

Prisão e Liberdade Provisória

Marcelo Amaral Colpaert Marcochi¹

A penitenciária é, de fato, um hospital cheio de pessoas acometidas de enfermidades do espírito e, por vezes, também do corpo. Mas que hospital singular! No hospital, quando se descobre que o diagnóstico foi equivocado, o médico prontamente o corrige e muda a medicação. Na penitenciária, esse tipo de atuação é proibido. A penitenciária não é um hospital desprovido de médicos e enfermeiros. O diretor da penitenciária, assim como os seus auxiliares, não estão desprovidos da ciência necessária ao correto conhecimento da situação dos enfermos sob os seus cuidados. (...) A verificação da evolução da enfermidade para nada serve: o juiz disse dez, vinte, trinta anos; dez, vinte, trinta anos devem ser aplicados, ainda que a experiência demonstre que a dose é demasiada ou insuficiente, porque o enfermo recuperou a saúde antes do prazo estabelecido ou porque, ao contrário, o período transcorreu sem qualquer melhora". (Francesco Carnelutti. As Misérias do Processo Penal. Campinas:Edicamp, 2002; pág.79).

Do latim *prehensio*, de *prehendere* (prender, segurar, agarrar), “prisão” é o vocábulo tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair².

¹ Advogado; Pós-Graduado em Direito Penal e Pós-Graduando em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura – EPM/SP; Membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas da Câmara Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo – Subseção de Santos; Membro do Grupo de Estudos e Projetos Legislativos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM; Professor de Direito Penal e Processual Penal.

² De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*, vols. III e IV, 4ª edição; Rio de Janeiro: Forense, 1996, pág. 448.

A Constituição Federal hodierna – artigo 5º, LXI – leciona que *“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”*.

Nesse diapasão, de outra feita temos a *prisão civil* que é aplicada aos devedores de pensão alimentícia e ao depositário infiel (artigo 5º, LXVII); a *prisão administrativa*, decretada por autoridade judiciária (artigo 319, I do CPP) e a *prisão disciplinar*, imposta às transgressões militares e crimes propriamente militares (artigo 5º, LXI e 142, §2º da CF).

No que toca a lei penal temos em decorrência do flagrante delito a chamada *prisão em flagrante*, e as emanadas de ordem escrita e fundamentada da autoridade, chamadas *prisão preventiva* e *prisão temporária*; nessa esteira hodiernamente se cogita, ademais, da *prisão decorrente de pronúncia* e a *prisão para recorrer*.

A Constituição do Império exprimia os casos de prisão nos artigos 179, §8º e §10º, *in verbis*: *“ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei: e nestes, dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, villas ou*

*outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz: e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, attenta a extensão do território, o juiz por uma nota, por elle assignada, fará constar ao réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador e os das testemunhas, havendo-as; a excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada sinão por ordem escripta da autoridade legitima. Si esta for arbitraria, o juiz, que deu, e quem a tiver requerido, serão punidos com as penas que a lei determinar”*³.

A Constituição da República lecionava em seu artigo 72, §§ 13, 14 e 16: - *“A excepção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se sinão depois da pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante a ordem escripta da autoridade competente; ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as excepções especificadas em lei, nem levado á prisão, ou nella detido, si prestar fiança idônea, nos casos em que a lei admitir; aos acusados se assegurará na lei a mais plena defeza, com todos os recursos e méis essenciais a ella, desde a nota de culpa, entregue em*

³ Redação original.

vinte e quatro horas ao preso assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas”⁴.

O Código Criminal de 1830, por seu turno, elevou à condição de crime contra a liberdade individual *“ordenar a prisão de qualquer pessoa sem ter para isso competente autoridade, ou antes de culpa formada, não sendo nos casos em que a lei permite; executar a prisão sem ordem legar escripta da legitima autoridade, exceptuados os militares, ou officiaes de justiça que, incumbidos da prisão dos malfeitores, prenderem algum individuo suspeito, para o apresentarem directamente ao juiz”*, impondo a *“suspensão do emprego por um mez a um anno; e de prisão por quinze dias a quatro mezes; nunca, porém, por menos tempo que o da prisão do offendido, e de mais a terça parte”⁵.*

No que toca especificamente à *prisão em flagrante* imperioso apontar que o termo *flagrante* advém da raiz grega *flegein* que significa queimar; até 1832, quando foi promulgado Código de Processo, *flagrante delito* se chamava o momento em que o réu acaba de cometer o crime ou o dano de que o ofendido se queixa. Atualmente considera-se em flagrante quem *está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é*

⁴ Idem.

