

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

WESVÂNIA HELENA DE DEUS

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

LIBERDADE PROVISÓRIA SOB UMA ÓTICA ATUAL

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA-GO
2007

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO



WESVÂNIA HELENA DE DEUS

LIBERDADE PROVISÓRIA SOB UMA ÓTICA ATUAL

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Eduardo Barbosa Lima Canuto.

25660
Saori

Tombo nº	13204
Classif:	D-342.721
Ex:	1. WESVANIA DEUS
	2007
Origem:	d
Data:	13.03.08

RUBIATABA-GO
2007

Dr. Condição
Habeas Corpus
Liberdade provisória
Processo penal

WESVÂNIA HELENA DE DEUS

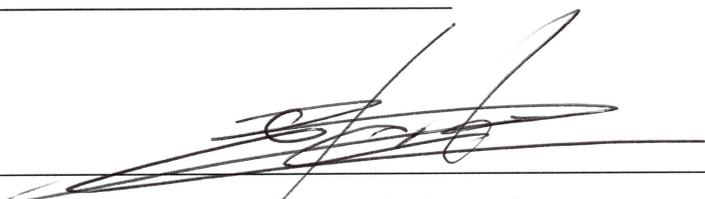
LIBERDADE PROVISÓRIA SOB UMA ÓTICA ATUAL

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO
GRADUADO PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

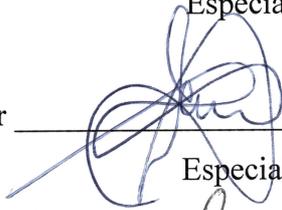
RESULTADO: _____

Orientador



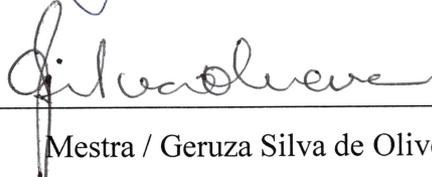
Especialista / Eduardo Barbosa Lima

2º Examinador



Especialista / Valtecino Eufrasio Leal

3º Examinador



Mestra / Geruza Silva de Oliveira

Rubiataba, 18 de dezembro de 2007.

DEDICATÓRIA

A minha família e ao meu irmão, que acreditaram na minha capacidade em tornar real meu objetivo – graduar Bacharel em Direito – e, em especial ao meu pai, que me concedeu a oportunidade de concretizar meu sonho. A eles faço esta dedicatória por terem me incentivado e colaborado decisivamente neste longo, difícil, porém prazeroso processo de estudo.

AGRADECIMENTO

A Deus por me conceder forças para prosseguir nesta luta diária desta longa jornada. A minha amada família pelo apoio incondicional no decorrer destes anos de estudo.

A todos que acreditaram e me apoiaram nos momentos imprescindíveis. Em especial, ao meu amado pai por depositar confiança na minha capacidade, me apoiando de forma psicológica e material, contribuindo decisivamente na minha graduação de Bacharel em Direito.

E ainda, ao meu querido professor e orientador Eduardo Barbosa Lima, pela dedicação, paciência, incentivo e companheirismo que me conduziu na elaboração deste trabalho.

E por fim, a coordenadora do Curso de Direito, demais professores e colegas acadêmicos que juntos vivenciamos momentos importantes de nossas vidas, vencendo dificuldades e compartilhando alegrias, que mesmo nos deparando com os imensos obstáculos conseguimos finalizar, entre tantas, mais uma importante etapa.

*"Eu propugno na liberdade
dos ofendidos a minha própria
liberdade."*

Ruy Barbosa

RESUMO: Neste trabalho monográfico, procuramos analisar os contornos modernos da liberdade provisória, bem como as tendências dos magistrados pátrios a respeito do tema. A exceção das pesquisas permeia por preceituações de ordem normativa, em harmonia com posicionamentos contemporâneos dos doutrinadores processualistas penais Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Capez, Julio Fabrini Mirabete, Aldo Sabino de Freitas, Vicente Grego Filho entre outros abordados em referência bibliográfica. A Liberdade Provisória é uma garantia constitucional e, motivados por viabilizar esta garantia, resolvemos trabalhar este tema que proporcionará de forma positiva, meios de informação do benefício àquele que a este trabalho acadêmico recorrer.

Palavras-chave: liberdade provisória, garantia constitucional, hábeas corpus e fiança.

ABSTRACT: This work monograph, trying examine the contours of modern provisional freedom, as well as the trends of judges pátrios about the subject. The exception of searches by permeates preceituações of normative order, in line with contemporary positions of doutrinadores processualistas criminal Fernando da Costa Filho Tourinho, Fernando Capez, Julio Fabrini Mirabete, Aldo Sabino de Freitas, Vicente Greek Son among others addressed in bibliographic reference. The Provisional freedom is a constitutional guarantee and facilitate motivated by this guarantee, we work this issue that will provide a positive, means that the benefit of information that this work academic use.

Keywords: provisional freedom, constitutional guarantee, corphus freedom and bail.

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

Dec. – Decreto

Ex. – Exemplo

FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba

GO – Goiás

LCP – Lei de Contravenções Penais

MP – Ministério Público

STF – Supremo Tribunal Federal

TN – Tesouro Nacional

TRD – Taxa Referencial Diária

UFIR – Unidade de Referência Fiscal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. LIBERDADE PROVISÓRIA	14
1.1. Histórico	14
1.2. Definição	16
2. DISTINÇÃO ENTRE LIBERDADE PROVISÓRIA E OUTROS DISPOSITIVOS SEMELHANTES.....	19
2.1. Liberdade provisória e o relaxamento da prisão em flagrante	19
2.2. Liberdade provisória e o instituto de livrar-se-solto	21
3. LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA E VINCULADA.....	22
3.1. Fiança: Conceito e Finalidade.....	22
3.2. Admissibilidade da Fiança	24
3.3. Competência para a concessão da fiança e o momento	25
3.4. Obrigações do afiançado	26
3.5. Fixação do valor da fiança	27
3.6. Execução da fiança.....	27
3.7. Vicissitudes da fiança: Reforço, cassação, quebramento, reintegração, restituição e a perda total da fiança	28
4. LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA	30
4.1. Desvinculada	30
4.2. Vinculada	32
5. LIBERDADE PROVISÓRIA VEDADA	36
5.1. Recurso.....	42
6. JURISPRUDÊNCIAS SOBRE A LIBERDADE PROVISÓRIA	44
6.1. Hábeas corpus denegado	44
6.2. Hábeas corpus concedido	45
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

A prisão processual traz consigo más conseqüências e em inúmeras vezes, irreparáveis, geradoras de danos morais, físicos e materiais, envolvendo o acusado que ainda se encontra em estado de procedimento processual, ou seja, na ausência de sentença definitiva. Desse modo, tal segregação provisória somente é justificável em situações de extrema necessidade.

Por outro lado, a liberdade provisória é um instrumento de substituição da prisão processual, que, proporciona ao acusado aguardar o julgamento em liberdade, mediante a observância de normas determinadas pelo juiz, e assim sendo, não necessita passar pelas mazelas da prisão.

A modalidade prisional em questão, culmina numa mancha à reputação do acusado, deixada após um amargo decreto de prisão. Buscando indagar a esse respeito, este trabalho monográfico, elaborado principalmente mediante metodologia doutrinária como podemos confirmar nas referências bibliográficas, tem por objetivo geral, oferecer ao leitor – estudante ou profissional do Direito – por meio de abordagem concisa e objetiva, uma fonte de consulta rápida, coesa e de assimilação facilitada que contenha conteúdo necessário a uma análise adequada sobre o instituto da Liberdade Provisória. Deseja-se também, proporcionar ao leitor, conteúdos aptos e ao mesmo tempo específicos e imprescindíveis à compreensão instantânea a norteá-lo em seu estudo sobre este benefício ora estudado.

A escolha do tema Liberdade Provisória, dá-se pelo fato de ser um assunto bastante agradável e, em especial por ser uma medida de garantia constitucional (art. 5º, inciso LXVI da CF/88 – Constituição Federal de 1988) merecedora de muita atenção, pois é um dos mais importantes instrumentos legais com finalidade de garantir o *status libertatis* (estado de liberdade) do acusado, isto é, assegura a inviolabilidade da liberdade pessoal do réu durante o decorrer do processo de conhecimento.

No entanto, se denegado ao acusado esse direito constitucional, onde se façam presentes todos os requisitos para concessão do benefício, afirmamos seguramente que

exsurgiu abuso de poder e violação a uma garantia estabelecida pela Carta-Magna, pois além de ser este, um benefício constitucional como já mencionado, o princípio da presunção de inocência não nos permite qualificar o acusado como criminoso antes da sentença condenatória definitiva.

Assim sendo, é de fundamental importância trabalhar este instituto que resguarda a presunção de inocência daquele que está sendo objeto de persecução criminal.

