

VI. DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Arts. 310 e 321/350 do CPP

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Parte da doutrina assevera que o instituto da liberdade provisória se aplica à *prisão em flagrante* (salvo se houver irregularidade ou nulidade que enseje o seu relaxamento), para a *prisão por pronúncia* (art. 408, § 2º do CPP) e para a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (arts. 393, inc. I e 594 do CPP), uma vez que para esgrimir a prisão preventiva e para a temporária, pede-se a revogação da prisão.

Nesse sentido, MIRABETE *apud* MOUGENOT, *verbatim*:

“J. F. Mirabete conceitua a liberdade provisória como o instituto que substitui a custódia provisória decorrente de flagrante, decisão de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível¹”.

Entrementes, cotejando o instituto da liberdade provisória com o estudo das modalidades de prisão cautelar no âmbito do processo penal, ou seja: prisão preventiva, temporária, flagrante, decorrente de pronúncia ou sentença recorrível, percebe-se que estas duas últimas modalidades somente são autorizadas na presença dos requisitos e condições de admissibilidade da prisão preventiva, arts. 312 e ss. do CPP.

Destarte, a liberdade provisória se presta nos casos de prisão em flagrante válida, como deixa nítido EUGÊNIO PACELLI, *in litteris*:

“É a situação do flagrante, em si, com toda a sua carga probatória que irá justificar a aplicação de outras medidas cautelares ao aprisionado. Nesse sentido é que se poderia dizer que a liberdade provisória substitui a prisão em flagrante, conforme se vê na doutrina. (...) Então, porque não caberia a concessão ou a imposição de liberdade provisória por ocasião da sentença condenatória recorrível, por exemplo? Pela simples razão de que: a) se a prisão anterior (nota-se que estamos a falar do réu preso) fora decretada como preventiva (art. 312 do CPP), a inexistência posterior de suas razões – fundamento básico para a concessão da liberdade provisória – não acarretaria a concessão de liberdade provisória, mas, sim, a revogação da preventiva; e b) se a prisão anterior fosse decorrência da manutenção do flagrante, o desaparecimento posterior das razões da preventiva (que impediram a imediata aplicação da liberdade provisória), não faria desaparecer a situação flagrancial: assim, mesmo cabível, àquele momento, a liberdade provisória, ela decorreria inevitavelmente da prisão em flagrante, conforme vimos de sustentar²”.

Nessa trilha de raciocínio o juiz deverá, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, adotar as seguintes medidas: a) relaxar a prisão, se ilegal (art. 5º, inc. LXV da CRFB); b) considerar a prisão legal e não conceder liberdade provisória, por ser incabível; c) conceder liberdade provisória, se cabível, em caso de flagrante legal (art. 310 e 321/350 do CPP) ou, por fim, d) decretar a prisão preventiva (art. 312 e ss. do CPP).

¹ In BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. Saraiva. São Paulo: 2006. p. 393.

² In OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 3ª edição. Del Rey. Belo Horizonte: 2004. p. 546.

LUIZ FLÁVIO GOMES, assevera que após as reformas do CPP o magistrado não poderá mais se quedar inerte no aguardo do inquérito quando da chegada auto de prisão em flagrante, notar:

“Na atualidade, o juiz quando recebe a comunicação da prisão em flagrante a analisa (em geral) burocraticamente e não raras vezes profere um singelo despacho: ‘aguarde-se o inquérito policial’. Não tem o juiz a preocupação (salvo exceções) de verificar se estão (ou não) presentes os requisitos da prisão preventiva. Aprovada a reforma, três são as decisões possíveis do juiz ao receber o auto de prisão em flagrante: (a) relaxar o flagrante, se ilegal; (b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312 e (c) conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Diante do novo texto, já não poderá o juiz permanecer inerte. Uma das três decisões terá que tomar³”.

É importante destacar que toda prisão é contrária ao direito fundamental de liberdade, portanto, a manutenção da custódia cautelar, segundo os ensinamentos de escol, deve ser fundamentada pela **AUTORIDADE JUDICIÁRIA**, sob pena de violação dos direitos mais comezinhos, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“As prisões provisórias ou processuais – Ai incluídas as prisões em flagrante, preventiva, temporária, decorrente de sentença condenatória recorrível e decorrente de sentença de pronúncia – Devem, sob pena de constrangimento ilegal, cingir-se, fundamentadamente, à órbita do art. 312 do CPP. A prisão decretada sem a devida fundamentação deve ser imediatamente relaxada, à luz dos arts. 5º, LXI e LXV, e 93, IX, da Constituição Federal”. (STJ – HC 200601662777 – (63778 SP) – 5ª T. – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJU 23.10.2006 – p. 343).

