

## A LIBERDADE E A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO

Priscila Barone Beu **MEIRELLES**<sup>1</sup>

Antenor Ferreira **PAVARINA**<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho analisa a garantia constitucional do direito de liberdade física dos indivíduos e a excepcionalidade da privação da liberdade com a decretação das prisões processuais. O devido processo legal, em que se assegure o contraditório e a ampla defesa, como instrumento para a privação da liberdade do indivíduo pelo Estado, sem decisão judicial definitiva. Trata dos requisitos legais que norteiam o magistrado na aplicação de medidas cautelares privativas da liberdade e daquelas diversas da prisão.

**Palavras-chave:** Liberdade. Garantias Constitucionais. Presunção da Inocência. Devido processo legal. Contraditório. Ampla defesa. Sentença condenatória. Prisão-pena. Prisões Processuais. Adequação e necessidade. Cautelares diversas da prisão.

### 1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vive sobressaltada com os índices de criminalidade que a colocam na indesejável condição de destaque mundial.

Os meios de comunicação noticiam diariamente a ocorrência de crimes graves, tais como homicídios, roubos, tráfico de drogas e outros, em que os autores mesmo presos em flagrante são postos em liberdade, intensificando o sentimento de impunidade da população.

Diante desse quadro, este trabalho se propôs a analisar o direito de liberdade física do indivíduo como garantia constitucionalmente assegurada, e a

---

<sup>1</sup> Discente do 7º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

possibilidade de prisão dos autores de infrações penais antes mesmo da sentença condenatória definitiva.

Vige no nosso sistema legal o princípio da não culpabilidade em que se presume a inocência do indivíduo até que sobrevenha sentença penal condenatória definitiva. Só após o trânsito em julgado da sentença condenatória fica o Estado autorizado a aplicar a sanção penal, de regra privativa de liberdade.

Com a edição da Lei 12.403, de 04/5/2011, foram introduzidas novas regras acerca da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, permitindo que o magistrado decrete a prisão do autor de conduta criminosa antes mesmo da sentença penal condenatória definitiva, apenas e tão somente quando houver necessidade e adequação da medida.

As prisões em flagrante, preventiva e temporária, espécies de prisões processuais ou prisões sem pena, só podem ser decretadas se as medidas cautelares diversas da prisão se revelarem inadequadas ou insuficientes, o que revela se tratarem de medidas excepcionalíssimas.

Ao final esse trabalho conclui que, inobstante a gravidade do crime cometido pelo indivíduo, este tem preservado o direito constitucional de liberdade física, que só será atingido por decisão judicial fundamentada, em que se demonstre situação de comprovado perigo para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

O Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, preconiza que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade.

Além de prever a liberdade de ação, também atribui fundamentos jurídicos às liberdades individuais e coletivas, faz relação entre liberdade e legalidade, assim como liberdade e igualdade, desta forma a liberdade de fazer ou deixar de fazer tem efeito erga omnes.

Historicamente, o problema da liberdade causou grandes discussões, pois havia um impasse entre a liberdade e a necessidade, visto que uns negavam a existência de liberdade humana defendendo a necessidade e o determinismo absoluto e outros afirmavam o livre arbítrio, sendo este, uma liberdade absoluta, negando a necessidade.

Essas discussões colocaram o homem fora do processo da natureza, porém é necessário considerar que este faz parte dela e está sujeito às leis objetivas da necessidade, mas, além disso, também é um ser social.

Conforme José Afonso da Silva (1989, p.205):

“O homem é criador e produto da história, e suas relações com a natureza, seu conhecimento da natureza e sua ação sobre ela estão condicionados por suas relações sociais com os outros homens”.

Sendo assim, não é cabível a discussão sobre a existência ou não da liberdade humana baseado no problema da necessidade, porque o homem se liberta no decorrer da história pelo conhecimento e domínio das leis da natureza e conforme conhece as leis da necessidade atua para transformá-las no interesse de sua personalidade.

A liberdade interna ou subjetiva está relacionada com o livre arbítrio, uma manifestação de vontade interior do homem, ou seja, diante de duas possibilidades opostas, o poder de escolha é exclusivo do indivíduo, cabe, contudo, saber se a escolha tem condições objetivas que está relacionada com a expressão externa do querer individual e o afastamento de obstáculos e coações para que possa agir livremente.

Porém, essa liberdade de agir, de fazer, precisa ser contida pela autoridade, ou seja, a autoridade é indispensável à ordem social, pois um mínimo de coação há sempre que existir.

Em complemento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, assevera que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites, senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei. A lei não tem o direito de impedir senão as ações nocivas à sociedade.