⁵ Ibidem.

perseguido, logo após, pela autoridade, pelo fendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, (artigo 302 CPP).

Em face da *prisão preventiva* cumpre-nos asseverar que sua origem remonta ao juramento dos heliastas, retirada do discurso de Demosthenes contra Timocrates, *in verbis*: “*eu não prenderei atheniense algum, si apresentar três responsáveis. São exceptuados os culpados de traição ou conspiração contra o governo popular, os rendeiros públicos, suas cauções e os recebedores*”⁶. Posteriormente, com esteio na qualidade do crime, na honra e nas faculdades do acusado este havia de ser levado à prisão – *in carcerem*, ou era confiado à vigilância dos guardas – *militi traditio*, ou ainda admitido a prestar fiança.

Adiante, as Ordenações Manoelinas apontava os casos em que se procedia à prisão (Livro V, Título XXXXII §18); as Ordenações Philippinas por seu turno e com o fito de evitar prisões “resultantes de querelas maliciosas” prescrevia ao Julgador a máxima cautela e diligência “até que contra os querelados ser tanto provado, por que

⁶ João Mendes de Almeida Júnior. *Processo Criminal Brasileiro*. Vol. I, 3ª edição aumentada. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920; pág. 344.

mereçam ser presos”. (Livro V, Título CXVII, §12). Assim, excetuados os casos de prisão em flagrante ou nos casos em que a pena cominada era a morte natural ou civil (casos em que a culpa havia de ser formada no máximo em 8 dias), nenhum réu podia ser preso sem culpa formada e sem mandado do juiz; JOÃO MENDES leciona que *prisão preventiva é qualquer detenção ou custódia sofrida pelo imputado, antes ou depois da pronuncia e em qualquer estado da causa, antes de julgada definitivamente*⁷. Hodiernamente o instituto da *prisão preventiva* encontra assento no artigo 311 e seguinte do CPP, podendo ser decretada a qualquer tempo 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 indícios suficientes de autoria.

Encontram-se apartadas das sanções propriamente ditas e cominadas na Carta Penal as sobre citadas prisões conquanto não possuem a característica de *prisão pena* e sim de medidas cautelares que visam, em epítome, garantir a aplicação fiel do Ordenamento – *prisão processual*; aquelas, por seu turno, tem o condão de fazer cessar o

⁷ Idem; pág. 376. (*redação original*).

desrespeito à tranqüilidade jurídica preconizada por GIOVINAZZO⁸, decorrente e imposta (aplicada) após o trânsito em julgada da sentença penal condenatória⁹.

Por cautelaridade tem-se “as providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, a ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa”¹⁰, e podem ser classificadas em *medidas cautelares pessoais*, que se relacionam diretamente com o acusado do crime em voga; *medidas cautelares relativas às provas*, que visam a obtenção da prova com o fim de evitar a sua falência, v.g., busca e apreensão; e *medidas cautelares de natureza civil*, relacionadas intimamente com a reparação do dano causado pelo suspeito. “Todas as legislações tratam de cercar a medida

⁸ Giovanazzo ao prefaciar o livro de Malatesta (*A Lógica das Provas*), leciona que o crime desrespeita a tranqüilidade jurídica da sociedade e que a pena tem o fito de fazer cessar tal desrespeito conquanto o crime só tem fim na aplicação da sanção penal e não na sua consumação.

