

## Prisões provisórias

*Descreve as espécies de prisão provisória e na medida do possível ressalta contradições com preceitos constitucionais.*

Marco Antônio Coelho de Carvalho

### **1 - INTRODUÇÃO**

Esse trabalho se propõe a tentar apresentar as diversas espécies de prisões provisórias e, na medida do possível, ressaltar supostas contradições com alguns preceitos constitucionais.

O princípio da inocência, por exemplo, o chamado estado de inocência ou ainda a situação jurídica de inocente, impõe ao Estado a observância de duas regras específicas em relação ao acusado. A primeira seria a de tratamento, ou seja, o réu em nenhum momento do “iter persecutório”, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação. A outra regra, de fundo probatório, estabelece que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo, no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado e no do instituto a que se convencionou chamar de Liberdade Provisória.

Como se verá adiante, o princípio exerce função relevante, ao dispor que toda prisão antes do trânsito em julgado deva ter caráter cautelar, através de ordem judicial motivada e proibindo antecipação, em tese, dos resultados finais do processo.

## **2 - DISPOSIÇÕES GERAIS**

No Direito brasileiro existem espécies distintas de prisão. Temos a prisão-pena (penal) e a prisão sem pena (processual penal, civil, administrativa e disciplinar). A prisão penal é claramente repressiva, se dá quando após o trânsito em julgado é proferida uma sentença condenatória em que se impõe uma pena privativa de liberdade.

A prisão processual, também conhecida como prisão provisória – objeto deste trabalho – é no dizer de MIRABETE uma prisão cautelar, em sentido amplo, incluindo a prisão em flagrante (arts 301 a 310 CPP), a prisão preventiva (arts 311 a 316 CPP), a prisão resultante de pronúncia (arts 282 e 408, par. I do CPP), a prisão resultante de sentença penal condenatória (art 393, I) e a prisão temporária (lei 7960/89). A prisão civil é a decretada em casos de devedor de alimentos e de depositário infiel, únicas, na esfera do Direito civil, permitidas pela constituição (art 5º, LXVII). A prisão administrativa, que após a constituição de 88 só pode ser decretada por autoridade judiciária, é prevista pelo artigo 319, I do CPP e leis especiais. Por fim, existe a prisão disciplinar permitida na própria constituição para as transgressões militares crimes propriamente militares (art 5º, LXI e 142, par. 2).

Segundo o nosso código de processo penal, com exceção do flagrante delito, a prisão somente poderá efetuar-se nos casos determinados em lei e mediante ordem escrita de autoridade competente. Esta ordem escrita livra o cidadão de arbítrios e excessos cometidos por parte de agentes do Estado.

### **3 - O ATO PRISIONAL**

A prisão poderá ser feita por mandado ou por carta precatória.

Será por mandado quando a pessoa que deva ser presa se encontrar dentro do território jurisdicional do juiz expedidor da ordem.

Será, a prisão, solicitada por precatória quando a pessoa que deva ser presa esteja fora da jurisdição do juiz que expediu a ordem e este expedirá uma carta precatória para a autoridade competente do lugar onde se presume estar o capturando para que efetue a prisão do mesmo.

Segundo o art 283 do CPP a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitados as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. Sendo assim, ressalta PACHELLI, o art 5º, XI, da CF/88 que garante ser inviolável o domicílio, nele somente podendo adentrar, de dia, por ordem escrita da autoridade judiciária competente, ou, à noite em caso de flagrante delito ou com o consentimento do morador.

### **4 - PRISÃO ESPECIAL X PRINCÍPIO DA IGUALDADE PERANTE A LEI**

Certas pessoas, através de previsão legal, pela função que desempenham, por seu grau de instrução, por serviços prestados etc. gozam de prerrogativa denominada de prisão especial, onde o preso não divide a mesma cela com outros presos ficando em celas especiais. Nesse sentido poderíamos questionar se tais prisões especiais não estariam ferindo o preceito constitucional de que todos são iguais perante a lei ? MIRABETE é um dos doutrinadores que defendem a tese de que não fere o preceito constitucional. Já PACHELLI, denuncia a seletividade do nosso sistema prisional observando que os estabelecimentos prisionais estariam reservados para classes sociais menos

favorecidas. PACELLI, cita ainda, uma corrente mais crítica que afirma ser o nosso sistema prisional seletivo no sentido da exclusão social dirigindo-se mais e mais aos autores que aos fatos por eles praticados.

## **5 - PRISÃO EM FLAGRANTE**

TOURINHO FILHO, afirma que de acordo com o nosso Direito atual, distingue-se três modalidades ou espécies de flagrantes :

1. flagrante em sentido próprio;
2. flagrante em sentido impróprio, também conhecido como quase flagrante;
3. flagrante presumido;

Diz-se flagrante no sentido próprio, quando o agente é surpreendido na infração penal, isto é, surpreendido no instante mesmo da prática da infração, ou, então quando acaba de cometê-la.

