

PRISÃO E LIBERDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL COMPARADO (*)

SUMÁRIO: –I– Aspectos principais do tema; –II– O Direito europeu; –III– O Direito americano ; –IV– Nosso Direito atual; –V– Nosso Direito Futuro.

I – ASPECTOS PRINCIPAIS DO TEMA

1. A importância da matéria em exame exige, previamente, estabelecer o conceito de liberdade, tendo em consideração as normas jurídicas que a delimitam. Se é verdade que, na linguagem comum a liberdade pessoal se identifica a não sujeição da pessoa física, poderia ser revelada por um conceito negativo, importando este em que não houvesse imposição a limites, vínculos e sujeições. Não obstante, no sentido técnico-jurídico liberdade pessoal tem um sentido mais limitado, embora não seja pacífico esse entendimento no campo da doutrina. Assim é que uma parte da doutrina italiana e a maioria da doutrina francesa entende por liberdade pessoal a isenção da **prisão arbitrária**, para a outra corrente doutrinária esse direito de liberdade pessoal identifica-se substancialmente, com o direito de locomoção.

2. É evidente que o direito de locomoção tem objeto e conteúdo diversos, no qual o interesse protegido é composto não só da liberdade de circular e permanecer, sendo mais genérica por um lado, e menos intensa de que o outro, podendo sofrer notáveis limitações, embora permanecendo indene a liberdade física da pessoa.

3. Desses conceitos resultou uma orientação que se pode denominar composta da liberdade pessoal, fundindo-se os dois conceitos: a integridade e existência física da pessoa com a sua imunidade de prisão *contra ius*. Desse entendimento é que Del Pozzo, estabelece o caráter distintivo dessa categoria, explicando que os princípios institucionais, encontram expressa e solene consagração nas cartas constitucionais que estruturam os lineamentos do ordenamento jurídico, nelas inserindo como verdadeiros princípios de organização do estado, individualizando também, caracteres do ponto de vista político, segundo a maior ou menor energia e amplitude com que os direitos de liberdade do cidadão são enunciados, garantidos e tutelados (1).

(*) Conferência feita pelo Prof. Romeu Pires de Campos Barros, a 22 de setembro de 1978, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do R. G. Sul – Porto Alegre.

4. Atentos a esses princípios cumpre se examine, no campo do processo penal, a construção dogmática dessa forma de sujeição do indivíduo ao estado, com o objetivo da realização prática do **jus puniendi**. Entende-se, ao propósito, que sendo a norma jurídica o instrumento para a construção da situação de direito, e a prova o instrumento para a construção da situação de fato, assim, a cautela consiste no instrumento que assegura a concretização da referida construção, isto é, garante do perigo que o processo se isole no plano formal da lógica abstrata, perdendo a correspondência com a concreta realidade da qual é expressão de vida e a qual deve permanecer aderente. Ora, cautela deriva de **caveo**, que significa estar em guarda. Sendo, assim, a cautela, o instrumento que serve para garantir a correspondência entre a forma abstrata do processo e a sua matéria concreta. Mas, o processo no seu desenvolvimento implica numa luta contra o tempo. A necessidade de bem julgar o processo importa numa demora. Fazer depressa o processo é bom; todavia, nem sempre é possível fazê-lo com rapidez e bem. Daí a necessidade da instrumentalidade e provisoriade antecipando situações que poderão advir no curso da relação processual. Mas, para isso, exige dois pressupostos: urgência para impedir o perigo que resulta do decurso do tempo (*periculum in mora*), e uma aparência do resultado positivo da pretensão ajuizada, ou seja, uma possível probabilidade da situação final do processo, que se expressa pelo: “*fumus boni juris*” (2). Conquanto essa orientação doutrinária relativa à prisão e a liberdade no processo penal, — limite do tema que ora se examina —, não seja pacífica na própria doutrina italiana, onde Sabatini a combate, de forma impiedosa, chegando a afirmar que ela importa numa **transfusão civilista no campo do processo penal** (3), basta que se observe a síntese histórica do instituto, magistralmente exposta por Giuseppe de Luca, e logo se verifica que, mais do que para garantir o desenvolvimento do processo, a medida cautelar aparece preordenada para lhe assegurar o resultado, vale dizer, a atuação da pena (4). Além disso, Giuliano Vassali, arrola também eminentes processualista, que assim entendem tais como Canelutti, Allório, Fieta, Leone e Alegria, afirmando: “Bem se pode dizer que, na prisão preventiva, se realizem completamente ambos os aspectos postos em relevo pela doutrina: o aspecto cautelar instrumental e o aspecto cautelar final (5)”. Também entre nós, os dois tratadistas de processo penal mais eminentes, ambos projetistas do Código de Processo Penal, na atual reforma; José Frederico Marques e Helio

