

## 4

# A LIBERDADE PROVISÓRIA

### 4.1

#### O Tratamento Atual da Liberdade Provisória

Para a compreensão plena do instituto jurídico da liberdade provisória, faz-se necessário reportar à redação original do Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941 – onde o acusado preso em flagrante somente poderia ter a sua liberdade de locomoção restituída, em duas hipóteses bem delineadas. A primeira, quando comprovado, pelos elementos de informação constantes do auto de prisão em flagrante, que o acusado praticou o fato, amparado por alguma causa excludente de ilicitude. A segunda, tratando-se de infração penal suscetível de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança.

Esclarece Oliveira:

Em sua redação primitiva, de 1941, pois, a prisão em flagrante tinha como consequência uma antecipação do resultado final do processo, fundada, sobretudo, na presunção de culpabilidade, decorrente do próprio flagrante, mas também de uma antecipação de necessidade, decorrente de uma presunção de fuga. [...] o regime de prisão e liberdade do Código de Processo Penal de 1941, no qual, como regra, foi mantida, como única modalidade de liberdade provisória, aquela realizada mediante o pagamento de fiança, salvo quando se pudesse comprovar, desde logo, que o crime tinha sido praticado por meio de conduta penalmente justificada, isto é, quando presente alguma excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa etc.), conforme previsto no art. 310, caput, do CPP. (OLIVEIRA, 2008, p. 433).

Assim, sobre os pilares da presunção de culpa e da presunção de fuga que recaiam sobre o acusado apanhado cometendo o fato típico ou logo em seguida, foi erguido o arcabouço teórico dos institutos da prisão em flagrante e da liberdade provisória nos termos do Código de Processo Penal de 1941. Como regra, somente era possível a restituição da liberdade mediante o pagamento de fiança, nas infrações penais de menor gravidade.

Na lição de Oliveira:

[...] a fiança imperava no regime prisional do Código de Processo Penal de 1941, pela simples razão de que a regra era a prisão, somente admitindo-se a liberdade após o flagrante quando se tratasse de crimes levemente apenados, para os quais

se supunha a não-imposição de sanção privativa da liberdade ao final do processo. (OLIVEIRA, 2008, p. 443).

Realidade esta, que persistiu até o final da década de 70, mais precisamente, até a edição da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, que alterou, profundamente, o tratamento da prisão em flagrante e da liberdade provisória.

Ao inserir o parágrafo único no art. 310 do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, a Lei 6.416/77, redimensionou o instituto da liberdade provisória, ampliando a possibilidade de restituição da liberdade de locomoção a todo acusado preso em flagrante, desde que não estiverem presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Assegura Oliveira:

[...] desde 1977, a legislação processual fez uma opção claríssima, em tema de prisão, ou seja, o preso em flagrante somente terá mantida a sua prisão se, e somente se, pelo exame do auto de prisão em flagrante, for possível verificar a ocorrência de razões que determinem a decretação de sua prisão preventiva, tal como previsto no art. 312 do CPP. Conseqüência: a prisão provisória, como medida cautelar que é, nos termos dos arts. 312 e 313 do CPP, passava, desde aquela época a constituir exceção do sistema. A regra, como se observa, era (e é) a restituição da liberdade, logo após cumpridas as funções do flagrante, tendo em vista a inexistência de sentença condenatória definitiva. (OLIVEIRA, 2008, p. 434-435).

Observa-se que os pilares sobre os quais se apoiavam os institutos da prisão em flagrante e da liberdade provisória – presunção de culpa e presunção de fuga – na redação original do Código de Processo Penal de 1941, romperam-se, sendo substituídos pelo valor liberdade como regra fundamental, salvo nos casos em que os pressupostos e requisitos da prisão preventiva estiverem presentes.

A Carta Política/88, por sua vez, ao instituir uma nova ordem constitucional, reconhecendo e garantindo os valores essenciais do Estado Democrático de Direito, chancelou a liberdade provisória com o signo de direito fundamental, inserindo-o em seu art. 5º, inciso LXVI.