“Não prevalece o posicionamento desta corte, no sentido da manutenção do acusado na prisão, após e sentença condenatória, se foi mantido preso durante toda a instrução processual com base no flagrante, sem qualquer fundamentação. A existência de maus antecedentes, por si só, não constitui fundamentação idônea para respaldar a segregação”. (STJ – HC 200601549850 – (62902 PR) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 30.10.2006 – p. 368).

2. ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA:

A liberdade provisória é classificada em obrigatória, permitida e vedada ou proibida por disposição legal, segundo CAPEZ⁴, ver:

- a) Obrigatória** – *é direito incondicional do acusado, ou seja, sempre deve ser concedida ao réu, no caso de ser crime que se livre solto, não pode ser negado nunca. Ocorre no caso de a infração penal não ser punida com pena privativa de liberdade, quando o máximo de pena privativa de liberdade não exceder três meses (art. 321, inc. I e II do CPP) e, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo e o réu assumir o compromisso de comparecer à sede do juizado (art. 69 da LJE);*
- b) Permitida** – *nas hipóteses do acoimado ter cometido o delito sob o pálio de uma excludente de ilicitude ou não couber prisão preventiva (art. 310 do CPP), bem como havendo possibilidade de fiança (art. 322 do CPP);*
- c) Vedada ou proibida por disposição legal** – *ocorre quando o próprio dispositivo legal impede a concessão de liberdade provisória.*

³ In GOMES, Luiz Flávio. Reformas penais (IX): liberdade provisória. (Publicada no Juris Síntese nº 46 - MAR/ABR de 2004).

⁴ In CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 5ª edição. Saraiva: São Paulo: 2003, p. 235.

Realce-se, ademais, que a Lei Federal nº 6.416/77 acrescentou a possibilidade da obtenção da liberdade provisória sem fiança, não somente em casos de excludente de ilicitude, mas também quando não for cabível a prisão preventiva, arts. 312 e ss. do CPP. Assim, a principal classificação doutrinária é a liberdade provisória com ou sem fiança.

2.1. LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA – art. 310 do CPP:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do artigo 19, I, II e III, do Código Penal, 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 (artigos 311 e 312).

Essa modalidade de liberdade provisória é cabida independente da pena cominada ao delito imputado ao réu, possuindo como única exigência o termo de comparecimento a todos os atos do processo.

Com efeito, o dispositivo em comento aplica-se em dois casos, ou seja, constatação de clara excludente de antijuridicidade ou quando for descabida a custódia preventiva.

2.2. LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA:

Fiança é a caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu. É um direito subjetivo constitucional do acusado⁵. Pode ser prestada pelo acusado ou por terceiro em seu favor, nas modalidades de depósito ou hipoteca.

O legislador não indicou quais crimes são afiançáveis, contudo, prescreveu os casos em que não se cabe fiança, arts. 323 e 324 do CPP, nota-se a maior ocorrência no art. 323, inc. I, *verbatim*:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos; (sublinhado).

A súmula nº 81 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que em caso de concurso material, para se determinar a afiançabilidade ou não no caso concreto, as penas mínimas devem ser somadas, notar:

81 - Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.

Outrossim, a Lei Fundamental e legislação extravagante descrevem outras modalidades de delitos inafiançáveis: a) racismo (art. 5º, inc. XLII da CRFB); b) tortura, tráfico de drogas, terrorismo e hediondos (TTTH – art. 5º, inc. XLIII da CRFB); c) ação de

⁵II - **O direito de prestar fiança, se for o caso, esta garantido constitucional (art. 5., LXVI) e legalmente (CPP, arts. 323 e 324, a contrario sensu). É direito fundamental do cidadão.** Assim, cabia ao juiz, no momento do pedido, dizer se o requerente fazia jus ou não a fiança, jamais indeferir-lo sob a argumentação de que o termino da instrução se avizinhava. Ou se tem ou não se tem direito de prestar fiança. Por outro lado, o ato do tribunal, dizendo que havia motivos para a decretação da prisão preventiva, não tem o condão de coonestar a falha do juiz singular. III - Recurso ordinário conhecido e provido". (STJ. Ministro Adhemar Maciel. DJ 19.06.1995 p. 18750. SEXTA TURMA. RHC 4233/RJ. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 1994/0040565-0). (grifado).

grupos armados contra o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLIV da CRFB); d) contra o sistema financeiro (art. 31 da Lei Federal nº 7.492/86); e) lavagem de dinheiro (art. 3º da Lei Federal nº 9.613/98), dentre outros.