(1) *Introduzione allo studio della libertà personale nel processo* — Dott. A. Gurffré — editora Milano — 1959 — pág. 10.

(2) Gaetano Foschini — *Sistema del Diritto Processuale Penale* Vol. 1/445-461 — Ed. Dott. A. Gruffré — Milano — 1956.

(3) Giuseppe Sabatini — *Trattato dei Procedimenti incidentale nel processo penale* — Unione tipografica editrice Torinese — Torino — 1953 — págs. 429/433.

(4) Giuseppe de Luca — *Lineamente della tutela cautelare penale* — Casa Ed. Dott. Antonio Milano — Padova — 1953 — págs. 11 a 14, nota n.º 10.

(5) Giuliano Vassali — *Iscritti Giuridici in onore di Vincenzo Manzini* — Padova — C.E.D.A.M. — 1954 — *Osservazione sulla custódia preventiva* — págs. 489 a 495.

Bastos Tornaghi, adotam a colocação das prisões que antecedem ao julgamento e as formas de liberdade com ou sem fiança, durante o processo, como típicas medidas cautelares (6).

5. Assentados tais princípios, é interessante cuidar do exame da prisão e da liberdade no direito processual penal comparado, não só como subsídio na interpretação da norma de direito nacional como também para se verificar a evolução legislativa do instituto. Já a celebre escola comparatista francesa, atendendo a essa finalidade, explicava que o direito comparado é o “*droit commun de l’humanité civilisée*”.

II – O DIREITO EUROPEU

ITÁLIA

6. Os estreitos limites deste estudo não permitem o exame da prisão e da liberdade no direito processual penal de toda a Europa. Por tais motivos, a pesquisa será limitada aos países de onde recebemos maior contribuição doutrinária, e cujas organizações políticas mais se avizinham da nossa. Devido a isso começaremos pela Itália, onde o manancial doutrinário eleva e dignifica as pesquisas científicas no campo do Direito Processual. No entanto, apesar de ser talvez o país do mundo mais avançado no estudo científico da matéria, a sensibilidade de seus legisladores não é correlativa a dos eminentes cultores do direito de que dispõe, como dignos herdeiros da cultura romanística. Isso porque em sua legislação ainda subsistem formas de prisão não mais admitidas no Estado de direito de inspiração democrática. Lá ainda existe o “fermo de polizia”, espécie de prisão policial para averiguações, que segue ainda a uma prisão provisória decretada pelo Ministério Público, importando na privação da liberdade do indiciado, por cerca de quinze dias, sem que haja convalidação de tais atos coativos instrutórios por parte do juiz, além dos casos de flagrância. Tanto assim, que os trabalhos de pesquisas feitos pela Comissão de direitos humanos da O. N. U., revelou que pouquíssimos países ainda mantem a prisão preventiva obrigatória, citando entre eles a Iugoslávia, a Itália, a Austria e o Brasil (7), sendo que deste desapareceu, desde 1967, por força da Lei 5.349 – de 03 de novembro do referido ano.