Mas, mesmo sendo resguardada esta presunção de inocência do acusado, ainda existe alguns tribunais que sustentados pela argumentação de garantia do juízo ou conveniência da instrução criminal, vêm apreciando o pedido de liberdade provisória somente após o interrogatório do acusado, infringindo diretamente a credibilidade e a segurança das normas jurídicas, ignorando este sagrado princípio constitucional.

Além da ocorrência deste desprezível procedimento, alguns magistrados insistem em sustentar a tese de que é facultativo ao juiz conceder ou não o benefício, mesmo estando presentes todos os pressupostos exigíveis para a concessão do mesmo. Mas, certificaremos em estudos fundamentados adiante que na verdade, essa tese defendida por alguns magistrados é uma aberração, já que não fica ao alvedrio do juiz a concessão da liberdade provisória.

Muitas dúvidas surgem também com relação aos delitos que são suscetíveis do benefício. Diante destas incertezas, verificaremos quais os crimes que podemos afirmar caber ou não este benefício. E nos delitos em que é cabível a liberdade provisória veremos quais os que deverão ser concessíveis ou não mediante fiança.

A denominação Liberdade Provisória se dá pelo fato de ser um benefício revogável a qualquer período, salvo não seja vinculada e vigorar somente até o trânsito em julgado da sentença final, podendo ser condenatória, com a execução da pena, ou absolutória, tornando então em liberdade definitiva.

Este benefício poderá ser concedido com ou sem fiança. Sendo ele concedido sem o recolhimento de fiança, será deferido com ou sem vinculação.

Trata-se de uma garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LXVI, da CF/88

(Constituição Federal de 1988), assegurando a inviolabilidade da liberdade do acusado durante o decorrer do processo de conhecimento condenatório.

Esta garantia constitucional também foi consolidada pelo art. 310 do Código de Processo Penal, como adiante se verá, quando tratarmos de liberdade provisória sem fiança e vinculada no item 4.2 do capítulo 4.

Este instituto, a Liberdade Provisória, poderá ser *obrigatória*, quando o acusado livrar-se solto independentemente de fiança, *permitida*, quando todas as hipóteses não permitir prisão preventiva, ou ainda, *vedada*, nos casos em que a lei permitir a prisão preventiva ou estabelecer expressamente sua proibição como veremos adiante.

Nos termos do art. 321, ressalvado o art. 323, incisos III e IV, ambos do Código de Processo Penal, o acusado se livra solto, não se submetendo às obrigações, ao se beneficiar do benefício da Liberdade Provisória Obrigatória ou Sem Fiança. Esta é uma modalidade de liberdade provisória desvinculada.

Neste mesmo sentido, se o agente praticou o delito em uma das situações de excludente de ilicitude expressas pelo art. 23, Incisos I, II e III, ambos do CPP (Código de Processo Penal), o juiz que obtendo esse conhecimento pelo auto de prisão em flagrante poderá conceder ao acusado o benefício sem fiança, o qual se comprometerá a comparecer a todos os atos processuais. Nesta modalidade de Liberdade Provisória, é competência exclusiva do juiz, isto sendo, somente ele poderá concedê-la.

E se o réu não puder arcar com qualquer natureza pecuniária, por ser pobre (Art. 350), o juiz verificando essa situação, poderá conceder ao acusado o benefício sem seu arbitramento, ficando o acusado sujeito as obrigações impostas pelos arts. 327 e 328 ambos do CPP (Código de Processo Penal), salvo o caso em que o réu é vadio ou reincidente em crime doloso já que nessas condições não se livrará solto.

A liberdade provisória se diverge completamente do relaxamento da prisão em flagrante. Na liberdade provisória, a prisão em flagrante é legal, e, o beneficiado mediante fiança, se vincula às condições impostas pelos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal, enquanto que no relaxamento da prisão, o flagrante é ilegal e réu não se vincula aos deveres e

obrigações, sendo amparado pelo art. 5º, inciso LXV da Constituição Federal de 1988 e, assim, a prisão que então é ilegal, logo de imediato, será relaxada pela autoridade judiciária.

Mas existem algumas leis especiais que limitam a concessão deste benefício como em alguns delitos como: crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, prática de tortura, e, crimes praticados por organizações criminosas.

No entanto, não se tratando daqueles delitos supracitados e presentes os requisitos autorizadores deste benefício e o juiz o nega, repita-se que poderá ser o caso de abuso de poder, pois em tese, ocorreria violação de preceitos constitucionais ou normas processuais de garantia do devido processo legal. E se confirmado o abuso de poder, o juiz poderá ser enquadrado nas penalidades previstas no art. 3º, *a* e no art. 4º, *a* e *e* da Lei nº. 4.898/65.

Portanto, após a inserção do parágrafo único do art. 310 pela Lei nº. 6.416/77, é regra e não exceção que a defesa do réu seja realizada em liberdade.

Das decisões que conceder Liberdade Provisória caberá recurso em sentido estrito como assegura o art. 581, inciso V do Código de Processo Penal.

1. LIBERDADE PROVISÓRIA

Este benefício é concedido ao preso cautelarmente em flagrante, por prisão preventiva e por pronúncia ou sentença condenatória definitiva. A liberdade provisória garante o *status libertatis* (estado de liberdade) do réu, isto é, o direito de aguardar em liberdade o decorrer do processo de conhecimento, se submetendo ou não a certas obrigações, podendo ser concedido mediante fiança ou não. E se concedido sem o recolhimento de fiança, será deferido com ou sem vinculação.

Conforme estudos levados a termo, verificamos, nos cânones do art. 5º inciso LXVI da CF/88 (Constituição Federal de 1988), ser garantida a liberdade provisória do indivíduo, quando a lei a admitir, com ou sem fiança, vejamos o preceito em destaque, *in verbis*: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.¹

Pois, após a inserção do parágrafo único do art. 310 introduzido pela Lei nº. 6.416/77 é regra e não exceção que a defesa do réu seja realizada em liberdade.

1.1. Histórico

Para o entendimento do instituto da Liberdade Provisória será necessário um estudo histórico e coerente da doutrina e dos dispositivos legais que abordem a matéria.

Este benefício da liberdade provisória se originou na Grécia e Roma Antiga, em forma de homenagem aos sujeitos de classe que através de promessa, se beneficiavam com a

¹BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 27.

sua liberdade durante a instrução processual. Nesta linha de entendimento, ensina o doutrinador Mirabete que: “A sua origem remonta a Grécia e Roma Antiga; no Brasil, por sua vez, os sucedâneos das prisões cautelares, já existiam ao tempo da legislação colonial.” (2003, p. 402)

Naqueles tempos, amparado por motivos convincentes, o Príncipe concedia ao acusado que se encontrava preso, o benefício da liberdade mediante um fiador idôneo.

Os pilares das prisões cautelares no Brasil, tiveram origem bem antes, ainda na época da legislação colonial.

Segundo a regra geral, na promulgação do Código do Processo Penal, o preso em flagrante deveria permanecer detido até a sentença condenatória. Salvo ocorresse, uma das seguintes exceções:

A primeira, diz respeito às infrações de nenhuma gravidade, onde o réu se livra solto, insubordinado ao pagamento de fiança.

Já a segunda exceção, se relacionava às infrações em que o autor se sujeitasse à fiança, por meio do pagamento desta, era beneficiado com a liberdade e, se submetia ao cumprimento de obrigações processuais, sob pena de revogação do benefício.

E por fim, a terceira exceção, se dava quando o juiz tomava conhecimento de que o acusado, ao cometer o fato, agiu em excludente de antijuricidade, e desta forma, o réu era libertado independentemente do pagamento de fiança, se subordinando à obrigação de comparecer aos atos processuais.

Caso não existisse uma dessas três exceções, o acusado permanecia preso provisoriamente até sentença condenatória definitiva.

Mas, com a modificação do processo penal, a prisão provisória passou a ser admitida em último caso, se tornando a exceção. Diante desta tendência mundial, o legislador introduziu modificações no Código que tornaram o instituto incompreensível e de efeitos

absurdos e injustos. Pois na verdade, a manutenção da liberdade é a regra a ser seguida. Em sentido contrário, nas situações em que caibam prisão processual, entendemos como medidas legais de exceção.

Com a finalidade de disponibilizar a liberdade provisória unicamente aos fatos graves, foi introduzido no art. 310 do Código de Processo Penal, o parágrafo único, que estabelece a liberdade provisória, sempre que inexistirem os motivos que determinem a prisão preventiva independentemente de fiança. Com isso, numa análise repentina, seria possível concluir que a fiança teria sido abolida por força do parágrafo único do art. 310. Mas a Lei nº. 6.416/77, além de não abolir a fiança, passou a regulá-la com a introdução do inciso IV do art. 324 do Código do Processo Penal.

Posteriormente, com a Lei nº. 7.780/89 e a Lei nº. 8.035/99, reforçaram a existência da fiança. A previsão legal refere-se aos casos de delitos inafiançáveis, ao assegurar a concessão da liberdade provisória sem fiança, no caso de não caber prisão preventiva. Sendo assim, em se tratando de crimes inafiançáveis, a liberdade provisória será concedida sem o pagamento de fiança. Já em delitos afiançáveis e que não cabe prisão preventiva, a liberdade provisória só será concedida mediante pagamento de fiança.