O flagrante impróprio, segundo a lei cuida do caso em que alguém é perseguido, logo após, por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração.

PACELLI, recomenda muito cuidado na interpretação desse preceito legal, pois o que se tem por presente não é a visibilidade do fato, mas apenas da fuga, o que dificulta, e muito as coisas, diante das inúmeras razões que podem justificar o afastamento suspeito de quem se achar em posição de ser identificado como autor do fato.

O flagrante presumido é previsto em lei como sendo a hipótese de ser o autor encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração, ou seja, quando a pessoa for encontrada logo depois da prática do delito com coisas que ensejem indícios da autoria ou participação no crime.

## **6 - PRISÃO PREVENTIVA**

Para PACELLI, se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro na motivação do ofendido e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo.

A prisão preventiva determina a prisão antes do trânsito em julgado da sentença. É a prisão processual, cautelar, chamada de provisória no código penal (art 42). Em sentido restrito trata-se de medida cautelar decretada pelo juiz durante inquérito em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança.

A fundamentação da prisão preventiva está no art. 312 do CPP que diz que ela poderá ser decretada como garantia de 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.

A prisão preventiva poderá ser revogada conforme o estado da causa, a previsão legal de sua revogação está no artigo 316 que dispõe que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no decorrer do processo, verificar a falta de motivo para que subsista.

MIRABETE, acrescenta que da decisão que revoga a prisão preventiva cabe recurso em sentido estrito (art 581, V CPP). Interposto tal recurso, é de se conceder mandado de segurança visando a lhe dar efeito suspensivo se seu processamento no efeito meramente devolutivo, permanecendo o acusado em liberdade, possa colocar em risco a ordem pública. Não havendo recurso previsto contra o indeferimento do pedido de revogação ou contra a redecretação, pode-se impetrar hábeas corpus.

PACELLI lembra que o CPP não prevê prazo expresso para a duração da prisão preventiva. A única exceção em nossa legislação encontra-se na lei 9.034/95, que cuida das ações praticadas por organizações criminosas cujo artigo 8 estabelece o prazo de 81 dias para o encerramento da instrução criminal, quando preso o acusado.

Quanto à proibição da decretação da prisão preventiva ressalto a posição de TOURINHO FILHO, que diz que se o juiz encontrar nos autos do inquérito ou mesmo do processo, provas que o convençam de que o réu agiu em legítima defesa própria ou de terceiro, em estado de necessidade, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito, não pode decretar seu encarceramento provisório.

## **7 - PRISÃO TEMPORÁRIA**

A prisão temporária é uma espécie de prisão provisória ou cautelar.

Para MIRABETE trata-se de medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.

O tempo de duração da prisão temporária é de cinco dias prorrogáveis por mais cinco, exceto para crimes hediondos e outros delitos mais graves que o prazo é mais dilatado, ou seja, trinta dias prorrogáveis por mais trinta.

A prisão temporária difere da preventiva porque dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí porque não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada ação penal.

A lei não permite sua decretação de ofício pelo juiz, só a permitindo em face de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público.

A lei 7.960 dispõe que caberá prisão temporária quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, visa apurar eventuais arestas que impeçam o esclarecimento apropriado do fato criminoso, suas circunstâncias e sua autoria.

## **8 - PRISÃO ADMINISTRATIVA**

Para MIRABETE, doutrinariamente, tem-se conceituado a prisão administrativa como aquela determinada por autoridade administrativa, por motivo de ordem administrativa e com finalidade administrativa.

Na opinião de MIRABETE a lei adota um conceito amplo de prisão administrativa como prisão extrapenal, que se divide em duas espécies: a prisão administrativa em sentido restrito e a prisão civil.

A prisão administrativa tem cabimento contra aqueles que retardam a entrega do que é seu dever de ofício recolher aos cofres públicos e àqueles que não os entrega. Assim dispõe o artigo 319 do CPP ; "terá cabimento contra os remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam". Caberá ainda "contra estrangeiros desertos de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional. Nesse caso a prisão administrativa será solicitada ao juiz pelo cônsul do país a que pertença o navio.

A prisão civil, que é uma das espécies de prisão administrativa é utilizada como meio de compelir alguém ao cumprimento de uma obrigação, só se aplica em duas hipóteses: a) no inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e b) na hipótese de depositário infiel (art 5º, LXVII da CF/88).

A prisão civil é efetuada, por ordem do juiz, pela autoridade policial, ficando o preso à disposição daquele.

MIRABETE ressalta que o tempo da prisão civil, como o da prisão administrativa em sentido estrito deve ser computado na pena imposta em processo penal pelo mesmo fato, por força do artigo 42 do CP, que trata da detração penal.

Vale, aqui, ressaltar a opinião de PACHELLI de que para ele não há no cenário brasileiro, atualmente qualquer prisão administrativa, a não ser no Direito Militar.

