

O SISTEMA DE FIANÇA EM RAZÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 310 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Mádson Ottoni de Almeida Rodrigues¹

Resumo

Nos termos da Constituição Federal, as pessoas são presumidas inocentes até a condenação penal definitiva, quando então devem se sujeitar a respectiva punição, inclusive com a privação da liberdade individual, se for o caso. Excepcionalmente, porém, nos casos previstos em lei, se admite a prisão processual do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. É nesse contexto que surge o questionamento jurídico que envolve o sistema de fiança em razão do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, que assegura ao preso em flagrante o direito à liberdade provisória, sem exigência do pagamento de fiança, desde que não verificada qualquer das circunstâncias que autorizem a decretação da prisão preventiva. Se tais circunstâncias não forem detectadas pelo juiz, o preso em flagrante ficará em liberdade provisória, sem preocupação com os parâmetros estabelecidos nos arts. 321, 323 e 324 do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: *constituição; presunção de inocência; prisão em flagrante; liberdade provisória sem fiança; admissibilidade; Desnecessidade de observância aos parâmetros previstos nos arts. 321, 323 e 324 do CPP.*

Sabe-se que vigora, no Brasil, a presunção de inocência dos acusados da prática de ilícito penal. Tal presunção emerge do que estatui o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL. Constituição, 2001).

Diante da presunção de inocência erigida ao patamar de garantia constitucional, há de prevalecer a possibilidade do acusado responder o processo

¹ Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Natal; Professor de Direito Processual Civil II e III

penal em liberdade. Se assim não fosse, decerto estaria afastada a presunção de inocência, porquanto a punição viria antes da condenação, o que não se compraz com a norma constitucional.

É preciso ter claro, todavia, que o comando constitucional da presunção de inocência possui nítido conteúdo de direito penal material, haja vista que amplia os direitos subjetivos do acusado, que somente será considerado culpado, e conseqüentemente, punido, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ocorre que o exercício da jurisdição penal não se restringe às normas de conteúdo material, sendo também passível de observância as regras relativas ao processo penal, que disciplinam o método de atuação do Estado para chegar à punição dos culpados. Assim, toda legislação que cuida da tipicidade do fato, de sua ilicitude e culpabilidade do agente, possui natureza penal material. Já os aspectos afetos ao rito, à formalização da acusação e da defesa, à produção de provas etc., dizem respeito às normas de natureza processual penal.

Neste diapasão, em se tratando de questões como a prisão em flagrante, prisão preventiva e liberdade provisória, dentre outras, o foco da análise se volta para o direito processual penal, que igualmente possui lugar reservado na Constituição Federal, mais precisamente no art. 5º, incisos LXI, LXV e LXVI, *in verbis*:

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;

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

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL. Constituição, 2001).

Vê-se que a própria Constituição Federal, ao estatuir o direito à liberdade provisória art. 5º, inciso LXVI, previu, no sentido contrário, a possibilidade do acusado ser mantido preso antes da condenação, seja por força da prisão em flagrante, seja em decorrência do decreto judicial de prisão provisória ou preventiva (BRASIL. Constituição, 2001).

A posição da constituição pode ser traduzida no seguinte sentido: via de regra, as pessoas são presumidas inocentes até a condenação penal definitiva,

quando então devem se sujeitar à respectiva punição, inclusive com a privação da liberdade individual, se for o caso. Excepcionalmente, porém, nos casos previstos em lei, admite-se a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O ideal seria a privação da liberdade somente após a condenação final, quando as provas estariam produzidas e não restaria mais dúvida a respeito do crime e de sua autoria. Entretanto, para que isso pudesse ocorrer, seria necessário ignorar a periculosidade de determinadas pessoas, a gravidade de alguns crimes bárbaros que revoltam a sociedade e a própria insegurança da coletividade durante o interregno de tramitação do processo, até final condenação do culpado. Como não se pode conviver passivamente com a criminalidade, deixando a sociedade indefesa, resta justificada a existência da chamada prisão processual, levada a efeito antes da condenação penal definitiva.

Diante do que foi dito até aqui, parece evidente que a prisão processual é uma exceção à regra das garantias individuais do cidadão, o que impõe seja decretada ou mantida nos exatos termos previstos em lei, quando sobejamente evidenciada a situação de risco à paz social, sob pena de descambar para o arbítrio, em descumprimento ao corolário constitucional da presunção de inocência.

É nesse contexto que surge o questionamento jurídico que envolve o sistema de fiança em razão do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, cuja redação é a seguinte:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do artigo 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (BRASIL. Código de Processo Penal, 1999).

O parágrafo único acima transcrito assegura ao preso em flagrante o direito à liberdade provisória, desde que não verificada qualquer das hipóteses que autorizem a prisão preventiva, a saber: como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houve prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (BRASIL. Código de Processo Penal, 1999).

Convém registrar que a concessão da liberdade provisória, quando presentes os requisitos que a autorizem, não se constitui numa liberalidade do juiz, ficando ao talante de sua vontade. Não é assim. Partindo do pressuposto de que a prisão processual é uma exceção, o acusado possui o direito subjetivo de manter-se em liberdade quando autorizado por lei. Proceder de modo diverso é arbitrariedade, passível de *habeas corpus*.