Diante do exposto, nos deparamos com uma situação injusta e ilógica, pois nos crimes inafiançáveis (graves) a concessão da liberdade provisória se dá sem pagamento de fiança, devendo somente ocorrer o comparecimento aos atos processuais. Isso contribuiu para o crescimento da criminalidade e a impunidade.

Preocupado com esse descontrole, o Congresso Nacional decretou e o Presidente da República Fernando Collor de Melo sancionou a Lei nº. 8.072 de 25 de julho de 1990, alterando o § 2º do art. 325, concedendo a liberdade provisória somente por pagamento de fiança, nos crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal, onde seu segmento se tornou igual ao tempo da publicação do Código de Processo Penal.

1.2. Definição

Para que se possa entender o tipo de instituto aqui trabalhado e sua finalidade, serão abordados a seguir, alguns conceitos mencionados por doutrinadores merecedores de destaque, como o ilustre Tornaghi, que assim se manifesta: “A liberdade provisória é uma situação do acusado; situação paradoxal em que ele é, ao mesmo tempo, livre e vinculado. Livre de locomover-se, mas vinculado a certas obrigações que o prendem ao processo, ao juízo e a um lugar predeterminado pelo juiz.” (1990, p. 101 e 102)

De forma clara e objetiva, Pagliuca afirma que: “A liberdade provisória é um instituto que vigora até o trânsito em julgado da decisão final, em que haverá a execução da pena aplicado no caso de condenação ou a liberdade definitiva no caso de absolvição.” (2006, p. 110)

Já Freitas, sustenta o seguinte conceito:

“A liberdade provisória é a permissão concedida pelo juiz ou, em casos restritos, pela autoridade policial (art. 322), de que o preso cautelar acompanhe o trâmite processual em liberdade, mediante o pagamento de fiança, ou não, e por intermédio do cumprimento de determinados deveres processuais.” (2005, p. 154)

Capez, ao seu turno, define a liberdade provisória da seguinte forma: “Instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas.” (2005, p.249)

E por fim, Demercian construiu o conceito deste remédio jurídico, dizendo que:

“A liberdade provisória é concedida ao réu preso cautelarmente por prisão em flagrante, por prisão preventiva, em decorrência de decisão por pronúncia ou de sentença condenatória definitiva. É uma garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LXVI, de que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.” (1999, p. 168)

A expressão Liberdade Provisória significa que a liberdade do acusado poderá ser revogada durante o curso do processo, e, em especial quando se tratar de liberdade provisória vinculada, já que permanece a garantia de ser cumprida a eventual condenação que resulta do processo de conhecimento com natureza penal. Sendo o instituto vinculado ou não à caução, sua finalidade é garantir o comparecimento do acusado aos atos processuais e ainda, assegurar que o réu compareça para o cumprimento de sua condenação em caso de condenação privativa de liberdade.

Como mencionado anteriormente, a liberdade provisória tem por finalidade garantir o *status libertatis* (estado de liberdade) do acusado, isto é, o direito de aguardar em liberdade o decorrer do processo de conhecimento, podendo ou não se subordinar a algumas obrigações processuais.

Estabelece o Código de Processo Penal que a liberdade provisória poderá ser concedida por meio de pagamento ou não de fiança. Por força da lei, este benefício sendo concedido sem fiança, será deferido com ou sem vinculação.

A liberdade provisória se divide em três espécies: Liberdade provisória com fiança e vinculada; Liberdade provisória sem fiança e desvinculada e, Liberdade provisória sem fiança e vinculada.

2. DISTINÇÃO ENTRE LIBERDADE PROVISÓRIA E OUTROS DISPOSITIVOS SEMELHANTES

Como ocorrem frequentemente confusões entre a Liberdade Provisória e outros dispositivos semelhantes, diante deste conflito de raciocínio, decidimos como de suma importância, fazer algumas distinções entre estes institutos.

2.1. Distinção entre liberdade provisória e o relaxamento da prisão em flagrante

Não podemos confundir a liberdade provisória com o relaxamento da prisão em flagrante. No relaxamento, o flagrante é ilegal, enquanto que na liberdade provisória, o flagrante é perfeito, podendo o acusado responder ao eventual processo em liberdade, estando sujeito a obrigações e sanções pelo não cumprimento de todos os atos do processo.

Conforme estabelecido pela Carta Magna, “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou à pessoa por ele indicada.”²

O art. 5º, inciso LXV, da CF/88 (Constituição Federal de 1988) prevê o relaxamento da prisão em flagrante que é obrigatório, em caso de prisão ilegal ou que contenha algum vício. Já a liberdade provisória é a substituição da prisão legal, pela qual o acusado se submete às obrigações processuais sob pena de sofrer sanções.

² BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 27.

Caberá ao juiz analisar possíveis vícios ou defeitos em alguns dos procedimentos da prisão em flagrante, ou ainda, quando exceder o prazo de conclusão do processo penal, não subordinando o acusado a vínculos. Sendo então cabível o relaxamento de prisão no caso o auto de prisão em flagrante ou as condutas do Delegado de Polícia sejam irregulares. Já na liberdade provisória, caso a lei permita sua concessão, a prisão em flagrante é lícita e o réu se sujeitará as obrigações e sanções pelo seu não-cumprimento.

Tendo sido por meio de despacho ou acórdão, provocado ou de ofício, o juiz ou tribunal, entendendo incabível a custódia provisória ou mesmo que não existe mais as razões que a determina, concederá o relaxamento da prisão.

Na liberdade provisória como já expressado anteriormente, o acusado fica sujeito a obrigações e sanções pelo seu não-cumprimento (arts. 327 e 328 todos do Código de Processo Penal). Já no relaxamento de prisão, o acusado não se encontra sujeito a deveres ou obrigações.

Este recurso poderá ser concedido pelo juiz coator ou, caso seja interposto o recurso de *habeas corpus*, pelo tribunal.

Se porventura o acusado obteve o relaxamento da prisão, e chamado judicialmente, deixar de comparecer a algum ato processual, mudar de residência, ou ainda, se ausentar por mais de oito dias de sua residência sem ser feita a comunicação ao juiz de sua localização, será considerado revel (arts. 366 e 369, do Código de Processo Penal)³ e poderá vir a ser levado à autoridade (art. 260, do Código Processo Penal)⁴, pois somente a revelia não acarreta prisão.

Mas em caso de concessão do benefício de liberdade provisória mediante fiança, se o réu se ausentar da residência por mais de oitos dias sem comunicar sua localização ou mudar sem autorização judicial, não comparecendo aos atos processuais pelos chamados judiciais, terá a fiança quebrada, acarretando a perda da metade de seu valor e ainda seu recolhimento à

³ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 443.

⁴ Ibidem. p. 429.

prisão (art. 346 do Código de Processo Penal) ⁵.

Considerando a mínima repercussão e o pequeno potencial ofensivo de alguns crimes, muitas vezes, mesmo a prisão em flagrante, sendo legal, deverá a autoridade policial colocar o preso em liberdade, ainda que não haja o pedido ou o pagamento de fiança. Pois sendo nestes termos, a prisão em flagrante não possui força prisional, em razão dos benefícios intercorrentes, após o advento da Lei nº. 9.099/95.

Por força do art. 321 do Código de Processo Penal, o réu livrar-se-á solto, no caso de infração a que não for isolada cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade como nos casos da contravenção de desabamento de construção, não sendo delito contra a incolumidade pública – art. 29 do Dec. Lei nº. 3.688/41, da Lei de Contravenções Penais e na importunação ofensiva ao pudor (art. 61, da Lei de Contravenções Penais), ou, ainda, quando o máximo da pena privativa da liberdade cominada não exceder três meses (ex.: violação de domicílio, art. 150, do Código Penal).

2.2. Distinção entre o instituto da liberdade provisória e o instituto de livrar-se-solto

O instituto de livrar-se-solto é uma liberdade provisória sem fiança e sem vinculação relacionados ao processo e ao juízo, com o fito de garantir sua presença aos atos processuais não tendo como consequência à prisão provisória. É um instituto de concessão obrigatória e não-revogável.

O réu não poderá livrar-se solto caso já tenha sido condenado por sentença transitada em julgado por outro crime doloso (art. 323, inciso III, do Código de Processo Penal). Sendo desta forma, a liberdade provisória será obrigatória em contravenções punidas apenas com multa independentemente do acusado já ter sido condenado anteriormente por crime doloso.

Mas, o inciso IV do art. 323 do Código de Processo Penal deixa bem claro que em

⁵BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 441.

qualquer caso, havendo no processo prova do acusado ser vadio, não será permitido livrar-se solto.

3. LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA E VINCULADA

Esta modalidade de liberdade provisória – denominada permitida – se efetiva quando a infração penal for afiançável. O acusado se sujeita ao pagamento da fiança e a algumas obrigações processuais sob pena de quebramento da fiança e conseqüentemente, estará compelido ao recolhimento à prisão, se praticar um dos seguintes atos:

- a) Deixar de comparecer perante a autoridade todos às vezes em que for intimado (art. 327, do Código de Processo Penal);
- b) Mudar de residência sem prévia autorização e;
- c) Se ausentar de sua residência por mais de 8 (oito) dias sem indicar o lugar onde possa ser encontrado (art. 328, do Código de Processo Penal).

A liberdade provisória permitida poderá ser concedida pelo juiz, após verificar que o acusado praticou o fato em legítima defesa, estado de necessidade, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (art. 310), ficando o réu sujeito a comparecer aos atos do processo, sob pena de revogação do benefício, ou ainda, quando inexistir os requisitos autorizados da prisão preventiva (art. 310, parágrafo único) e por fim, quando suscetível de fiança, e o acusado movido pela pobreza não puder pagá-la, verificado tal caso pelo juiz, ele concederá a liberdade provisória, vinculando o réu às obrigações fixadas pelos arts. 327 e 328 todos do Código de Processo Penal.

3.1. Fiança: Conceito e Finalidade

Segundo Capez a “fiança é uma caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu, sendo um direito subjetivo constitucional do acusado.” (2005, p. 252)

Conforme Pagliuca, “A fiança pode ser conceituada como caução, cautelar ou

garantia destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais por parte do réu.” (2006, p. 111)

E ainda, de forma singela, Demercian conceitua a fiança como “a garantia real prestada pelo preso para obter sua liberdade.” (1999, p. 173)

Na definição de Freitas, “A fiança é a contra-cautela, exigida pela autoridade judicial ou policial (art. 322) em casos determinados em lei, para que o preso seja colocado em liberdade mediante determinadas obrigações, chamados tecnicamente de vinculação (arts. 327 e 328).” (2005, p. 157)

Ambos os artigos mencionados na citação anterior se encontram amparados no Código de Processo Penal atual.

Fiança é a garantia real prestada pelo acusado ou por terceiros em seu favor, destinada à obtenção de sua liberdade.

Tem por finalidade primordial substituir a prisão. O preso responderá o processo em liberdade, mediante o recolhimento de certa garantia, nas modalidades de depósito e hipoteca assim definidas pelo art. 330, do CPP (Código de Processo Penal) ⁶, obtém sua liberdade para aguardar a sentença condenatória definitiva. Se a sentença vier a ser condenatória, esta garantia prestada mediante a fiança, será a reparação do dano, custas e a satisfação da multa eventualmente aplicada.

Na baliza dos ensinamentos de Araújo, a fiança em depósito e por hipoteca, serão cabíveis nos seguintes termos:

“No Direito brasileiro existe a fiança por depósito e a fiança por hipoteca. A fiança em depósito tem por objeto dinheiro, pedras, objetos e metais preciosos, títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal [...], já a

⁶ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 439.

fiança por hipoteca tem como objeto os imóveis e seus acessórios conjuntamente, o domínio direto, o domínio útil, as minas e pedreiras independentemente de solo em que se achem as estradas de ferro, os navios, as aeronaves, os edifícios de apartamentos, ou cada apartamento de per si, e, em geral quaisquer bens que a lei considere como objeto de hipoteca” (Araújo, 1999, p. 416).

Na fiança em depósito na forma de pedras, metais ou objetos preciosos, o juiz penal determinará sua avaliação e venda mediante leilão ou corretor de acordo com art. 349, do Código de Processo Penal. No caso de hipoteca, o órgão do MP (Ministério Público) promoverá sua execução no juízo cível como estabelecido pelo art. 348, também do CPP (Código de Processo Penal).⁷

Esses bens dados como caução, serão recolhidos pela repartição que os arrecadarem, federal ou estadual como veremos de forma mais detalhada adiante. Ocorrendo a perda da fiança o que se perder o TN (Tesouro Nacional) recolhe depois de realizados os devidos descontos.

3.2. Admissibilidade da fiança

O Código de Processo Penal não estabelece quais as hipóteses em que se admite a fiança, ao contrário, cita os casos em que não se admite o benefício da liberdade provisória com o recolhimento da fiança.

Como se refere os arts. 323 e 324, do CPP (Código de Processo Penal) as infrações inafiançáveis são: A prática de racismo (art. 5º, inciso XLII da CF/88 – Constituição Federal de 1988); O crime hediondo, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo (art. 5º, inciso XLIII da CF/88 – Constituição Federal de 1988); A ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º,

⁷ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 441.

inciso XLIV da CF/88 – Constituição Federal de 1988); Os crimes punidos com reclusão em que a pena mínima é superior a dois anos (art. 323, inciso I), ou que provoquem clamor público ou tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça (art. 323, inciso V), ambos do CPP – Código de Processo Penal; As contravenções de vadiagem (art. 59 da LCP – Leis das Contravenções Penais) e mendicância (art. 60 da LCP – Leis das Contravenções Penais) e sempre que houver no processo prova de que o réu é vadio (art. 323. II e IV, do CPP – Código de Processo Penal); Os crimes dolosos, quando o agente foi condenado definitivamente por outro crime doloso (art. 323, inciso III, do CPP – Código de Processo Penal); As infrações, quando no mesmo processo, o agente descumpriu obrigação imposta em liberdade provisória, sem justa causa (art. 324, inciso I, do CPP – Código de Processo Penal); Prisões civil, disciplinar, administrativa ou militar (art. 324, inciso II, do CPP – Código de Processo Penal); As infrações cometidas por aquele que está no gozo de sursis ou livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança (art. 324, inciso III, do CPP – Código de Processo Penal); Contravenções de aposta em corrida de cavalo fora do hipódromo (art. 9º, § 2º, da Lei nº. 7.291/84); Os crimes contra o Sistema Financeiro, se neste contiver configurada situação que autorize a prisão preventiva (art. 31 da Lei nº. 7.492/86) e os Crimes contra a fauna (art. 34 da Lei nº. 5.197/67); Infração em que esteja presente algum motivo que autorize a decretação da prisão preventiva (art. 324, inciso IV, do CPP – Código de Processo Penal).

3.3. Competência para a concessão da fiança e o momento

É lícito à autoridade policial conceder a fiança nos delitos apenados com detenção ou prisão simples (art. 322, Código de Processo Penal). Mas, não havendo ou demorando a concessão pela autoridade policial, é permitido ao juiz de direito, após ouvir aquela autoridade, decidir a viabilidade da concessão por meio de simples petição do preso, ou de seu representante que prestará caução de acordo com o art. 335 do CPP (Código de Processo Penal)⁸.

Há exceção para a concessão da fiança na previsão do art. 325, § 2º, inciso I, do CPP

⁸ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 440.

– Código de Processo Penal vigente, onde somente o juiz poderá concedê-la.

Em se tratando de flagrante, a competência policial para conceder a fiança é a da autoridade que preside o auto (art. 332, do CPP – Código de Processo Penal) ⁹.

Já nos demais casos, a competência para a concessão da fiança é do juiz de direito dentro do prazo de 48 horas (art. 322, § único) independentemente de audiência do Ministério Público (art. 333), antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória (art. 334). Após a concessão da fiança, o Promotor de Justiça terá vista do processo para que possa requerer o que entender conveniente (todos os artigos supracitados do CPP – Código de Processo Penal). ¹⁰

Sendo a liberdade provisória requerida, o juiz poderá fundamentar o despacho no qual estabelecerá a hipótese que autorize a prisão preventiva ocorrida nesta modalidade denegando então o benefício. Não ocorrendo concessão daí caberá a propositura de *habeas corpus* (remédio jurídico que tutela a liberdade de locomoção).

Em qualquer fase do inquérito e do processo é permitida a prestação da fiança, enquanto a sentença condenatória não transitar em julgado (art.334 do CPP – Código de Processo Penal) ¹¹.

3.4. Obrigações do afiançado

Segundo o art. 327 do CPP – Código de Processo Penal¹², o afiançado estará obrigado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento.

E ainda, o art. 328 do mesmo diploma legal, prevê ao afiançado, a obrigação de não mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante ou ausentar-se por mais

⁹ Ibidem. p. 439.

¹⁰ Idem, ibidem. p. 437 e 440.

¹¹ Ibidem. p. 440.

¹² BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 439.

de oito dias de sua residência sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

O não cumprimento destas obrigações provocará a extinção da fiança pelo quebramento e também o recolhimento do réu à prisão, conforme já analisamos anteriormente.

3.5. Fixação do valor da fiança

Para se fixar o valor da fiança, a autoridade considerará o exposto no art. 325, a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida progressiva do réu, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade como fixado pelo art. 326, todos do CPP (Código de Processo Penal). O art. 2º da Lei nº. 7.843/89 substituiu o salário mínimo que servia de referência para a fixação do valor da fiança pelo BTN (Bônus do Tesouro Nacional). Logo também este foi substituído pela TRD (Taxa Referencial Diária) por força da Lei nº. 8.177/91 e atualmente, a Lei nº. 8.383 de 30 de dezembro de 1991, trouxe seu arbitramento para ser calculado com base na UFIR (Unidade de Referência Fiscal).