Nesse sentido, é correto afirmar que a liberdade é a ausência de toda a coação anormal, ilegítima e imoral, ou seja, toda lei que limita a liberdade deve provir de um legislativo formado através do consentimento popular, mediante um processo estabelecido pela Constituição.

Dessa maneira, prevalece a hierarquia da Constituição, pois é dotada de supremacia constitucional, isso significa que, no âmbito estatal, nenhuma lei ou ato normativo infraconstitucional pode subsistir se for incompatível com a Constituição. Para assegurar essa supremacia, o ordenamento jurídico oferece um mecanismo denominado de controle de constitucionalidade, destinado a invalidar e paralisar a eficácia das normas que se contrapõem à Constituição.

Os direitos fundamentais do homem na Carta Magna são de suma importância, mas não basta que um direito seja reconhecido, é necessário garanti-lo.

Sobre o tema José Afonso da Silva leciona (1989, p. 165):

Devemos separar no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

As garantias constitucionais são caracterizadas pela imposição, positiva ou negativa, aos órgãos do Poder Público, de limitações de sua conduta, para assegurar a observância, ou se violadas, a reintegração dos direitos fundamentais. Nesse contexto, as garantias não têm um fim em si mesmas, mas apresentam instrumentos para a tutela de um direito principal.

A liberdade, de uma maneira ampla, é parte integrante da própria personalidade do homem, visto que este, busca o progresso individual e que não pode ser alcançado sem que haja determinada liberdade.

Considerando essa importância, a Constituição Federal, visando o controle sobre a prisão e da liberdade física do indivíduo positiva no Artigo 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”.

Analisando a proteção constitucional à liberdade física do indivíduo é possível concluir que, a prisão de qualquer natureza, em qualquer caso, tem caráter excepcional, sendo obrigatória a sua fundamentação, demonstrando, assim, a sua adequação e necessidade.

Essa garantia constitucional é também demonstrada no artigo 5º, LXV da Constituição Federal:

“A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Ainda sobre o manto constitucional, temos outras garantias do indivíduo que devem ser observadas, como o que dispõe o artigo 5º, LVII da Constituição Federal:

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Estamos diante de um princípio denominado “Presunção de Inocência”, porém, tem prevalecido apenas uma tendência a um “estado de inocência”, visto que o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitado em julgado.

Por essa ótica, tem sido utilizado o termo “Princípio da não-culpabilidade”, pois a Constituição Federal preconiza que o acusado é inocente durante o processo e o seu estado se modifica através de uma sentença final que o declare culpado.

Em decorrência desse princípio, é possível concluir que, a restrição da liberdade do acusado antes da sentença definitiva será permitida através de medidas cautelares, necessidade ou conveniência processual, ainda nesse âmbito, o réu não precisa provar a sua inocência, cabendo ao acusador provar a sua culpa e diante disso, o juiz deve ter pleno convencimento da responsabilidade deste mediante o delito, sendo a dúvida sobre a sua culpa, motivo para a absolvição.

Ainda amparado pela Constituição Federal, o artigo 5º, LIV, dispõe:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Apenas o juiz natural pode impor a pena ao réu e os mecanismos utilizados para tal, se encontram dentro do processo, pois através desse ampara-se o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Na lição de Luís Fernando de Moraes Manzano (2010, p.15):

Os direitos processuais mais relevantes, constitucionalmente tutelados, têm no processo o instrumento de seu exercício, o que leva alguns a afirmar que tais direitos decorrem do devido processo legal, vale dizer, o processo é o instrumento de tutela do direito ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau, à publicidade, à motivação das decisões judiciais e à prova.

O “Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa” pode ser considerado uma das garantias constitucionais mais importantes no processo acusatório e está assegurada no artigo 5º, LV da Constituição Federal:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O juiz, mediante ao seu dever de imparcialidade coloca-se entre as partes, porém afere a equidade entre elas. O autor propõe a ação, invocando a prestação jurisdicional e ao réu deve-se dar a chance de apresentar os fatos que amparam a sua pretensão e de se defender dos fatos alegados pela parte contrária. Diante disso, deve haver um equilíbrio das oportunidades oferecidas a cada parte no processo.

O saudoso professor Julio Fabbrini Mirabete (1998, p.43) lecionava:

Corolário do principio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária também seja ouvida, em igualdade de condições (*audiaturet altera pars*). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de

intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões, etc.

Tendo em vista que o processo é uma relação jurídica triangular, o direito ao contraditório é exercido pela parte em detrimento da outra e o direito da ampla defesa é exercido pelas partes em relação ao juiz.

O contraditório deve ser pleno e efetivo, pois é exigida a sua observância do início ao término do processo, inclusive há dispositivos na lei processual que garantem ao acusado, ainda que ausente ou foragido, não seja julgado sem defensor, deve ser citado, notificado para os atos processuais, etc.