⁹ A prisão pena não possui natureza cautelar como bem exemplificada nas sanções impostas na Inquisição, *in verbis*: “de acordo com o pensamento da Igreja, a prisão penal não se destinava a castigar o condenado, mas a levá-lo ao isolamento propício à reflexão salvadora, bem como servia para impedir que ele continuasse a exercer más influências no rebanho cristão; havia dois regimes: o estrito (*murus strictus, durus* ou *arctus*) e o largo (*murus largus*). Nesse último, o condenado devia permanecer em sua cela, mas, se se comportasse bem, podia locomover-se pelo interior do presídio em certas horas, assim entrando em contato com outras pessoas. No *murus strictus*, o preso não podia deixar a cela, onde permanecia acorrentado. Reservava-se aos casos especialmente graves de heresia, ou a prisioneiros que já haviam tentado a fuga” (João Bernardino Gonzaga. *A Inquisição em Seu Mundo*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1994; pág. 135).

¹⁰ Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; pág. 297.

da prisão de cautela e formalidades tutelares, a fim de evitar o abuso das prisões arbitrárias”¹¹.

Todavia, ainda que revestidas sob o manto da cautelaridade as citadas prisões não têm caráter permanente, podendo ceder diante do instituto da liberdade provisória e da fiança.

O berço da fiança nos remete a Roma, tendo sido regulada pela Lei 3ª do Digesto, admitindo-se caução para a *custodia reorum*, excetuados os casos de crimes graves; antes disto, porém, há registro da prisão de Quintius, sob quem pesava a responsabilidade de um crime atroz, ocasião em que seu pai clamou que o cidadão romano não podia ser preso antes de convencida a sua culpa, culminando com a concessão da liberdade provisória, sob a garantia dos fiadores e caução pecuniária, que havia de ser fixada pelo Senado¹².

Posteriormente à Monarquia Portuguesa, a prisão cessava nos casos em que era concedido o *seguro*, e relaxadas nos casos de *homenagem e fiança*. Por *seguro* tinha-se a promessa judicial pela qual o réu se eximia da prisão até a conclusão da causa; havia igualmente as *cartas de seguro*, com as quais o réu devia apresentar-se dentro de 18

¹¹ João Mendes de Almeida Júnior. *Processo Criminal Brasileiro*. Vol. I, 3ª edição aumentada. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920; pág. 310.

¹² Idem; pág.441.

dias em audiência, sob pena de ficar quebrada; por *homenagem* tem-se a garantia e a promessa dada da própria casa ou o Castelo da cidade e era concedida à Nobreza; por *fiança* tem-se a faculdade concedida ao réu de se livrar solto debaixo da prestação de caução, que responsabilizava o fiados às custas, danos e emendas ao julgamento, concedida por Alvarás dos juízes, devendo, outrossim, arcar (o fiador) com a pena pecuniária imposta ao réu, ainda que esta excedesse o valor da fiança, dissolvendo-se pela prisão do réu (que se dava pelo seu não comparecimento aos termos do processo), pela morte do réu ou quando passada em julgado a sentença dentro do prazo do alvará (que não excedia oito meses).

A Constituição do Império consignava a concessão da liberdade provisória e o instituto da fiança no artigo 179, §9; o Código de Processo, em 1832 aboliu *as cartas de seguro* permanecendo somente a figura da fiança (artigos 100 a 112).

Atualmente a liberdade provisória concedida mediante a caução da fiança encontra assento nos artigos 321 e seguintes do Código de Processos Penais, indicando, outrossim, as causas em que se concede a liberdade sem fiança no artigo 310, parágrafo único da mesma Carta Processual.

No mais, a Constituição Federal leciona que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (artigo 5º, XLIV); e que “a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (artigo 5º, XVIII).

Nesse diapasão, ligadas umbilicalmente a cautelaridade das prisões e à liberdade provisória no plano Constitucional encontram-se o citado inciso LXI do artigo 5º, lecionando que a prisão, excetuados os casos previstos, só pode ser decretada desde que a ordem emane de autoridade judiciária competente, devendo, outrossim, fundamentá-la, e o inciso LVII do mesmo artigo que preconiza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” – consagrado *princípio da presunção de inocência*; ambos devem ser respeitados e não podem ceder, em absoluto, a qualquer falácia, falsa necessidade de se repreender posteriores delitos, na forma

de “exemplo”, ou infundados posicionamentos e juízos de que crimes graves devem ser combatidos com rigor.

