penal, e *só é cabível nas infrações cuja pena ultrapasse 3 (três) meses*, a teor do art. 321 do CPP. Assim, aplicando-se o CPP subsidiariamente à Lei 9.099/95, conforme determina o art. 92 da mesma Lei, é plenamente possível a interpretação no sentido de que a norma do art. 69, ao se referir à inexigibilidade de fiança, só alcança as infrações de pequeno potencial ofensivo acima do patamar de três meses, *pois só nestas, efetivamente, a lei processual penal exige fiança*, já que abaixo disto o agente deve se livrar solto, sendo a fiança inexigível.

Exigir a prestação de fiança para infrações que não têm previsão de pena privativa de liberdade como cominação, ou que tenha pena cominada de até três meses, não seria razoável, pois não se pode decretar a prisão provisória para casos onde não se dará a detração penal, ou com o perigo do período de prisão cautelar ser maior do que a efetiva pena aplicada.

Destarte, para nós, o art. 321 do CPP se concilia perfeitamente com a Lei 9.099/95.

Questão que comportará indagação é a referente à restrição da concessão do “livrar-se solto” para o agente reincidente ou vadio, conforme excepciona o art. 321 do CPP. Explica-se: é que a Lei 9.099/95 não faz qualquer restrição a respeito.

Com efeito, a restrição existente no art. 321 do CPP é feita em relação à oportunidade da manutenção da liberdade na forma do “livrar-se solto”, nos casos de infração a que não se comine pena privativa de liberdade (isolada, cumulativa ou alternativamente), e naquelas em que o máximo da pena privativa de liberdade não exceda a três meses, caso seja o agente reincidente em crime doloso ou vadio e, assim, se dá o impedimento de concessão de fiança (art. 323, III e IV) e, conseqüentemente, do livrar-se solto, mas tal não impede a concessão da liberdade provisória do novel artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95, que não traz a restrição estampada no art. 321 do CPP.

Assim, como conclui TOURINHO, “mesmo sendo vadio, a restrição do art. 321 não pode ter aplicação porquanto a lei do Juizado Especial Criminal não faz nenhuma restrição ao autor do fato “vadio” e, desse modo, a regra do art. 321 ficou, nesse particular, praticamente, sem nenhuma restrição”⁽⁷⁾.

Acrescente-se que não é só quanto ao agente vadio que tal se opera, como também no caso do agente reincidente, pois, em ambas as hipóteses, poderá ser concedida a liberdade provisória prevista na Lei 9.099/95, sendo o delito de pequeno potencial ofensivo, o que abrange, como visto, as hipóteses em que se livra solto.

⁽⁷⁾ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 515.