---

<sup>1</sup> **Art. 310.** Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código 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 inoportunidade de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

## 4.2

### A Prisão em Flagrante como Pressuposto da Liberdade Provisória

A prisão em flagrante, prevista nos arts. 301 e seguintes do Código de Processo Penal, ao contrário das demais espécies de prisão processual, independe de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, apresenta natureza administrativa e, consiste no ato de prender alguém no exato momento em que o fato típico é cometido ou logo após a sua realização.

Como registra Marques:

Na verdade, flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinqüente executa a ação penalmente ilícita. Há, assim, “a certeza visual do crime”, pelo que a pessoa, que assiste à cena delituosa, pode prender o seu autor, conduzindo-o, em seguida à autoridade competente. (MARQUES, 2000, p. 72).

Já a prisão preventiva caracteriza-se como uma espécie de prisão processual que pode ser decretada pela autoridade judiciária, no curso do inquérito policial ou durante o processo penal, desde que presentes os motivos legais. O Código de Processo Penal nacional estabelece os pressupostos e requisitos da prisão preventiva nos arts. 312 e 313, respectivamente <sup>2</sup>.

Embora de constitucionalidade duvidosa, a prisão temporária encontra-se disciplinada pela Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e vigente no ordenamento jurídico, prestando-se a tornar possível a investigação de crimes considerados graves, durante o curso do inquérito policial.

A prisão temporária somente poderá ser decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do

---

<sup>2</sup> 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.

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal;

IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para a garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ministério Público e, desde que presentes os requisitos previstos no art. 1º, incisos I, II e III, da Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989<sup>3</sup>.

Portanto, a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, são modalidades de prisão processual, atualmente, previstas no ordenamento jurídico, uma vez que a prisão decorrente de pronúncia e a prisão em virtude de sentença penal condenatória recorrível encontram-se revogadas.

Nota-se que o estudo mais aprofundado do instituto jurídico da prisão processual já foi desenvolvido no segundo e terceiro capítulos deste trabalho, o que se faz necessário, neste momento, é tão-somente o apontamento das peculiaridades que individualizam cada espécie de prisão processual. Isto porque, a forma pela qual a liberdade de locomoção do acusado poderá ser restituída, anteriormente à sentença penal definitiva, está diretamente vinculada à modalidade de prisão processual inicialmente imposta.

A prisão preventiva deve perdurar enquanto subsistirem os motivos que ensejaram sua decretação, assim, não mais existindo os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, esta deve ser revogada. Ainda que seja superado o prazo máximo para a prisão preventiva – importante ressaltar que não há consenso na doutrina, nem tão-pouco, na jurisprudência quanto ao prazo máximo da prisão preventiva –, esta será, conseqüentemente, revogada e não substituída pela liberdade provisória.

Por outro lado, a prisão temporária apresenta prazo determinado, ordinariamente, em 05 dias, podendo ser prorrogada por igual período.

---

<sup>3</sup> Art. 1º. Caberá prisão temporária:

- I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
  - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
  - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
  - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
  - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
  - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
  - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
  - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
  - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
  - i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);
  - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);
  - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
  - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1.10.1956), em qualquer de suas formas típicas ;
  - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976);
  - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986).

Tratando-se de crimes hediondos e assemelhados, nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/90<sup>4</sup>, o prazo de duração da prisão temporária é ampliado para 30 dias, podendo ser prorrogado por mais 30 dias.

Desta forma, uma vez superado o prazo de duração da prisão temporária, a liberdade de locomoção do acusado deve ser restituída, nos termos do art. 2º, § 7º, da Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989<sup>5</sup>. Nesta hipótese, igualmente, não há que se falar em liberdade provisória.

Na lição de Oliveira:

Resulta daí que o próprio sistema prisional reserva tratamento distinto para tais modalidades cautelares, prevendo o exaurimento da medida com o só desaparecimento das circunstâncias de fato que deram causa a uma e outra, por meio de simples decisão revogatória, no caso de preventiva (art. 316, CPP), e de encerramento do prazo legal, com efeito extintivo obrigatório, nas hipóteses de prisão temporária (art. 2, § 7, da Lei .960/89). Por essas razões é que – e nisso não divergem a doutrina e a jurisprudência – não há a imposição de qualquer das restrições próprias dos regimes de liberdade provisória, com ou sem fiança, àquele a quem foi restituída a liberdade pela cessação da prisão preventiva ou temporária. (OLIVEIRA, 2000, p. 104).