A sentença é a declaração judicial do direito ao caso concreto, ou ainda, é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não mérito da causa.

Conforme ensina Paulo Lúcio Nogueira (1996, p.351):

“A função da sentença é declarar o direito ao caso concreto; declarar o direito já preexistente ao caso concreto que está sendo julgado”.

É necessário que haja uma correlação entre a sentença e a denúncia, pois é defeso ao juiz julgar o réu por fato que não tenha sido acusado, ou ainda, proferindo decisão que se distancie da acusação.

Quando é proferida a sentença penal condenatória, surgem alguns efeitos, que podem ser de natureza penal, civil ou administrativa.

Podemos assim dizer, que o efeito principal da sentença condenatória é a imposição de pena, visto que, dessa forma, o acusado terá obrigatoriamente que cumprir a pena imposta pelo juiz cerceando a sua liberdade, ou ainda, restringindo seus direitos, impondo-lhe multa ou medida de segurança, aplicando-as cumulativamente ou alternativamente.

Existem também outros efeitos, ainda no âmbito penal, denominados secundários, como a reincidência, a impossibilidade de concessão e a

revogação da suspensão condicional da pena, a revogação do livramento condicional, entre outros.

A prisão, via de regra, é a privação da liberdade individual, mediante clausura, porém, esta pode ser com pena ou sem pena, também denominada prisão-pena ou prisão-sanção e prisão sem pena.

No primeiro sentido, o autor do delito é levado ao cárcere para que cumpra a pena imposta na sentença, diante disso, a pena é o resultado de uma condenação definitiva, na qual foi assegurado ao acusado o devido processo legal e o direito à ampla defesa. Conforme Fernando da Costa Tourinho Filho (1998, p.374):

A prisão-pena (*ad poenam*) é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal. Ela é imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada.

No segundo sentido, a prisão não deriva da cominação de pena, ou seja, não está relacionada com o cumprimento da sanção penal aplicada.

O nosso ordenamento jurídico prevê várias possibilidades para a prisão sem pena, visto que não há uniformidade em relação a sua classificação. Como conclui Hidejalma Muccio (2003, p.545):

A prisão sem pena (*ad custodiam*) também é chamada de prisão-providência ou provisória. É aquela prisão que não decorre da imposição de pena. Não se trata de prisão feita para o cumprimento da sanção penal aplicada. São muitas as prisões sem pena, no nosso ordenamento jurídico. Daí a falta de uniformidade, quanto à sua classificação.

Diante dessa vasta classificação, iremos nos atentar às prisões processuais cautelares de natureza pessoal, que tem por objetivo a garantia imediata da tutela de um bem jurídico, evitando assim, as consequências do que denominamos *periculum in mora*.

A Lei nº 12.403 de 04/05/2011, em vigor desde 04/07/2011, desencadeou importantes modificações no Processo Penal Brasileiro,



principalmente em relação aos institutos da prisão e da liberdade provisória, introduzindo no nosso sistema legal outras medidas cautelares.

Nesse sentido, salienta Júlio Fabbrini Mirabete (1998, p.359):

Rigorosamente, no regime de liberdades individuais que preside o nosso direito, a prisão só deverá ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Entretanto, poderá ela ocorrer antes do julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade.

A prisão processual ou denominada prisão cautelar é classificada em três espécies, sendo elas: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

A prisão em flagrante é uma qualidade do delito, visto que, ocorre quando o autor do delito é surpreendido cometendo ou, logo após ter cometido um ilícito penal, independentemente de ordem judicial escrita. Sendo assim, caso o autor seja detido em qualquer uma das situações em que lei considera como flagrante delito, a autoridade policial é obrigada a lavrar o auto de prisão.

Como afirma Júlio Fabbrini Mirabete (1998, p.370):

A possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.

A prisão preventiva poderá ser decretada pela autoridade judiciária competente na fase do inquérito ou da instrução criminal, podendo cessar por revogação, haja vista, que a prisão até o momento seja legal. É obrigatório que estejam presentes os pressupostos da existência do crime e indícios suficientes da autoria, pois são concorrentes. Ainda assim, deverão ser observadas as hipóteses legais do artigo 312 e 282, § 6º do Código de Processo Penal, ou seja, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Nos dizeres de Heráclito Antônio Mossin (1998, p.396):

A prisão preventiva é considerada um mal necessário, pois supre a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena e aditivamente a garantia da ordem econômica.

A prisão temporária, criada pela Lei 7.960, de 21/12/1989, prescreve que havendo necessidade será permitida a decretação pela autoridade judiciária competente, em decisão fundamentada. Poderá ocorrer apenas durante o inquérito policial, destinada às investigações de crimes graves e por prazo determinado. Como afirma Fernando da Costa Tourinho Filho (1998, p.394):

A exigência de fundadas razões é necessariamente imprescindível, posto não existir cautelaridade sem esse requisito. O *periculum in mora*, ou *libertatis*, consistirá na circunstância de ser a medida imprescindível às investigações policiais.