## **9 - PRISÃO DECORRENTE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA**

ROBERTO DELMATO JUNIOR, faz questão de chamar a atenção quanto à diversidade da natureza dos diferentes atos decisórios prolatados pelo juiz, no momento da “pronúncia”, considerada em sentido amplo: o envio do acusado para o julgamento popular – pronúncia *stricto sensu*, desclassificação, absolvição sumária e impronúncia.

Quando o juiz determina o julgamento do réu pelo tribunal do júri, pronunciando-o estamos diante de uma decisão interlocutória o que também é verdadeiro quando decide pela desclassificação. Haverá sentença quando o juiz resolve o *meritum causae* pela impronúncia ou absolvição sumária, esta é a posição de RENÉ DOTTI.

Para DELMANTO JUNIOR o ato decisório do juiz que manda o acusado a júri é a pronúncia *stricto sensu*, que por sua vez é uma decisão interlocutória em que o magistrado declara a viabilidade de acusação por se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor.

Dispõe o CPP em seu parágrafo 2º do artigo 408 que “se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revoga-la, caso já se encontre preso”.



Toda prisão provisória, para não se confundir com punição antecipada, tem que ser cautelar, ou seja, há que se fundamentar na necessidade de preservar o bom andamento da instrução criminal.

O que ocorre na prisão por decisão de pronúncia, é que o simples fato de o acusado ser reincidente ou não possuir bons antecedentes não tem o condão de justificar, cautelarmente, a sua prisão.

## **10 - PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL**

O art. 594 do CPP tem a seguinte redação :

“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.”

De pronto se verifica que esta modalidade de prisão afronta as garantias constitucionais da presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição. Por outro lado se apresenta longe do razoável e é desproporcional.

Ratifica, o eminente professor, JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS, que condenado o réu, embora apele da sentença, deverá ser preso se o crime for infiançável, ou se não prestar fiança, quando afiançável; conservando-se na prisão, se já estiver preso, enquanto não prestar fiança, sendo esta permitida. E seu nome será lançado no rol dos culpados, em livro especialmente destinado a esse fim.

Resume, ainda, o nobre doutrinador que a sentença condenatória, posto que recorrível, e embora a apelação tenha efeito suspensivo (art. 597), produzirá desde logo os seus efeitos:

a) em relação à prisão, a que fica o réu sujeito;

b)em relação ao lançamento do nome do réu no rol dos culpados;

c)em relação a aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança;

d)em relação à suspensão condicional da pena.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR,demonstra sua contrariedade com tal preceito legal ao asseverar que “aceitar-se que a lei presume a necessidade de prisão,livrando o órgão acusador de prová-la,bem como o juiz de efetivamente demonstrá-la,incumbindo ao acusado evidenciar que essas presunções não têm cabimento,ou seja,que se afastem da realidade,importa submeter a defesa a verdadeira “probatio diabólica” “.

## **11 - CONCLUSÃO**

Segundo CÉSAR BITENCOUT,quando a prisão se converteu na principal resposta penológica,especialmente a partir do século XIX,acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente.Durante muitos anos imperou um ambiente otimista,predominando firme convicção de que a prisão poderia ser meio para realizar todas as finalidades da pena e que,dentro de certas condições,seria possível reabilitar o delinqüente.Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista,que já não se têm muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional.A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar sem exagero,que a prisão está em crise.Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade,visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa -- de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Por fim, eu considero bastante sensata a visão crítica de alguns doutrinadores que descrevem a PRISÃO PROVISÓRIA,como sendo uma forma do Poder

Judiciário,dissimular sua ineficiência na busca da efetiva justiça , trazendo como consequência o desrepeito ao direito à liberdade individual em condenar um indivíduo à perda de sua liberdade por simples presunção de ter ele cometido determinado delito,mesmo alegando o manto da cautelaridade para preservar integridade social.

## **12 - BIBLIOGRAFIA**

BITENCOURT,CÉSAR,MANUAL DE DIREITO PENAL,VOL.I,ED.SARAIVA,6ªEDIÇÃO,2000,SÃO PAULO.

MIRABETE,JÚLIO FABRINE,PROCESSO PENAL,16ª EDIÇÃO,ED.ATLAS,2004,SÃO PAULO.

TOURINHO FILHO,FERNANDO DA COSTA,PROCESSO PENAL,21ª EDIÇÃO,ED.SARAIVA,1999,SÃO PAULO.

OLIVEIRA, EUGÊNIO PACELLI,CURSO DE PROCESSO PENAL,2ª EDIÇÃO,EDITORIA DEL REY,2000,BELO HORIZONTE.

RAMOS,JOÃO GUALBERTO GARCEZ ,A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO,ED.DEL REY,1998,BELO HORIZONTE.

DELMANTO JUNIOR,ROBERTO,AS MODALIDADES DE PRISÃO PROVISÓRIA E SEU PRAZO DE DURAÇÃO,2ªEDIÇÃO,ED.RENOVAR,2001,RIO DE JANEIRO.

Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/28/70/2870/> >. Acesso em: 14/09/2006.