A dificuldade reside no momento em que é preciso conciliar o disposto no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, com o que estatuem os arts. 321, 323 e 324 do mesmo diploma legal. Se o parágrafo único do art. 310 assegura o direito à liberdade provisória de forma ampla, para qualquer delito, desde que inócuentes as hipóteses para decretação da prisão preventiva, os arts. 321, 323 e 324 restringem esse direito, estabelecendo as hipóteses em que o réu se livrará solto, independentemente de fiança (art. 321), e os casos em que a fiança não poderá ser concedida (arts. 323 e 324).

Parece evidente que a regra do parágrafo único do art. 310 tem prevalência sobre as demais. Ao prever a liberdade provisória no dispositivo em comento, o legislador fez apenas duas exigências: que não estejam presentes os pressupostos do art. 321 e que o acusado se comprometa a comparecer a todos os atos do processo. Nos limites do dispositivo em enfoque, o legislador não impôs limitação quanto à natureza do delito praticado nem quanto ao montante da pena privativa de liberdade aplicada ao caso. O que interessa saber simplesmente é se não estão presentes os requisitos autorizadores do decreto de prisão preventiva. Se tais requisitos não forem detectados pelo juiz, o preso em flagrante ficará em liberdade provisória, sem preocupação com os parâmetros estabelecidos nos arts. 321, 323 e 324 (BRASIL. Código de Processo Penal, 1999).

Penso ainda que o parágrafo único do art. 310 reclama a liberdade provisória sem pagamento de fiança, porquanto o *caput* do mesmo artigo não faz exigência em sentido contrário, restringindo-se a obrigatoriedade do comparecimento do acusado a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício.

Neste passo, é possível concluir que, por força do disposto no parágrafo único do art. 310 (BRASIL, Código de Processo Penal, 1999), todo o sistema de fiança penal resta comprometido ou, melhor dizendo, prejudicado e inócuo. Basta imaginar que, em qualquer hipótese de prisão em flagrante, salvo quando se tratar de crime hediondo (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, art. 2º inciso II), o acusado será mantido em liberdade sem pagamento de fiança, desde que não caiba a decretação da prisão preventiva. Tirante os casos do art. 321, nos quais

o acusado se livrará solto independente de fiança, nos demais a fiança também não será necessária, em face do estatuído no parágrafo único do art. 310.

A propósito dos crimes hediondos, cuja fiança e liberdade provisória encontram óbice no art. 2º, inciso II da Lei nº 8.072/90, o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de não prevalecer o impeditivo legal da liberdade provisória, quando ausentes os requisitos da custódia preventiva, haja vista os princípios constitucionais que regem a matéria. Neste sentido, apresento a seguinte ementa de recente decisão do STJ:

PROCESSUAL PENAL – PRISÃO EM FLAGRANTE – CRIME HEDIONDO – LIBERDADE PROVISÓRIA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA – 1 – O fato de tratar-se de crime hediondo, isoladamente, não é impeditivo da liberdade provisória, haja vista princípios constitucionais regentes da matéria (liberdade provisória, presunção de inocência, etc.). Faz-se mister, então, que, ao lado da configuração idealizada pela Lei nº 8.072/90, seja demonstrada também a necessidade da prisão. 2 – A manutenção da prisão em flagrante só se justifica quando presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, nos moldes do art. 310, parágrafo único do CPP. O fundamento único da configuração de crime hediondo ou afim, sem qualquer outra demonstração de real necessidade, nem tampouco da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, não justifica a manutenção da prisão em flagrante. 3 – Habeas corpus concedido (BRASIL. Código de Processo Penal, 1999).

Sendo assim, o juiz deve ficar atento ao receber a comunicação da prisão em flagrante pela autoridade policial. De posse da cópia do respectivo auto, é dever do magistrado verificar se estão presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, buscando as informações necessárias neste sentido. Concluindo o juiz que não restam configurados tais requisitos, outra alternativa não lhe resta senão conceder, de ofício, liberdade provisória ao acusado, sem a exigência do pagamento de fiança, e mediante termo de comparecimento aos atos do processo, que terão início com o recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público. Na hipótese contrária, ou seja, presentes os requisitos da preventiva, também deve o juiz decretá-la desde logo, não se justificando a omissão diante dos requisitos autorizadores da medida.

Por fim, maior precaução deve ter o juiz quando o auto de prisão em flagrante enquadrar a conduta do acusado no rol dos crimes hediondos, que não admitem fiança e liberdade provisória. Nestes casos, antes de lançar mão do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, será melhor o juiz

aguardar o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, quando então advirá segurança para avaliar se cabe ou não a liberdade provisória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 291p.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 905p.

Juris Séntense Millennium. Rio Grande do Sul: Síntese, 2002. 1 CD.

Abstract

According to the Federal Constitution Terms, people are considered until their definite sentence, so they will be open to their respective punishment, even for the case of losing their individual freedom, if that is the case. Exceptionally, however, in the cases foreseen by law, prison is admitted to the guilty before the judgment. In this context a question is reised involving the bail system due to the only paragraph from the Article 310 of the Legal Process thar assures the prisoner in flagrant the right to conditional freedom, without paying the bail, since there are no verification of any circumstances wich autorizes the prison preventive order. If those circumstances were not detected by the Judge, the prisoner will have conditional freedom, with no concerns of paraneters established in the following articles: 321, 323, 324 from the Legal Process Code.

Key words: *constitution; innocence presume; flagrant prison; conditional freedom with no bail; admissibility; no necessity of observance of parameters foreseen in the 321, 323, 324 from the Legal Process Code.*