Percebe-se, assim, que a liberdade provisória afigura-se como instrumento adequado para se buscar a restituição da liberdade de locomoção somente quando o acusado for preso em estado de flagrância, ou seja, não há que se falar em liberdade provisória como instrumento idôneo para se buscar a restituição da liberdade de locomoção do acusado nas hipóteses de prisão preventiva ou prisão temporária.

Ressalve-se, ainda, que a liberdade provisória – como meio idôneo de restituir a liberdade de locomoção do acusado – pressupõe a prisão em flagrante realizada em conformidade com os estritos ditames legais.

Isto porque, ausentes as formalidades exigidas pelo ordenamento jurídico para a realização da prisão em flagrante, o instrumento idôneo para a restituição da liberdade de locomoção não será a liberdade provisória, mas sim, o instituto

---

<sup>44</sup> Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança.

(...)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

<sup>5</sup> Art. 2º. (...)

§ 7º. Decorrido o prazo de 5 (cinco) dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

jurídico do relaxamento da prisão ilegal que encontra, hodiernamente, acento constitucional, sendo previsto no art. 5.º, inciso LXV, da Carta Política/88<sup>6</sup>.

Quanto ao relaxamento da prisão ilegal, explicita Oliveira:

Descumprida a exigência normativa, tem-se violação da lei, a reclamar, como conseqüência impostergável, a *nulidade* do ato e o retorno ao *status quo*, como verdadeiramente *inexistente* situação *flagrancial*. O relaxamento da prisão é, assim, a via judicial de controle de legalidade do ato administrativo prisional, permanecendo o flagrado, a partir dele, na mesma situação processual – ou *pré-processual* – daquele não surpreendido em flagrante, isto é, livre de qualquer ônus ou restrições de direito. (OLIVEIRA, 2000, p. 91-92).

Observa-se assim, que o instituto jurídico da liberdade provisória pressupõe, não uma mera prisão em flagrante, mas uma prisão em flagrante qualificada pela observância de todas as exigências legais, ou seja, a liberdade provisória apresenta-se como sucedâneo da prisão em flagrante válida.

#### 4.3

#### As Modalidades de Liberdade Provisória

Apresentados os fundamentos normativos vigentes acerca da liberdade provisória, tanto no âmbito constitucional, como também, pela legislação ordinária, passa-se a analisar, neste item, as espécies que o referido instituto jurídico, como gênero, comporta.

A doutrina não é unívoca quanto aos critérios adotados para a classificação das modalidades de liberdade provisória previstas no ordenamento jurídico, apresentando uma série de divergências em relação ao assunto.

Sistematiza o tema, Pacheco:

Uma das classificações da liberdade provisória é a que a subdivide em: a) obrigatória – fiança e hipóteses em que o acusado se livra solto; b) permitida – arts. 310, caput e parágrafo único, do CPP; c) vedada – seria o caso, por exemplo, dos crimes hediondos. Esta classificação se fundamentaria em que a “liberdade provisória” seria uma faculdade do juiz, uma vez que a lei diz que o juiz “pode” conceder a liberdade.[...] Uma segunda classificação, bastante útil, é a que a subdivide em: a) liberdade provisória vinculada: a liberdade é concedida, mas o acusado liberado fica vinculado a certos deveres processuais [...] b) liberdade “provisória” não-vinculada: o acusado é colocado em liberdade sem qualquer dever processual (veja art. 321, CPP, em que o acusado “se livra solto”). [...] Uma terceira classificação, também, útil, subdivide a liberdade provisória em: liberdade provisória com fiança: o acusado obtém a liberdade mediante o depósito de

<sup>6</sup> Art. 5º. (...)