7. No direito italiano os meios de privação da liberdade, em virtude da persecução penal, podem ocorrer por três formas: o **fermo**, o **arresto** e a **cattura**. Todos eles funcionam como precautela da última. A prisão policial (**fermo**) exige como

(6) José Frederico Marques – Da competência em matéria Penal – 1953 – págs. 33 – Instituições de Direito Processual Civil – 1958 – Vol. 1/268 – Elementos de Direito Processual Penal, Vol. 1/197 e Vol. IV – 1.^a ed. 1961 – Forense – Rio – São Paulo – Hélio Bastos Tornaghi – Manual de Processo Penal – Prisão e Liberdade – Liv. Freitas Bastos – Rio – 1963 – Vol. II – págs. 609/625.

(7) Tornaghi, ob. e vol. cit. pág. 621.

pressupostos: 1.º deve tratar-se daqueles crimes mais graves para os quais a lei prevê como obrigatória a prisão (art. 238, do C. de Processo Penal Italiano); 2.º deve existir graves indícios contra a pessoa a ser presa. 3.º deve também existir fundados motivos de suspeita de fuga (artigo 238, 1 C. P. P.). No entanto, essa prisão tem uma existência efêmera. Depois de efetuada o oficial de polícia judiciária deverá dar imediata notícia ao Procurador da República ou ao pretor do lugar onde foi executada (art. 238, II do C. P. P.), e depois, dentro de 48 horas, a contar do ato da prisão, deverá fazer comunicação a autoridade judiciária dos motivos da prisão e dos resultados da investigação (art. 238 III C. P. P.). O Procurador da República ou o pretor deverá providenciar imediatamente o interrogatório do preso e, se reconhecer fundada a prisão, a **convalida**, com decisão fundamentada, o mais tardar dentro das 48 horas sucessivas à comunicação.

8. A prisão que se denomina “arresto” distingue-se do “fermo de polizia”, porque naquela a pessoa presa se encontra à disposição da autoridade judiciária, distinguindo-se essa prisão em duas formas: quando ela resulta da prisão policial e quando resulta do flagrante (art. 237, n.ºs I a III). Mesmo nos casos de flagrante a polícia judiciária deverá colocar o preso à disposição do P. da República ou do pretor. Devendo estes, em seguida, proceder ao interrogatório do preso, determinando a soltura se a prisão não é legítima, nem justificada, ou dispõe seja iniciado o processo sumaríssimo (direttissimo), ou ainda dispõe por decisão motivada que o indiciado fique preso à disposição da autoridade competente (art. 246 C.P.P.), com o que, substancialmente, essa prisão se torna preventiva (cattura). Essas formas de prisão tornam-se caducas, se dentro de 20 dias, não são transformadas em prisão preventiva (art. 251, n.º III, do C. P. P.). Esta representa a verdadeira forma cautelar normal em razão da qual as outras funcionam como precauções. Isso, porém, não significa que ela não opere independente das precauções. Tal acontece quando o juiz baixa um provimento que tome o nome de **mandado de prisão** (mandato de cattura) ou de ordem de prisão, quando emitido pelo M. P., tendo como pressuposto indeclinável, em ambos os casos, que existam “indícios suficientes de culpabilidade” (art. 252, do C. P. P.). Os casos de prisão preventiva obrigatória são referentes aos delitos mais graves e de maior alarme social, e estão previstos, taxativamente, no art. 253 do C. P. Penal. Assim também os casos de prisão preventiva facultativa são enumerados no art. 254, do mencionado C. P. P..