O teor do art. 330 do CPP – Código de Processo Penal vigente, conforme já apontamos, a fiança se dará por depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

3.6. Execução da fiança

Após o trânsito em julgado da sentença condenatória o próximo procedimento é a execução. Essa é a lição de Demercian sobre o assunto: “Depois de transitar em julgado a sentença condenatória, proceder-se-à a execução da fiança.” (1999, p. 177)

O art. 336 e o parágrafo único do Código de Processo Penal¹³ dizem que o dinheiro ou objetos dados como fiança, servirão para o pagamento das custas, indenização do dano e da multa, caso o réu seja condenado, ainda que depois ocorra a prescrição da sentença condenatória.

Determina o art. 349, que as pedras, objetos e metais preciosos irão a leilão por ordem judicial. Em se tratando de hipoteca, como estipulado pelo art. 348, ambos do Código de Processo Penal¹⁴, a execução será promovida no juízo cível pelo Ministério Público.

3.7. Vicissitudes da fiança: Reforço, cassação, quebramento, reintegração, restituição e a perda total da fiança

A fiança poderá sofrer muitas vicissitudes como o reforço, a cassação, o quebramento, a reintegração, a restituição e a perda total.

Será exigido o reforço caso o valor da fiança fixado pela autoridade, for considerado, por engano, insuficiente, quando houver depreciação do valor dos bens hipotecados ou caucionados, ou ainda, quando inovada a classificação do delito, conforme disciplinado pelo art. 340. Não sendo a fiança reforçada, ficará sem efeito e, sendo assim, será restituído ao acusado o valor prestado e este será recolhido à prisão (art. 337 e 340, § único, todos os artigos do Código de Processo Penal).¹⁵

Enquanto que a reintegração da fiança quebrada ocorrerá em circunstância de recurso em sentido estrito, caso a decisão *a quo* seja retrocedida ou se ela for reformada pela Instância Superior, tendo como efeito a concessão da liberdade ao réu e a parte da caução que foi declarada perdida novamente integrará a fiança (art. 342 do Código de Processo Penal).

Já a restituição da fiança se efetivará, quando esta fiança for declarada sem efeito por não ter sido reforçada (art. 340, parágrafo único), ou ocorrer a sentença absolutória do

¹³ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 440.

¹⁴ Ibidem, p. 441.

¹⁵ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 440.

acusado, ou ainda, for declarada extinta a ação penal. Nestes termos, a fiança deverá se devolvida sem nenhum desconto à pessoa que a prestou, isto é, o fiador, que pode tanto ser o afiançado como um terceiro em seu favor (art. 337 do Código de Processo Penal).

O acusado legalmente intimado que não comparece para ato do processo sem provar incontinenti, motivo justo, muda de residência sem prévia autorização judicial, se ausenta por mais de oito dias sem comunicar previamente à autoridade processante e durante a vigência do benefício pratica outra infração penal (arts. 327, 328 e 341), acarretará a quebra da fiança e, conseqüentemente a perda da metade do valor recolhido ao Tesouro Nacional (art. 346), acarretando a sua revelia. Ainda, ficará o réu obrigado a recolher-se à prisão (art. 343) e ficará proibida a concessão de nova fiança no mesmo processo (art. 324, I).

Nos termos do Código de Processo Penal, se verificado que a fiança concedida não é cabível (ex.: concessão de fiança em crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo) ou ocorrendo inovação na classificação do delito (art. 383 e 384), ou, ainda, se reconhecida infração inafiançável (ex.: concessão de fiança em delito de furto, mas posteriormente é reconhecido que ele cometeu o delito de roubo), conseqüentemente haverá sua cassação (arts. 338 e 339).

Em todas as modalidades de despacho onde conceda, negue, arbitre, casse ou julgue inidônea a fiança, a competência para sua decretação é unicamente da autoridade judiciária, da qual caberá recurso em sentido estrito.

4. LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA

Em algumas situações mesmo a prisão em flagrante estando de acordo com a lei, sendo feito ou não o pedido ou recolhimento de fiança em face de infração de mínima repercussão social e seu pequeno potencial ofensivo, deverá a autoridade policial conceder a liberdade ao preso. Assim como afirma Demercian:

“Levando em consideração a mínima repercussão social e o pequeno potencial ofensivo de determinados delitos, em alguns casos, embora regular a prisão em flagrante, a autoridade policial deverá, independentemente de pedido ou recolhimento de fiança, colocar o preso em liberdade. A prisão em flagrante, nesses casos, conquanto regular, não tem força prisional.” (1999, p. 172)

4.1. Desvinculada

A Liberdade Provisória desvinculada caberá em caso do réu se livrar solto, que se efetivará sem fiança e sem vinculação. Ou seja, o acusado não fica sujeito a certas obrigações (arts. 327 e 328, do CPP – Código de Processo Penal). Portanto, o acusado não se vincula ao processo e ao juízo. Sendo assim, é obrigatória e irrevogável.

Nesta modalidade de liberdade provisória, conhecida também como obrigatória, o acusado terá direito ao seu benefício quando a infração por ele praticada não for cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente ou caso a máxima culminada não exceda 3 (três) meses, (Ex.: arts. 150, 246, parágrafo único do 292, 315, 320, caput do 321, 324, 345 e § 1º do 348), como dispõe os incisos I e II do artigo 321, todos do

CP (Código Penal).

Como mencionado pelo parágrafo anterior são duas as hipótese em que o réu se livra solto, como prevê o instituto legal do art. 321, I e II, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“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.”(p. 437)¹⁶

Se o autor de delitos se vir amparado pelo artigo anterior, ele livrar-se-á solto independentemente de prestar fiança e, sem se vincular a nenhuma obrigação. Isto é, o agente obterá de forma imediata a sua liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante, não efetuando fiança e ainda não se sujeitando a nenhuma vinculação, ou seja, a nenhuma obrigação.

Mas o próprio artigo 321 anteriormente mencionado, em seu caput, traz a ressalva deste benefício, excluindo as situações elencadas nos incisos III e IV do artigo 323 do mesmo preceito legal, que diz *in verbis*:

“Art. 323 – Não será concedida fiança:

III – nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

IV – em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio.”¹⁷

Diante das situações expostas acima, a liberdade provisória deixa de ser obrigatória. Onde, existindo nos autos, indícios suficientes do réu ser vadio ou sendo ele condenado por crime doloso, não é lícito livrar-se-solto. Dessa forma, o réu não poderá invocar o direito em

¹⁶ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 437.

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 438.

tê-la, se condenado por crime doloso por sentença transitada em julgado e, cometendo outro crime também doloso. Pois a regra é a reincidência em crime doloso. Também nesse sentido, mesmo inexistindo essa reincidência, e esse mesmo réu é vadio, também não poderá se livrar solto.

Entretanto, se impossível ao réu livrar-se-solto, ainda poderá obter a liberdade provisória mediante pedido ao juiz. Ou seja, o juiz, amparado pelo parágrafo único do art. 310 (introduzido pela Lei nº. 6.416 de 24 de maio de 1977), poderá, caso inexistam hipóteses que autorizem a decretação da prisão preventiva, após ouvir o Ministério Público, conceder este benefício, compromissando o acusado a comparecer em todos os atos processuais. Se não cumpridas as obrigações impostas pelo termo de vinculação (arts. 327 e 328, do Código de Processo Penal), caberá a revogação da liberdade provisória e o réu será recolhido à prisão para aguardar o julgamento.

4.2. Vinculada

Este benefício não impõe ao acusado o pagamento da fiança, mas, lhe sujeita a comparecer a todos os atos processuais aos quais for intimado.

São três os casos em que o juiz pode conceder esta modalidade de liberdade provisória, como mencionado pelo artigo 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 310 – Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do Art. 23, do Código Penal – reforma penal 1984, 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)”. (2003, p. 435)

O art. 310 supracitado faz referência às condições do art. 23 do Código Penal, isto é, quando o fato é praticado mediante: (I) estado de necessidade; (II) legítima defesa e (III) estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. São estas as causas de exclusão da antijuridicidade, ou excludentes do crime.

Caso o juiz se convença que o acusado agiu mediante excludente da criminalidade (art. 23, I, II e III do Código Penal)¹⁸, quanto a fato típico, no entanto aparentemente lícito – não apresenta *fumus boni iuris* (aparência de direito) para a custódia cautelar - ; ou ainda, não existindo motivos que permita a decretação da prisão preventiva (arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal)¹⁹ - não apresente *periculum in mora* (perigo ou risco existente em razão da demora) - , será desnecessário o conhecimento da afiançabilidade ou inafiançabilidade da fiança ou mesmo se o agente se livra solto, após ouvir o Ministério Público ou mesmo a qualquer tempo durante a instrução, o juiz concederá ao acusado, que se encontre diante destas hipóteses, o benefício do instituto ora estudado.