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

dinheiro ou bens, ou da hipoteca. [...] b) liberdade provisória sem fiança: o acusado obtém a liberdade sem ter que recolher fiança. (PACHECO, 2008, p. 786-787).

E, conclui o autor:

Podemos, pelas classificações acima, subdividir a liberdade processual em quatro grupos: a) liberdade sem fiança e sem vinculação; b) liberdade provisória sem fiança e com vinculação; c) liberdade provisória com fiança e com vinculação; d) liberdade provisória vedada ou proibida. (PACHECO, 2008, p. 787).

Nota-se, entretanto, que a Constituição Federal/88, no art. 5º, inciso LXI, ao reconhecer o direito à liberdade provisória, estabeleceu, também, a distinção entre liberdade provisória mediante fiança e a liberdade provisória sem fiança.

Assim, qualquer que seja o critério adotado para a classificação das hipóteses existentes de liberdade provisória, deve, obrigatoriamente, obediência ao referido preceito constitucional, em outras palavras, a análise do instituto jurídico da liberdade provisória como gênero não pode desconsiderar – conforme a referida previsão constitucional – as seguintes espécies: a liberdade provisória mediante fiança e a liberdade provisória sem fiança.

#### 4.3.1

#### **A Liberdade Provisória Mediante Fiança**

Percebe-se que a liberdade provisória mediante fiança, que representava, na redação original do Código de Processo Penal de 1941, o principal instrumento jurídico idôneo a promover a restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante delito, “cedeu espaço ao instituto correlato, que é a liberdade sem a prestação de fiança” (TÁVORA, ALENCAR, 2009, p. 532), a partir do regime jurídico instituído pela Lei 6.416, de 24 de maio de 1977.

Entretanto, a liberdade provisória mediante fiança, apresenta-se como instituto jurídico autônomo e, devidamente, regulamentado, tanto pela Carta Política/88, como também, pela legislação infraconstitucional.

Assevera Pacheco:

A liberdade provisória com fiança é o instituto processual segundo o qual o acusado preso em flagrante é colocado em liberdade, mediante a prestação de caução, consistente em depósito de dinheiro, bens ou valores, ou por meio de hipoteca, assumindo, como condição da liberdade, determinadas obrigações processuais, sob pena de revogação da liberdade [...]. (PACHECO, 2008, p. 803).

Neste contexto da liberdade provisória mediante fiança que surge a distinção entre crimes afiançáveis e inafiançáveis. Com efeito, o ordenamento jurídico estabelece quais as infrações penais que não admitem a liberdade provisória mediante fiança – isto é, os crimes inafiançáveis –, *a contrario sensu*, pode-se conhecer quais os crimes permitem tal benefício processual – ou seja, os crimes afiançáveis.

Ressalta-se que, a proibição da liberdade provisória mediante fiança, ou seja, a inafiançabilidade, pode decorrer da própria Constituição Federal/88 – nos crimes de racismo, hediondos e assemelhados e, na ação de grupos armados, civis, ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático –, bem como, no âmbito da legislação ordinária – como nas hipóteses previstas nos arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal<sup>7</sup>.

Nos termos do art. 323 do Código de Processo Penal, são insuscetíveis de fiança, em regra, as infrações penais punidas com reclusão, cuja pena mínima, abstratamente cominada, for superior a dois anos. Por outro lado, segundo leciona Rocha; Garcia Baz, “a *contrario sensu* são afiançáveis, em princípio os ilícitos apenados aquém desse patamar, com pena mínima de até dois anos de reclusão, bem assim os apenados com detenção ou prisão simples.” (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p. 116).

Algumas condições pessoais ostentadas pelo acusado também poderão impedir a concessão do benefício da liberdade provisória mediante fiança, assim, ainda segundo o art. 323 do Código de Processo Penal, a reincidência, bem como a vadiagem, tornam o delito inafiançável.

Determina o art. 322 do Código de Processo Penal, que a liberdade provisória mediante fiança poderá ser concedida, nas infrações penais punidas

---

<sup>7</sup> Art.323. Não será concedida fiança:

- I- nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;
- II – nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;
- III – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de 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;
- V – nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça;

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

- I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança, anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;
- II – em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;
- III – ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança;
- IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

com pena de detenção ou prisão simples, pela autoridade policial e, nas demais hipóteses, somente pelo magistrado.