9. A prisão preventiva pode cessar de três modos: a) por revogação; b) por conversão em liberdade provisória; c) ou por preempção. Quanto à primeira forma basta que não mais subsistam os motivos que a determinaram. No que tange a conversão em liberdade provisória, somente era possível quando se tratasse de prisão preventiva facultativa. No entanto, em virtude da reforma operada com a Lei de 15 de dezembro de 1972, n.º 773, a liberdade provisória pode ser admitida também nos casos de prisão preventiva obrigatória. No entanto, se resulta condenação, em primei-

ro grau na apelação, por um delito que importe em mandado de prisão obrigatória, o juiz pode ordenar, com a sentença, a revogação da liberdade provisória, concedida durante a instrução ou no juízo, e emitir mandado de prisão (art. 277 – C. P. P.). No tocante a perempção da prisão preventiva, importando na soltura automática do acusado, a legislação italiana sofreu também sensível liberalização, sendo que a lei n.º 220, de 7 de junho de 1974, regulou em prazos distintos a prisão preventiva para a fase instrutória e para a fase do juízo, variando esses prazos, tendo em vista a gravidade da infração e o tipo do procedimento a ser observado, sendo que na primeira hipótese esse prazo vai de três meses a dois anos, e na segunda de quatro meses a quatro anos (8).

10. A Constituição Italiana de 1948, promulgada com o intuito de nulificar a legislação facista que, a ordem política anterior a ela estabelecera, na sua inspiração democrática, procurou resguardar a liberdade pessoal, chegando a sua Côrte Constitucional a proclamar, que ela constitui um direito subjetivo perfeito (9). Tais mandamentos estão insertos nos artigos 13,14 e 15, da referida Carta Política. Embora Pisapia anote que a inspiração da carta magna Italiana, teria por principal fonte a Convenção Européia dos direitos humanos (10), esta também consagrou o “habeas-corpus”, como forma pronta e eficaz de se restabelecer a liberdade pessoal violada ou ameaçada, mas a carta política, nem as leis ordinárias cogitaram desse instituto.

11. Tanto isso é certo, que Sergio Galeotti, eminente constituicionalista Italiano, servindo-se do direito comparado, explica que especificamente, entre os vários ordenamentos constitucionais existentes, o mais sólido e maduro na sua estrutura democrática, é o Inglês. A posição em que a liberdade individual encontra-se assegurada perante o Estado, naquele ordenamento e o sistema previsto na nova Constituição Italiana, como procedimento natural na reconstrução do instituto, seria de se recorrer ao “Habeas-Corpus”, desde que se trate de liberdade pessoal, como é garantida naquela Constituição (11). Embora, afirme o citado autor, não se pretenda importar a norma do direito estrangeiro, o resultado de um confronto seria remunerativo para o legislador no predispor a necessária legislação e para os órgãos jurisdicionais, como guia no desenvolvimento da atuação e integração da Constituição, que é permitida ao interprete.

(8) Gian Domenico Pisapia – Compendio di Procedura Penale – E. CEDAM – Padova – 1975 – págs. 227/251.

(9) Pisapia, ob. cit. págs. 41/45.

(10) Ob. cit. pág. 46

(11) La libertà personale – Milano – 1953 – págs. 48/49.