- A Liberdade Provisória é a regra; exceção é a manutenção ou a imposição do cárcere.

“O remédio não pode ser mais cruel que a própria doença”.

“ogni pena non sai una violenza di uno o di molti contro um privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionaya á dellitti, dettata dalle leggi”¹³.

01. Prisão Provisória e o princípio da presunção de inocência. Compatibilidade?

Há harmoniosa compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a prisão provisória desde que esta possua fundamentalmente natureza cautelar; o princípio em comento impõe, com razão, empecilho a qualquer antecipação de pena porquanto esta (*pena*) somente é

¹³ Cesare Beccaria. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Giuffrè Editore, 1964; pág. 133

aplicável a quem tem contra si a culpa formada e provada - não pendente de recurso. Até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença condenatória, o cerceamento da liberdade só se afigura legal (legalidade) quando se reveste da necessária garantia para a ordem – *lato sensu* – do processo.

02. Diante da previsão legal da liberdade provisória (par. único do art. 310, do CPP, acrescentado pela Lei 6.416/77), subsiste o instituto da fiança (art. 322 e seguintes do CPP)?

Em que pese a lição do parágrafo único do artigo 310, forçoso é reconhecer a existência – ou sobrevivência –do instituto da fiança, ainda que a sua eficácia mostre-se precária e ociosa.

03. Artigo 594 do CPP: Aplicação irrestrita ou relativizada, mitigada ante o disposto no art. 312 do mesmo Código? Alcance do art. 35 da Lei de Tóxico 6.368/76 (Entorpecente)

Comungo com o juízo de que a aplicação é relativizada; qualquer privação da liberdade antes de a sentença transitar em julgado somente tem lugar quando revestida de cautelaridade.

No que toca ao artigo 35 da Lei 6.368/76, a Lei dos crimes hediondos – 8.072/90 – cuidou da mesma matéria, e o fez de modo mais benéfico. Contudo, sem embargos, a fundamentação a que se refere o artigo 2º, parágrafo único da Lei de Crimes Hediondos deve referir-se à cautelaridade e não, *s.m.j.*, ao simples critério objetivo criado pelo legislador.

04. Liberdade Provisória e crime hediondo.

A Lei dos crimes hediondos leciona em seu artigo 2º, *in verbis*: *Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: - II - fiança e liberdade provisória.*

Trata-se, como explícito, de caráter objetivo imposto pelo legislador que, *s.m.j.*, levado pela “gravidade dos delitos” tratou de “reprimir” os crimes citados crimes.

A Liberdade Provisória é a regra; a exceção, que deve sempre ceder, é a manutenção da prisão; assim, em que pese “a gravidade do delito”, não pode prevalecer a prisão, ainda que elevado o crime à condição de hediondo.

05. Liberdade Provisória e crime organizado.

A Lei que trata das organizações criminosas, a exemplo das leis que tem o fito “falacioso” de reprimir delitos graves também prescreve a impossibilidade de concessão da liberdade provisória no seu artigo 7º.

Contudo, “inovando”, com a devida vênia, para dizer o mínimo, impôs tal óbice aos “agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”, ou seja, limitou-a com esteio em critério sobremodo subjetivo, sem lecionar, contudo, o que seria “intensa e efetiva participação”.

De qualquer modo, tenho que a liberdade provisória é a regra e deve sempre ceder quando na estiverem presentes os requisitos da cautelaridade.

06. Prisão temporária (Lei 7.960/89). Requisitos e cabimento. Distinção da prisão preventiva.

O instituto da prisão temporária encontra assento na lei 7.960/89, lecionando em seu artigo 1º os requisitos para a concessão. A principal distinção é o momento processual em que ela é decretada. A prisão temporária só tem lugar durante as investigações na fase de inquérito policial enquanto a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento desde que existam os pressupostos da cautelaridade.