Por fim, a concessão do benefício da liberdade provisória mediante fiança exige o cumprimento, pelo acusado, de determinadas obrigações, tais como: o comparecimento perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e/ou da instrução criminal, bem como para o julgamento; não mudar de residência, sem prévia autorização judicial ou mesmo ausentar-se da comarca por prazo superior a 8 dias, sem antes comunicar ao juízo processante onde poderá ser localizado, tudo nos termos dos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal<sup>8</sup>.

### 4.3.2

#### A Liberdade Provisória sem Fiança

A liberdade provisória sem fiança, inicialmente prevista, na redação original do Código de Processo Penal de 1941, tão-somente para as hipóteses em que o acusado, preso em flagrante delito, tem a sua liberdade de locomoção incondicionalmente restituída nos termos do seu art. 321<sup>9</sup>, ou então, quando existia a presunção de ter, o acusado, agido amparado por alguma causa excludente da ilicitude, conforme o art. 310, *caput*, do referido Codex, restou significativamente ampliada com a inserção do parágrafo único, ao citado art. 310, pela Lei 6.416/77, de 24 de maio de 1977<sup>10</sup>, abrangendo, desde então, todas as hipóteses em que não estiverem presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Na lição de Oliveira:

---

<sup>8</sup> Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, 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 local onde será encontrado.

<sup>9</sup> Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independente 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.

<sup>10</sup> Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código 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 (arts. 311 e 312).

[...] a hipótese de liberdade prevista no *caput* do mencionado art. 310 remonta aos tempos da elaboração do Código de Processo Penal, convivendo, na época, com a liberdade com fiança, então a única cabível. É bem de ver que com a alteração promovida pela Lei nº 6.416/77, incluindo o parágrafo único ao art. 310, a liberdade prevista no *caput* foi como que encampada pela nova modalidade (do parágrafo único), já que, sempre que o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, ter o agente praticado o fato em legítima defesa, estado de necessidade etc. (caso de aplicação do *caput*), não estarão presentes quaisquer das hipóteses da prisão preventiva, pela ausência do *fumus delicti* (ou aparência do delito), podendo-se tranquilamente pensar na aplicação do parágrafo único. (OLIVEIRA, 2008, p. 440-441).

Observa-se que a liberdade provisória sem fiança, prevista no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal – instituído pela Lei n.º 6.416/77 – tornou-se o principal instrumento de restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante.

Sobre a liberdade provisória sem fiança, assevera Lopes Júnior:

Esse é o principal regime de liberdade provisória no atual sistema processual penal brasileiro: sem fiança, mas com condições a serem observadas e cumpridas. [...] São duas situações fáticas tuteladas: uma restritiva às causas de exclusão da ilicitude (e, por que não, da culpabilidade) estabelecidas no *caput*, e outra pelo parágrafo único, muito mais abrangente [...] O *caput* do art. 310, numa leitura rápida, conduz à conclusão de que, tendo o agente praticado o fato ao abrigo da causa de exclusão da ilicitude [...] caberia a concessão de liberdade provisória, sem fiança, [...] Já o parágrafo único do art. 310 consagra o mais amplo e recorrente regime de liberdade provisória do sistema brasileiro, sem fiança [...] Impõe o texto legal que a prisão [...] somente poderá ser mantida se estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Do contrário, se não houver necessidade da prisão preventiva, deverá ser concedida a liberdade provisória sem fiança. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 147-148).

Ressalta-se que as hipóteses de restituição da liberdade de locomoção previstas no art. 310 *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal, são denominadas de liberdade provisória sem fiança e com vinculação, pois exigem, para que o acusado permaneça em liberdade, o cumprimento de determinadas condições.