FRANÇA

12. Na França as restrições à liberdade individual, guardam algumas semelhanças com a italiana no tocante à forma de realização. No entanto, difere no que pertine a autoridade de que emana o mandado de chamamento a juízo ou de prisão, uma vez que lá existe o juizado de instrução, sendo a persecução penal, desde o início, feita por magistrados. Os mandados, conforme explica Garraud (11-a), são atos judiciais pelos quais o magistrado competente ordena, ora o comparecimento, ora a prisão de um indivíduo indiciado como autor de um crime ou de um delito. Esses mandados são de duas categorias: na primeira estão compreendidos os mandados de comparecimento e de condução, e na segunda os de depósito e os de prisão. Aqueles tem por única finalidade fazer comparecer o imputado para ser interrogado acerca dos fatos que se lhes atribui, e os últimos para constitui-los em estado de prisão preventiva. O mandado de comparecimento é uma simples citação para que o indiciado compareça perante o juiz da instrução, no qual deve conter a menção do lugar, dia e hora, desse comparecimento, dispensando a indicação do fato atribuído aos indiciados, sendo ato facultativo do juiz. Nem autoriza qualquer medida de imediato. Em caso de revelia, expede-se novo mandado da mesma natureza, este será levado por um agente policial, que terá a faculdade de penetrar no domicílio da pessoa, chamada a juízo. Se ainda assim, essa pessoa desobedecer o chamado judicial, é expedido um mandado de condução, cuja a efetividade se deixa a cargo da polícia judiciária, ficando esta autorizada a empregar a força se o indiciado recusa a obedecer ou tenta fugir. O juiz de instrução não é obrigado a enunciar os motivos pelos quais despacha o mandado de condução, e pode utilizá-lo também quando o indiciado não tem domicílio ou quando se teme a fuga. O indivíduo contra quem se decreta mandado de condução é com frequência levado provisoriamente à Casa de Prisão, onde permanece a espera de seu interrogatório, o qual deverá ser feito pelo juiz, dentro do prazo de vinte e quatro horas, a contar do ingresso do mesmo no referido estabelecimento carcerário. Tal mandado não pode ser expedido contra o indiciado por delito reprimido apenas com a pena de multa. Nos casos em que a pessoa procurada não é encontrada, o mandado deve ser exibido ao comissário de polícia ou ao alcaide da residência.

13. As providências atrás mencionadas, esgotam-se no direito francês, com o interrogatório. Feito este o mandado de comparecimento surtiu todos os seus efeitos. Nesse momento, no entanto, o juiz da instrução decide se deve deixar o imputado em liberdade ou se existem motivos para decretar-lhe a prisão preventiva. Nesta hipótese, expede mandado de prisão ou de depósito, autorizando o seu encarceramento. Todavia esses mandados apresentam as seguintes diferenças: a) somente o mandado de prisão deverá conter, do ponto de vista formal, as conclusões do M. Público; a enunciação do fato incriminado e a citação da lei aplicável, não podendo ser expedido pelo juiz, senão à vista de um fato preciso e determinado; b) o mandado de

(11-a) Traité d'instruction criminelle - Paris - 1912 - tomo III, pág. 92.

prisão pertence a categoria das decisões judiciais e é uma sentença interlocutória que somente pode ser prolatada pelos juizes; o mandado de depósito, no entanto, não tem esse caráter. Esses mandados são os únicos que colocam o indiciado em prisão preventiva, podendo o juiz optar por um ou outro deles. Inexiste, praticamente, na lei um escalonamento dos indícios que justifiquem a prisão. No entanto, o art. 40 do Código de Instrução Criminal, exige “indícios graves” para autorizar a abertura do procedimento por flagrante delito, deixando perfeitamente esclarecido, ademais, que somente a denúncia não constitui presunção suficiente para autorizar a expedição de mandado de condução contra um indivíduo domiciliado.