Todavia, o raciocínio escoreito é que somente a Carta Magna pode eleger os crimes insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, como doutrina RANGEL:

“Vejam que a vedação da fiança está prevista sempre na Constituição e não em lei ordinária. A Constituição autoriza excepcionalmente que a lei ordinária vede a fiança porque a liberdade, no Estado Democrático de Direito, é a regra, a prisão a exceção. (...). Nesse sentido, a lei ordinária não poderia proibir a fiança sem autorização constitucional. O inciso LVVI é claro em afirmar que se a lei admite a liberdade provisória (cf. art. 310, parágrafo único, do CPP não poderá ser negada, até porque, repetimos, tal negação somente a Constituição poderia fazer⁶”.

Na ocorrência de liberdade provisória com fiança o réu deverá adimplir as obrigações do art. 327 e 328 do CPP, que além de comparecer obrigatoriamente a todos os atos do processo, não poderá mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Portanto, não há vantagem, ao menos no plano teórico, da concessão da liberdade provisória com fiança, pois o sistema sem fiança, além de ser mais “barato”, não existe a expressa obrigatoriedade de prévia autorização para ausentar-se do juízo processante. A liberdade provisória independente de fiança (art. 310 do CPP) criou, na prática, uma situação injusta. Se não é o caso de prisão preventiva e o delito é afiançável, a liberdade provisória somente poderá ser concedida mediante o recolhimento de fiança. Se o delito é inafiançável, a liberdade provisória poderá ser concedida sem qualquer pagamento.

Todavia, PACELLI enumera algumas vantagens práticas à concessão da liberdade provisória, *verbo ad verbum*:

“a) nas infrações punidas com pena de detenção ou prisão simples, a própria autoridade policial poderá arbitrar o valor da fiança, o que impedirá o recolhimento à prisão, por mínimo espaço de tempo que seja (e sabemos o máximo das conseqüências de qualquer privação de liberdade); b) quando somente a autoridade judicial puder arbitrar e conceder fiança (art. 322, parágrafo único, CPP), o procedimento para o seu deferimento não prevê a manifestação do Ministério Público (art. 333), o que, por pouco que seja, torna mais célere a restituição da liberdade; c) se afiançável a infração e desde que prestada essa, dificilmente se recusará a possibilidade de recurso em liberdade, quando superveniente sentença condenatória recorrível, nos termos do art. 594 do CPP. Nessa hipótese, face ao princípio da proporcionalidade (entre a medida cautelar e o resultado final pretendido), raramente se reconhecerá a presença de alguma das razões da preventiva; d) a fiança, quando cabível pode ser prestada a qualquer tempo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. Assim, não será cabível a execução provisória quando pendente recurso especial ou extraordinário, conforme vem admitindo o Supremo Tribunal Federal⁷”. (destacado).

Réu pobre (art. 350 do CPP):

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 artigos 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício.

⁶ In RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 12ª edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. p. 675.

⁷ *Ibidem* *idem*. P. 556.

Parágrafo único. O escrivão intimará o réu das obrigações e sanções previstas neste artigo.

Valor da fiança (arts. 325/326 do CPP):

O valor da fiança será fixado pela autoridade, conforme o disposto no artigo 325 do CPP. Será de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos quando a pena privativa de liberdade for de até 2 (dois) anos; de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos quando a pena privativa de liberdade for de, no máximo, 4 (quatro) anos; de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos quando a pena privativa de liberdade for superior a 4 (quatro) anos.

Consoante a situação econômica do réu, o valor da fiança pode ser reduzido até o máximo de dois terços ou aumentada até o décuplo (art. 325, § 1º, incs. I e II do CPP), bem como para determinar o valor da fiança, será levado em consideração: a) natureza da infração; b) condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado; c) circunstâncias indicativas da periculosidade do agente e e) importância provável das custas do processo até o final do julgamento, *ex vi* do art. 326 do CPP.

Cassação da fiança (arts. 338/339 do CPP):

A fiança será cassada quando se verificar, posteriormente, que não era cabível. Se a fiança foi concedida por autoridade policial, compete ao juiz cassá-la; se foi concedida por juiz, será cassada por tribunal mediante recurso da acusação. Nesses casos, o valor da fiança será integralmente restituído ao acusado.

Reforço da fiança (art. 340 do CPP):

Poderá ser necessário o reforço da fiança, nos casos previstos pelo artigo 340 do Código de Processo Penal; não sendo reforçada, a fiança será cassada e o réu será recolhido à prisão. Será exigido o reforço quando: a) por engano, for fixada abaixo do patamar legal; b) houver alteração da classificação do delito para outro mais grave e c) houver depreciação do objeto da fiança.