Nesta linha de entendimento, ensina Capez o seguinte:

“No caso de o juiz verificar que o agente praticou fato acobertado por causa de exclusão da ilicitude; torna-se irrelevante saber se a infração é afiançável, inafiançável ou daquelas sem que o réu se livra solto. Tratando-se de fato típico, porém aparentemente lícito, não se vislumbra *fumus boni iuris* para a custódia cautelar.

No caso de o juiz verificar que não está presente nenhum dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (CPP, arts. 311 e 312); nessa hipótese também não importa se a infração é inafiançável, afiançável ou daquelas em que o réu se livra solto. Não sendo necessária para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, não se vislumbra *periculum in mora* para a manutenção da custódia.” (2005, p. 251)

Esta modalidade de liberdade provisória, também se enquadra quando for impossível ao réu arcar com a fiança devido a sua precária condição financeira, onde o juiz concederá a este a liberdade provisória sem recolhimento da fiança, lhe sujeitando às obrigações impostas

¹⁸ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 291.

¹⁹ Ibidem, p. 436.

pelos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal.²⁰

Vejamos o amparo legal respectivo, *in verbis*:

“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.

Parágrafo único – O escrivão intimará o réu das obrigações e sanções previstas neste artigo.”²¹

O acusado que se encontrar vinculado às obrigações estabelecidas pelo art. 327 e 328 já analisados anteriormente, deverá se apresentar à autoridade sempre que intimado, tanto para atos de inquérito como instrução criminal e para julgamento com pena de quebramento de fiança, caso deixe de cumprir às obrigações mencionadas.

Nesta oportunidade, entendemos ser necessário transcrever a definição de pobre exposta pelo Código de Processo Penal, no art. 32, em seu § 1º que diz: “Considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família.”²²

Em infrações que inexistam elementos autorizadores da prisão preventiva (art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal), em quais, o juiz pergunta a si mesmo, se acaso o réu gozasse de liberdade, seria necessário decretar-lhe a prisão preventiva, amparado por motivos fundamentais à manutenção de ordem pública, à instrução criminal ou para a garantia da aplicação da pena a forma de proceder, Grego Filho, frisando sobre o relaxamento da prisão, esclarece o seguinte:

“[...] se o juiz verifica, pelo auto de prisão em flagrante ou a qualquer tempo no correr da instrução, a probabilidade fundada de ter o agente praticado a

²⁰ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 439.

²¹ Ibidem, p. 441.

²² Idem. Ibidem, p. 399.

infração em situação de excludente da criminalidade; se o juiz verifica a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizariam a prisão preventiva.

[...] se o acusado estivesse solto seria o caso de decretação da prisão preventiva? Se a resposta é positiva,..., o flagrante se mantém; se a resposta é negativa,..., a prisão será relaxada.” (1999, p. 281)

Em se tratando de liberdade provisória amparada pelo art. 310, já ponderado anteriormente, o flagrante será válido, relaxando-se então a prisão quando da ocorrência de uma das hipóteses do preceito legal acima.

Este ordenamento jurídico, em seu parágrafo único estabelece que nos delitos de menos gravidade, o acusado obterá o benefício da liberdade provisória efetuando o pagamento da fiança, e se vinculará às obrigações impostas pelos arts. 327 e 328, enquanto que o acusado cometendo infrações de maior gravidade se beneficiará da liberdade provisória sem o ônus da fiança, se sujeitando somente às obrigações do art. 327, ambos os artigos do CPP – Código de Processo Penal.

Já nos crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal, ficou expressamente proibido a aplicação deste preceito legal (art. 310 e seu parágrafo único), por força da Lei nº. 8.035 de 27 de abril de 1990, que em hipóteses de liberdade provisória nestes delitos, esta será concedida sempre por meio de recolhimento de ônus econômico, isto é, mediante a fiança.

No entanto, se o réu é primário e de bons antecedentes, estabelece os arts. 408, § 2º e 599 supracitados, que terá direito a obter a liberdade provisória sem fiança, enquanto aguarda o julgamento pelo Tribunal.

Quando ao fato destes dispositivos anteriormente citados, fixarem a exigência do réu ser primário e de bons antecedentes, não podemos analisar estes termos por meios meramente formais (registros de inquérito, ou ações penais), deve-se analisa-los relacionando-os com a ordem pública, isto é, se a liberdade deste acusado traria algum risco à ordem pública.

Além disto, a primariedade e bons antecedentes não são os únicos requisitos necessários para a obtenção da liberdade provisória sem fiança, como estabelecidos pelos arts. 408, § 2º e 599, todos do Código de Processo Penal, a inexistência de motivos que decretem a

prisão preventiva também é um requisito indispensável à concessão deste benefício.

5. LIBERDADE PROVISÓRIA VEDADA

A proibição de concessão à liberdade provisória não é um termo inconstitucional, uma vez que está amparado pelo inciso LVII, do Art. 5º da CF/88 (Constituição Federal de 1988) quando diz que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”²³

No entanto, a limitação deste benefício não está assegurada constitucionalmente, visto que no inciso LXI do Art. 5º, a Carta Magna expressa ser função da lei ordinária normatizar outras restrições quanto à liberdade provisória, quando estabelece o cabimento da prisão somente por meio de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, exceto às definições em lei de transgressão militar ou crime propriamente militar, que estejam classificados em lei vejamos o preceito constitucional: “Art. 5º [...]: LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”²⁴

A concessão da liberdade provisória com ou sem fiança será vedada quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, assim como nos termos do inciso XLIII do Art. 5º da nossa CF/88, onde a lei clássica como inafiançáveis e não cabível de benefício ou perdão os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e ainda os hediondos, nestes termos:

“Art. 5º [...]:

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou

²³ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 27.

²⁴ Ibidem.

anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executantes e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”²⁵

Esta liberdade provisória também tem sua proibição, reforçada pelo inciso II do Art. 2º, da Lei nº. 8.072 de 25 de julho de 1990, o qual fixa serem insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, os crimes de tortura, hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, *in verbis*: “Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...]; II – fiança e liberdade provisória.”²⁶

Da mesma forma, é ilícita a permissão de liberdade provisória quando da ocorrência de ato de racismo por força do inciso XLII do Art. 5º da CF/88, Leis n. 7.716/89 e 9.459/97.

Neste diapasão, entendemos como essencial citar o amparo legal supra do inciso XLII do Art. 5º de Nossa Carta Magna atual, senão vejamos: “Art. 5º [...]: XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”²⁷

Também é considerado crime inafiançável e que conseqüentemente não permitirá a concessão da caução estudada, a ação de grupos armados, civis ou militares, praticados em desfavor a ordem constitucional e o Estado Democrático, como estabelecido pelo Art. 5º em seu inciso XLIV da CF/88 (Constituição Federal de 1988): “Art. 5º [...]: XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”²⁸

Ainda, não será permitido conceder o benefício estudado nas hipóteses dos Arts. 323 e 324 ambos do CPP (Código de Processo Penal), como abordado anteriormente neste trabalho monográfico.

²⁵ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 26.

²⁶ Ibidem. p. 710.

²⁷ Idem, ibidem. p. 26.

²⁸ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 26.

Fica então proibido de usufruir do benefício: a) aquele que comete o delito punido com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos, isto por se tratar de crimes graves; b) nas contravenções penais de vadiagem e mendicância, ou mesmo, em qualquer hipótese quando no processo constar prova do réu ser vadio; c) nos crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público – “*clamor público implica em indignação social, comoção descontentamento coletivo*”²⁹; e d) nos delitos dolosos com pena privativa de liberdade, em caso de reincidência em crime doloso por sentença condenatória.

Da mesma forma, também é proibido o gozo deste benefício (a liberdade provisória), em situação de prisão civil, disciplinar, administrativa ou militar. Ao réu que tenha quebrado a fiança no mesmo processo ou não compareça a qualquer ato processual a que for intimado. E, se existirem elementos autorizadores de prisão preventiva abrangidos pelo Art. 312 do CPP, como para garantir à ordem pública, econômica, a instrução criminal e como garantia da eficácia do processo que é a aplicação da lei penal, *in verbis*:

“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 de autoria.”³⁰

Encontramos ainda expressamente proibida a contemplação deste instituto jurídico, quando o ato cometido decorrer da ação de organização criminosa por imposição do Art. 7º e ainda em caso de apelação nos crimes previstos por esta lei por força do Art. 9º da Lei n. 9.034 de 3 de maio de 1995. Sobre isso, acreditamos ser essencial conferir este amparo legal, *in verbis*:

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

[...]

Art. 9º. O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta

²⁹ Antônio Heráclito Mossin. op. cit. 1998, p. 511.

³⁰ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 436.

Lei.”³¹

Essa vedação legal também se volta aos delitos de lavagem de bens e dinheiros, conforme expressado pelo Art. 3º da Lei n. 9.613 de 3 de março de 1998: “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.”