A vinculação, nestas hipóteses, caracteriza-se pela obrigação do acusado de atender todo e qualquer chamamento do magistrado, durante o desenvolvimento do processo, ou seja, conforme esclarece Rangel, “a vinculação ao processo, portanto, é a obrigação [do acusado] de comparecer a todos os atos para os quais for intimado, sob pena de revogação, diz a lei.” (RANGEL, 2008, p. 728).

O art. 310, *caput*, do Código de Processo Penal estabelece que o juiz poderá restituir a liberdade de locomoção do acusado, preso em flagrante, caso verifique que o mesmo agiu amparado por uma causa excludente de ilicitude, isto é, em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

A concessão da liberdade provisória, com fulcro no art. 310, *caput*, do Código de Processo Penal, independe do grau de apenação, abstratamente prevista em lei, para a infração penal praticada, menos ainda, de condições subjetivas ostentadas pelo acusado.

Neste sentido, assevera Rocha; Garcia Baz:

A lei não faz qualquer distinção para a concessão da liberdade provisória nessa hipótese [art. 310, *caput*, CPP]. Afiançável ou não a infração penal, primário ou reincidente o agente, não importa: a liberdade provisória será sempre cabível. [...] A soltura somente se justifica se o juiz verificar a caracterização de uma causa excludente de ilicitude nos elementos informativos do auto de prisão em flagrante delito. Isso não quer dizer, como defendem alguns doutrinadores, que a discriminante deva estar estreme de dúvidas. Basta que haja sérios indícios, razoáveis, no sentido de sua existência. Exigir-se que o juiz na primeira hora verifique se existe prova plena e concludente da discriminante para efeito da concessão do benefício, efetivamente concedendo-o tão-somente quando identificar tal prova, equivale a exigir-se do magistrado um prejulgamento quanto ao próprio mérito de uma ação penal ainda sequer ajuizada e, portanto, futura. (ROCHA; GARCIA BAZ, 2000, p. 78).

Quanto à hipótese de restituição da liberdade de locomoção do acusado preso em flagrante, prevista no art. 321 do Código de Processo Penal – embora alguns autores entendam que não se trata de uma modalidade de liberdade provisória propriamente dita<sup>11</sup> –, em que o acusado livrar-se-á solto, incondicionalmente, nos casos de infrações penais de menor gravidade, será tratada, nos estreitos limites do presente estudo, como uma espécie de liberdade provisória sem fiança e incondicionada.

Na lição de Rangel:

---

<sup>11</sup> Por todos, a lição de Oliveira, “Registre-se, todavia, que as hipóteses do artigo 321 não se enquadram, a rigor, em quaisquer dos regimes constitucionais de liberdade, com ou sem fiança, dado que não configuram nenhuma modalidade de tutela processual cautelar, nada se exigindo do aprisionado em flagrante em tais infrações. Na realidade, o que efetivamente ocorre em tal situação é a restituição integral da liberdade, não havendo qualquer diferença entre a situação processual daquele que é dela beneficiário – como titular de direito, e não enquanto favor – e daquele não aprisionado em flagrante de qualquer delito. Em ambos os casos, e para ambos os imputados, não se impõe restrição alguma de direitos e nenhum ônus processual, não havendo razão para falar-se em regime de liberdade provisória, providência de natureza desenganadamente cautelar.” (OLIVEIRA, 2000, p. 160).

O art. 321 do CPP cria uma liberdade provisória sem fiança e sem vinculação, pois basta que a infração seja punida, exclusivamente, com pena de multa (inc. I) ou que a pena privativa de liberdade não exceda a três meses (inc. II). O legislador, quando usa a expressão *livrar-se-á solto independente de fiança*, cria a liberdade imediata e obrigatória, sem sujeição a nenhuma obrigação, não havendo, assim, nenhum dever para o réu. (RANGEL, 2008, p. 732).

Assim, a liberdade provisória sem fiança, prevista no art. 5º, inciso LXVI, da Carta Política/88, encontra-se disciplinada pelo Código de Processo Penal, nos arts. 321, 310, *caput*, e, sobretudo, no art. 310, parágrafo único, consubstanciada no direito do acusado, preso em flagrante, de aguardar o julgamento em liberdade, seja subordinado a determinadas obrigações ou não.