Quebra da fiança (arts. 341/343 do CPP):

Ocorre a quebra da fiança quando o beneficiário deixa de cumprir obrigações que lhes são impostas como condição para que se mantenha livre ou praticar nova infração penal. São conseqüências do quebramento da fiança: a) perda da metade do valor da fiança; b) obrigação de recolher-se à prisão; e c) impossibilidade de concessão de nova fiança no mesmo processo.

Perda da fiança (arts. 344/345 do CPP):

Decorre da condenação do réu e sua não apresentação à prisão. A apresentação não precisa ser voluntária, contudo, é necessário que o censurado não se oculte. Nesse caso, depois de deduzidas as custas e mais encargos a que o réu estiver obrigado, o saldo será recolhido ao Tesouro Nacional.

Recurso:

O recurso adequado para as decisões sobre fiança será o recurso em sentido estrito (art. 581, incs. V e VII do CPP), da decisão que concede, cassa, julga inidônea, decreta o seu quebramento, nega, arbitra e declara perdido o seu valor.

3. CASOS ESPECIAIS:

Crimes hediondos – Lei Federal nº 8.072/90

Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

II - fiança e liberdade provisória.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela constitucionalidade do dispositivo mencionado, ver:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. INAFIANÇABILIDADE DO CRIME E INVIABILIDADE DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. Não se admite liberdade provisória nos processos por crimes de tráfico de entorpecentes (inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 8.072/90). Habeas corpus conhecido em parte e, nessa parte, indeferido. Decisão. A Turma conheceu, em parte, do pedido de habeas corpus, mas, nesta parte, o indeferiu. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence. 1ª. Turma, 28.11.2006. (STF. HC nº 89068/RN. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 28/11/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 23-02-2007 PP-00025. EMENT VOL-02265-02 PP-00361).

Contudo, há julgados deferindo liberdade provisória mesmo em crime hediondo, quando não presentes os pressupostos da prisão preventiva:

PRISÃO PREVENTIVA – MOTIVAÇÃO INIDÔNEA – Não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo – muitas vezes, inconsciente antecipação da punição penal -, ou no chamado clamor público. Precedentes. II. Liberdade provisória concedida: Extensão aos co-réus abrangidos pelo mesmo Decreto. (STF – HC 87074 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 23.06.2006 – p. 53).

I. Exige-se concreta motivação ao óbice à liberdade provisória de paciente primário e sem maus antecedentes, mesmo em sede de delitos hediondos, não bastando a simples alusão à vedação do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90. Precedentes. II. Deve ser concedida a liberdade provisória ao paciente, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas em 1º grau de jurisdição, sem prejuízo de que o julgador, com base em fundamentação concreta, venha a decretar nova custódia cautelar. III. Ordem concedida, nos termos do voto do relator. (STJ – HC 200601591547 – (63208 BA) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 30.10.2006 – p. 369).

Estatuto do Desarmamento – Lei Federal nº 10.826/2003:

Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.

O Plenário do STF entendeu inconstitucional o art. 21 do Estatuto do Desarmamento

Informativo nº 465 do STF: “Em seguida, relativamente aos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 da Lei 10.868/2003, que proibem o estabelecimento de fiança, respectivamente, para os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de disparo de arma de fogo, considerou-se desarrazoada a vedação, ao fundamento de que tais delitos não poderiam ser equiparados a terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII). Asseverou-se, ademais, cuidar-se, na verdade, de crimes de mera conduta que, embora impliquem redução no nível de segurança coletiva, não podem ser igualados aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. Quanto ao art. 21 da lei impugnada, que prevê serem insuscetíveis de liberdade provisória os delitos capitulados nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio

*ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo), entendeu-se haver afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (CF, art. 5º, LVII e LXI). Ressaltou-se, no ponto, que, não obstante a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, liberando-se a franquia para os demais delitos, a Constituição não permite a prisão *ex lege*, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV). Vencidos, parcialmente, os Ministros Carlos Britto, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, que julgavam improcedente o pedido formulado quanto aos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15, e o Min. Marco Aurélio, que o julgava improcedente quanto ao parágrafo único do art. 15 e, em relação ao art. 21, apenas quanto à referência ao art. 16. O Tribunal, por unanimidade, julgou, ainda, improcedente o pedido quanto aos artigos 2º, X; 5º, §§ 1º, 2º e 3º; 10; 11, II; 12; 23, §§ 1º, 2º e 3º; 25, parágrafo único; 28; 29 e ao parágrafo único do art. 32, e declarou o prejuízo da ação em relação ao art. 35, todos da Lei 10.826/2003. ADI 3112/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2.5.2007. (ADI-3112) ADI 3137/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2.5.2007. (ADI-3137)ⁿ. (grifado).*

Lavagem de dinheiro - Lei Federal nº 9.613/98

Art. 3º. Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

Organizações criminosas - Lei Federal nº 9.034/95

Art. 7º. Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.