E ainda, no caso das exceções previstas no *caput* do Art. 321, do Código de Processo Penal (inciso III e IV do Art. 323), que trata de reincidência em crime doloso e vadiagem, não é lícito conceder a liberdade provisória, assim: “Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independente de fiança.”³²

De igual modo, é proibida a concessão deste remédio jurídico nas exceções do Art. 380 do CPP, vejamos: “Art. 380. A aplicação provisória de medida de segurança obstará a concessão de fiança, e tornará sem efeito a anteriormente concedida.”³³

Como já ressaltado anteriormente, na forma do inciso II do Art. 323 do CPP, será vedada a concessão de liberdade provisória na situação do preceito legal dos arts. 59 e 60 da LCP (Lei de Contravenções Penais), Decreto-Lei nº. 3.688/41. Sendo, não usufruirá da liberdade provisória aquele que não possuir renda que lhe garanta a subsistência sendo ele capaz de exercer a atividade de trabalho, mas entrega-se habitualmente à ociosidade, sem desempenhar meios de subsistência de forma ilícita, em outras palavras, pratica vadiagem. E ainda, nos termos do art. 60, fica vedado o gozo deste remédio jurídico (a liberdade provisória) no que tange à mendicância. Este amparo legal classifica a mendicância como um ato ilícito quando exercida mediante ociosidade ou cupidez. Apesar de ser uma contravenção com pena simples de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, a lei traz expresso a proibição da concessão da liberdade provisória na ocorrência deste delito. Esta pena ainda poderá ser aumentada de um sexto a um terço quando cometido o crime de forma vexatória, ameaçadora

³¹ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 783.

³² Ibidem. p. 437.

³³ Idem, Ibidem. p. 444.

ou fraudulenta e se praticado através de simulação de moléstia ou deformidade ou acompanhado por alienado ou menor de 18 (dezoito) anos.

Fica ainda vedada a concessão da liberdade provisória em ocorrência de crimes contra a fauna, como estabelecido pelo Art. 34 da Lei n. 5.197 de 3 de janeiro de 1967. “Art. 34. Os crimes previstos nesta Lei são inafiançáveis e serão apurados mediante processo sumário, aplicando-se, no que couberem, as normas do Título II, Capítulo V, do Código de Processo Penal.”³⁴

Também caberá a recusa por amparo legal, da liberdade provisória aos delitos contra o sistema financeiro na forma da Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986 em seu Art. 31:

“Art. 31. Nos crimes previstos nesta Lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva.”³⁵

Quando o delito for praticado por arma de fogo, como nas conformidades dos art. 16, que trata da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, do art. 17, que fala sobre o comércio ilegal de arma de fogo, e por fim do art. 18 que trata do tráfico internacional de arma de fogo, a estes sem dúvida será proibido o gozo deste benefício por imposição do Art. 21 da Lei nº. 10.826 de 22 de dezembro de 2003. Vejamos o inteiro teor desses dispositivos, *in verbis*:

“Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

³⁴ Disponível em <http://www.achetudoeregiao.com/ANIMAIS/Lei_Federal_5_197_67.htm> acessado em: 12 de novembro de 2007.

³⁵ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 679.

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e

VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.”³⁶

Reiteramos novamente que caberá a não concessão deste benefício ao que cometer as contravenções de aposta em corrida de cavalo fora do hipódromo, conforme o Art. 9º, § 2º da Lei nº. 7.291 de 19 de dezembro de 1984:

“Art. 9º [...]:

§ 2º - É inafiançável a contravenção decorrente de apostas sobre corridas de cavalos, prevista no Art.50, § 3º, alínea "b", do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, e no Art.6º do Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944.”³⁷

³⁶ Disponível em <http://www.mariz.eti.br/Lei_10826.htm> acessado em: 12 de novembro de 2007.

³⁷ Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao/promocoes-comerciais-1/LEI%207291-84> acessado em: 12 de novembro de 2007.

5.1. Recurso

Da decisão que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea, quebrada ou mesmo sem valor a fiança, ou ainda, conceder a Liberdade Provisória, caberá recurso em sentido estrito como assegura o art. 581, incisos V e VII do CPP – Código de Processo Penal.³⁸

Em caso de absolvição do réu com trânsito em julgado, e prestada a fiança, o valor desta será restituída a esse, deduzido o eventual montante que foi declarado perdido de acordo com o art. 337 do CPP – Código de Processo Penal.

Mas, se condenado o réu, a fiança terá como destino o pagamento das custas processuais, multa criminal e indenização civil conseqüente da infração por força do art. 336 também do CPP – Código de Processo Penal.

Em se tratando de perda da fiança, este recurso terá efeito suspensivo de acordo com a normatização do art. 584 do CPP – Código de Processo Penal, e se julgada quebrada a fiança nestes termos, o recurso suspenderá somente o efeito de perda da metade do seu valor, como podemos certificar neste mesmo preceito legal, em seu § 3º.³⁹

Mas o réu só poderá interpor recurso, quanto à pronúncia depois de preso, exceto naqueles casos em que a lei admitir prestar fiança e assim tiver feito, como estabelecido pelo art. 585 do CPP – Código de Processo Penal.⁴⁰

Nos casos preceituados pelo art. 321 em que o acusado tem o direito de livrar-se-solto, já analisados anteriormente neste mesmo tema, não se limita somente ao *juiz a quo*, isto é, à instância Inferior. Também no *juiz ad quem*, ou seja, na instância Superior, o acusado usufruirá o direito de livrar-se-solto, permanecendo então em liberdade sem arcar com o ônus da fiança até que ocorra o trânsito em julgado da sentença.

³⁸ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 474.

³⁹ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 476.

⁴⁰ Idem, *Ibidem*.

É aceitável essa defesa que é fundamentada na inexistência de restrições no art. 321 supracitado e ainda o amparo legal da parte final do art. 594, ambos do CPP – Código de Processo Penal que merece transcrição, *in verbis*:

“Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se [...], ou condenado por crime de que se livre solto.”⁴¹

Além disto, se os requisitos autorizadores da Liberdade Provisória se encontram conforme a lei, o juiz não poderá negar a concessão desta caução sob pena de coação ilegal que será corrigida mediante a via do *habeas corpus*, assim como determinado pelo art. 647 c/c 648, V do CPP – Código de Processo Penal.⁴²

E ainda, se o juiz por ventura negar a concessão deste remédio jurídico, privando o acusado de gozar de sua liberdade, sendo que a lei a admite, ele estará exercendo crime de abuso de autoridade e conseqüentemente, poderá sofrer as penalidades previstas pela Lei nº. 4.898 de 9 de dezembro de 1965, *in verbis*:

“Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

a) à liberdade de locomoção;

Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade:

a) Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

[...];

e) Levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei.”⁴³

⁴¹ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 477.

⁴² Ibidem, p. 483 e 484.

⁴³ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 618 e 619.

6. JURISPRUDÊNCIAS SOBRE A LIBERDADE PROVISÓRIA

Como o tema trabalho tem um liame atual, decidimos ser de suma importância analisar algumas jurisprudências atuais.

6.1. Habeas corpus denegado

Inicialmente, abordaremos a hipótese de *Habeas corpus* impetrado requerendo Liberdade provisória, devido à sentença condenatória por crime de estupro. Entretanto, foi efetuada coação e ameaças pelo acusado durante o procedimento, o que agravou ainda mais sua situação perante a visão da justiça, já que são requisitos necessários para que o réu permaneça preso com fito da garantia da ordem pública. Verifiquemos o inteiro teor desta jurisprudência:

HABEAS CORPUS – ESTUPRO – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – CUSTÓDIA DETERMINADA NA SENTENÇA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – AMEAÇA À VÍTIMA E A UMA TESTEMUNHA – GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME – PERICULOSIDADE DO AGENTE – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – HABEAS CORPUS DENEGADO. 1- A ameaça à vítima e à testemunha perpetrada pelo acusado é suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. 2- Reforça o embasamento na garantia da ordem pública o modus operandi do delito, que traduz a elevada periculosidade do agente e a necessidade de sua custódia. 3- As condições pessoais favoráveis do réu não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, se a necessidade da prisão processual é recomendada por outros elementos dos autos, hipótese verificada in casu. 4- Denegado o habeas corpus. (HABEAS CORPUS 2007/0109472-1 Relator (a) Ministra JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG - Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 20/11/2007 - Data da Publicação/Fonte DJ 10.12.2007 p. 406)⁴⁴.

⁴⁴ Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=liberdade+provis%F3ria&&b=ACORp=true&t=&l=10&i=10>> acessado em 14 de dezembro de 2007.