Não obstante, toda e qualquer prisão processual cautelar somente se sustenta no binômio: necessidade e fundamentação, consagradas nos artigos 5º, LXI e 93, IX da Constituição Federal.

A restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita, por isso, a Constituição fixa regras fundamentais para a decretação da prisão de qualquer natureza.

Com o advento da Lei 12.403, de 04/05/2011, surgiram as medidas cautelares diversas da prisão, sendo restrições ou obrigações que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa ao autor do ilícito penal.

Essas medidas cautelares podem ser aplicadas autonomamente aos crimes nos quais não há previsão legal de prisão preventiva ou temporária, ou ainda, como medidas substitutivas da prisão preventiva, porém, não podem ser aplicadas às contravenções penais ou crimes que não haja cominação de pena privativa de liberdade. É o que dispõe o artigo 283, § 1º do Código de Processo Penal:

“As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”.

É necessário que o juiz atente sempre para a proporcionalidade na sua atuação, visando à gravidade abstrata e concreta da infração e às condições pessoais do indiciado ou acusado, pois deverá decidir não apenas se há necessidade, mas também, para escolher quais medidas adequadas a adotar.

Com a mudança legislativa, o Código de Processo Penal, no seu artigo 319, especifica as medidas cautelares não privativas de liberdade:

**Art. 319.** São medidas cautelares diversas da prisão:

**I** - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

**II** - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

**III** - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

**IV** - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

**V** - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

**VI** - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

**VII** - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

**VIII** - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

**IX** - monitoração eletrônica.

Como se observa, além da possibilidade da obtenção da liberdade provisória, com ou sem fiança, já existente antes da edição da lei 12.403/2011, o legislador acrescentou outras medidas cautelares não privativas da liberdade, cabendo, ao magistrado, à escolha fundamentada pela aplicação das cautelares privativas de liberdade, vale dizer, prisão preventiva ou prisão temporária, apenas e tão somente quando houver necessidade e adequação.

A necessidade, segundo critérios legais, se justifica para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, CPP).

A adequação da medida deve levar em conta a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II, CPP).

O cerceamento do direito de liberdade física do indivíduo é medida extrema e só deve ocorrer após o devido processo legal, com o advento de sentença penal condenatória transitada em julgado. Essa é a regra no nosso sistema legal.

Excepcionalmente, quando as medidas cautelares diversas da prisão se revelarem inadequadas ou insuficientes, permite o sistema legal brasileiro sejam decretadas as medidas cautelares privativas de liberdade.

A doutrina processual penal ensina que as medidas cautelares privativas da liberdade, quais sejam, prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, se revestem de características excepcionais, só podendo ser decretadas como “*ultima ratio da extrema ratio*”, permitindo-se afirmar que no sistema legal brasileiro a liberdade é a regra, a prisão a exceção.

### **3 CONCLUSÃO**

Inobstante a sociedade brasileira viva sobressaltada com os altos índices de criminalidade, a exigir medidas urgentes que permitam a identificação e punição exemplar dos autores de infrações penais, estes são sujeitos de direito e se encontram protegidos pelas regras constitucionais, mormente no que diz respeito a sua liberdade física.

Ainda que identificado o autor de infração penal, por mais grave que esta seja, o Estado só pode infligir pena ao criminoso, privando-o de sua liberdade, após o devido processo legal, em que se assegure ao acusado o contraditório e a ampla defesa.

Vive no sistema jurídico brasileiro o princípio da não culpabilidade, em que se presume inocente todo autor de ilícito penal, até que sobrevenha sentença penal condenatória definitiva.

A privação da liberdade do criminoso antes da sentença penal condenatória com trânsito em julgado, nas denominadas prisões processuais, só se justifica como medida extrema.

O legislador inovou permitindo ao magistrado a aplicação de medidas cautelares não privativas da liberdade, só permitindo o cerceamento do direito de liberdade física do indivíduo, nas hipóteses de prisão em flagrante, preventiva ou temporária, havendo comprovada necessidade e adequação, desde que as medidas cautelares diversas da prisão se mostrem inadequadas ou insuficientes.

Vivemos num Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, portanto, a liberdade física é a regra, a privação da liberdade, medida de exceção.

## **BIBLIOGRAFIA**

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989;

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 8ª Ed., São Paulo: Atlas, 1998;

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal – volume 3**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal – volume 2**. São Paulo: Atlas, 1998.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal – volume 3**. Jaú: HM Editora, 2003.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2010.