6.2. Habeas corpus concedido

O caso adiante remonta a um *Habeas corpus* interposto, requerendo Liberdade provisória, onde o acusado é condenado por tráfico ilícito de entorpecente. Alega o impetrante, a inexistência de concreta motivação à decretação de prisão preventiva, pois os elementos concessórios da prisão preventiva, conforme argumentos, não se encontrariam presentes nos fatos concretos, sendo apenas, fruto de meras suposições, o que é fundamento insuficiente para obstar a concessão da liberdade provisória. Para se fundamentar este comportamento, será necessário constar um dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar, e ainda, prova da materialidade e dos indícios de ser o acusado o autor do delito, conforme a imposição do artigo 321 do Código de Processo Penal. Vejamos o julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONCRETA MOTIVAÇÃO. NULIDADE. NOVA FUNDAMENTAÇÃO ACRESCIDA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A simples reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada dos fatos concretos ou baseada em meras suposições ou pressentimentos, não constitui fundamento suficiente para obstar a concessão de liberdade provisória, sendo indispensável a demonstração de um dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva, além da prova da materialidade e dos indícios de autoria, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. A motivação empregada pelo Tribunal a quo para denegar a ordem na impetração originária não é apta a suprir a deficiência de fundamentação do decreto de prisão cautelar. 3. Ordem concedida para determinar a imediata expedição de alvará de soltura ao paciente, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo juízo processante, sem prejuízo de que venha a ser decretada nova custódia cautelar, se for o caso, com a estrita observância do

disposto no art. 312 do CPP (HABEAS CORPUS 2007/0166997-0 – Relator (a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA - Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data do Julgamento: 20/11/2007. Data da Publicação/Fonte DJ 10.12.2007 p. 414)⁴⁵.

Vejamos outro caso, também concedendo ordem de *Habeas corpus*, submetendo o reclamante ao comparecimento a todos os atos processuais sob pena de revogação:

RCL. HC. SOLTURA. NOVA PRISÃO.

A Sexta Turma desse Superior Tribunal concedeu ao então paciente e ora reclamante liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo. O juiz deu imediato cumprimento à mencionada decisão, expedindo alvará de soltura em favor dele, porém, como o reclamante apelou da sentença condenatória prolatada, determinou sua prisão de maneira que, posto em liberdade, em seguida foi preso. Mas o Min. Relator asseverou que, evidentemente, é caso de expedição de ordem a fim de dar garantia à autoridade da decisão deste Superior Tribunal. Assim se apresenta ilegal a renovação da prisão do reclamante e, diante disso, a Seção julgou procedente a reclamação para que imediatamente se cumpra o que foi decidido no hábeas corpus – expedindo a ordem impetrada e concedendo ao paciente liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Precedente citado: HC 44.611-SP, DJ 18/12/2006. Rcl 2.583-GO, Rel. Min. Nilson Naves, julgada em 14/11/2007.⁴⁶

⁴⁵Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=liberdade+provis%F3ria&&b=A&p=true&t=&l=10&i=6>> acessado em 14 de dezembro de 2007.

⁴⁶Disponível em <<http://jusvi.com/noticias/ver/30109>> acessado em 14 de dezembro de 2007.

CONCLUSÃO

Diante do princípio do estado de inocência, antes da sentença penal condenatória com trânsito em julgado, a liberdade do acusado é a regra e não a exceção.

Fundamentados pelo presente estudo, constatamos que de acordo com a imposição legal do artigo 2º, II da Lei de Crimes Hediondos, onde fica expressamente proibida a concessão da liberdade provisória nestes tipos de delitos. Deve se ter em conta, o princípio do devido processo legal, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e presunção de inocência, muito embora o STF (Supremo Tribunal Federal), muitas vezes, adote entendimento contrário.

Além do mais, esta vedação não está amparada expressamente na composição libertária da CF/88 (Constituição Federal de 1988) e ainda nos casos em que abrangem as exceções que classificam as prisões processuais cautelares.

Diante disso, concluímos impescindivelmente, que é permitida concessão da liberdade quando tratamos de crime hediondo, dessa forma a simples vedação legal não é justificção suficiente para a vedação da concessão deste benefício.

Nesta hipótese, o magistrado deverá determinar de forma razoável, amparado pela precisão da prisão cautelar, não se limitando a uma presunção processual incondicional e universal.

Em conclusão, a prisão cautelar não deve prevalecer, salvo, provada sua concreta necessidade, e dessa forma, deve-se conceder a liberdade provisória.

Mas o juízo predominante dos magistrados é oposto a esse entendimento, que compreendemos ser o mais compatível com nossa Carta Magna atual, e, com as normas

processuais referente às prisões cautelares e à liberdade provisória.

O estado de direito e as garantias fundamentais do cidadão acusado são amparados pela Carta Magna, pelo Código de Processo Penal e Leis Complementares. Mas, em inúmeras vezes ocorrem casos em que tribunais ignoram tais previsões legais e somente apreciam o pedido de liberdade provisória após o interrogatório do réu. Além disto, muitos magistrados sustentam a tese de que a concessão do benefício fica ao alvedrio do juiz, o que na realidade é uma inverdade.

Por meio do estudo acadêmico elaborado – Liberdade Provisória – concluímos que buscando este remédio jurídico, estaremos exercendo uma garantia constitucional do acusado preso, como estabelece a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXVI, ao dispor que: *ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*,⁴⁷ impedindo as vicissitudes que permeiam pela simples ou mera faculdade do juiz.

Constatamos também que este benefício poderá ser concedido mediante o não pagamento de fiança (sem vinculação) ou arcando-se com o ônus da fiança (com vinculação).

Enfim, estando presentes todos os quesitos necessários para a concessão da liberdade provisória, se a autoridade policial ou judicial a negar, estará incorrendo em pretense abuso de poder, visto que violará preceitos constitucionais e normas processuais garantidoras do devido processo legal. Se confirmado o abuso de poder, o delegado ou o juiz poderá vir a se enquadrar nas penalidades do art. 3º, a e no art. 4º, a e e da Lei nº. 4.898/65 que trata do abuso de autoridade.

⁴⁷ BRASIL. Constituição Federal. Organizador Luiz Flávio Gomes. op. cit. 2003, p. 27.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza / **Teoria geral do processo penal** – Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal – Código de Processo Penal – Código Penal**. Organizador Luiz Flávio Gomes. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2003.

CAPEZ, Fernando / **Curso de processo penal** – 12. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA, Márcio de Freitas / **Sinótese de Direito Processual Penal** – 1. ed.: CL – EDJUR / Lene – São Paulo, 2005.

DEMERCIAN, Pedro Henrique / MALULY, Jorge Assaf. - **Curso de Processo Penal** – São Paulo: Atlas, 1999.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo / FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto – **Resumo de Processo Penal** – 4. ed., atual – São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1996, - (Coleção resumo).

GREGO FILHO, Vicente / **Manual de processo penal** – 6. ed. – São Paulo : Saraiva., 1999.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbi / **Direito processual penal** – São Paulo : Rideel, 2006 - (Resumo de direito Rideel) Rideel.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio / **Curso completo de processo penal** – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 1986.

NOSSIN, Heráclito Antônio – **Curso de processual penal** – São Paulo : Atlas, 1998. vol. 2

FREITAS, Aldo Sabino de / **Direito processual penal** – Goiânia : IEPC, 2005.

SMANIO, Gianpaolo Poggio / **Processo Penal** – 2. ed. - São Paulo: Atlas, 200, - (Série fundamentos jurídicos).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa / **Processo Penal**, - 26 ed. rev., atual e aum. - São Paulo: Saraiva, 2004. 3º vol.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. II.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 24. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

<http://www.achetudoeregiao.com/ANIMAIS/Lei_Federal_5_197_67.htm> acessado em: 12 de novembro de 2007.

<<http://jusvi.com/noticias/ver/30109>>acessado em: 14 de dezembro de 2007.

<http://www.mariz.eti.br/Lei_10826.htm> acessado em: 12 de novembro de 2007.

<http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao/promocoes-comerciais-1/LEI%207291-84> acessado em: 12 de novembro 2007.

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=liberdade+provis%F3ria&&b=ACORp=true&t=&l=10&i=10>>acessado em: 14 de dezembro de 2007.

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=liberdade+provis%F3ria&&b=A&p=true&t=&l=10&i=6>>acessado em: 14 de dezembro de 2007.

DECLARAÇÃO

Eu **APARECIDA DA PENHA SILVA FRANCISCO**, brasileira, casada, portadora da RG nº. 3277078-3513505 SSP/GO; CPF nº. 61317144104; residente e domiciliada na Av.: Antônio Alves de Oliveira, nº. 319, centro nesta cidade de Nova América Estado de Goiás, Graduada em **LETRAS/PORTUGUÊS-INGLÊS**, pela **FACULDADE INTEGRADA DA ASSOCIAÇÃO EDUCATIVA EVANGÉLICA-FACULDADE DE FILOSOFIA DO VALE DE SÃO PATRÍCIO - FAFISP** declaro para os devidos fins que se fizerem necessário que realizei a *correção ortográfica e gramatical do trabalho monográfico – LIBERDADE PROVISÓRIA SOB UMA ÓTICA ATUAL*, da graduanda em Bacharel de Direito **WESVÂNIA HELENA DE DEUS**, pela **FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER**.

Segue em anexo, cópias de documentos nos quais comprovam a veracidade dos relatos acima.

Por ser verdade firmo e assino a presente.

Nova América, 18 de dezembro de 2007.



APARECIDA DA PENHA SILVA FRANCISCO