PORTUGAL

14. No direito Português a liberdade pessoal é assegurada na Constituição Política de 1933 (art. 8º, nº 8), sendo que a prisão antes da culpa formada somente é possível mediante ordem escrita da autoridade competente. Nesse sentido, explica o Prof. Manuel Cavaleiro de Ferreira: “O estudo da prisão preventiva pode escalar-se em função de três aspectos de seu desenvolvimento. A prisão iniciada pelo ato, de privação da liberdade, que se denomina captura; propriamente ao estado de privação da liberdade se dá o nome de prisão (preventiva, enquanto se trata somente deste instituto). A prisão preventiva, porém, explicada pelos fins processuais indicados, é em si um mal, ainda que mal necessário. Não pode fugir à acusação de injustiça, pois tanto colhe aos culpados, como agrava aos inocentes; o reconhecimento da culpa é eventual e futuro. Dai que se restrinja aos casos de absoluta necessidade e que a ordem jurídica se esforce por substituir um meio que traz consigo o enorme risco de agravar inocentes, por meios menos onerosos, que possam conduzir ao mesmo resultado de manter os arguidos à disposição do Tribunal” (12). O Código de Processo Penal Português, baixado em 1929, tem sofrido diversas modificações, oriundas de leis especiais. Nele o art. 252, dispõe sobre a prisão em flagrante, que é definida no art. 251, guarda certa semelhança com art. 302, de nosso Código, com relação aos casos de flagrantes e quasi – flagrância, sendo as formalidade e legitimidade dessa prisão reguladas nos artigos seguintes do C. de Processo Penal Português (252 e 253). Enquanto o artigo 254, especifica os crimes em que é autorizada a prisão sem culpa formada. O artigo 255, prevê a hipótese de flagrância quando a ação penal depender de acusação particular ou de participação de certas pessoas, dispondo: “deverá o juiz fazer notificar ou avisar logo, mesmo verbalmente, as pessoas que podem participar ou acusar a infração, para declararem se querem ou não fazê-lo e, no caso negativo, mandará soltar imediatamente os arguidos”. As formalidades da prisão fora do flagrante estão previstos nos artigos 256 e 277, do referido Código.

(12) Manuel Cavaleiro de Ferreira – Curso de Processo Penal, Vol. 11/382-415 – Lisboa – 1956.

A liberdade provisória com ou sem fiança, tem no direito Português a denominação de “caução e termo de identidade”, e estão regulamentadas nos artigos 290 a 325, do respectivo Código. Embora a legislação ordinária reconheça como “autoridade competente” para determinar a captura do indiciado, não somente as judiciárias, explica, ao propósito, o Prof. Cavaleiro de Ferreira: “Na enumeração das autoridades com competência para ordenar capturas, que lei ordinária faz, regulamentando o § 4.º do art. 8.º da Constituição, parte-se precisamente da posição dessas autoridades na condução ou auxílio da atividade processual: são somente o Ministério Público e as autoridades de polícia judiciária, isto é, o Ministério Público, porque titular da ação penal e responsável pela instrução preparatória, e as autoridades de polícia judiciária, enquanto órgãos auxiliares daquele (Cód. Proc. Penal, art. 254, § 1.º)”. Acrescenta ainda, o citado Prof.: “A razão da faculdade de captura por outras autoridades, além do Ministério Público, enquanto titular da ação penal e encarregado da instrução preparatória, é a mesma da possibilidade ou mesmo dever de praticar atos processuais urgentes de polícia judiciária, por diferentes autoridades: a necessidade e urgência. Simplesmente a gravidade do ato de captura e o fato de se tratar de definir o conteúdo de um preceito constitucional de caráter excepcional induz fortemente a legislação ordinária a ser parca na enumeração das autoridades com competência para ordenar captura.” (13).

15. É bem verdade que a captura sem culpa formada constitui uma privação da liberdade de existência precária, devendo ser imediatamente validada. O prazo para esse ato passou a ser de 48 horas, na conformidade do art. 254 do C. P. Penal Português. A duração da prisão preventiva, sem culpa formada, é de oito dias por infrações a que corresponda pena correccional, ou seja simples prisão, e quinze dias por infrações a que corresponda pena maior ou quando se trate de delinquentes de difícil correção, vadios ou equiparados (Código P. Penal Português, art. 273, n.ºs 1.º e 2.º).

16. Se é certo que no direito Português a prisão cautelar pode ser determinada por parte de outras autoridades, além da judiciária na fase investigatória, mediante a validação perante a última, dentro de pequeno prazo (48 horas), menos certo não é que as contra-cauteladas são amplas, procurando-se através destas abrandar os rigores daquela. E a natureza de contra-cautela emprestado à liberdade mediante caução explica-se porque esta faz cessar aquela, propiciando a liberdade (14).

17. No direito português considera-se imprescindível a validação da captura perante o órgão judiciário competente, e para que isso ocorra, sem tardança, existe o

(13) ob. e not. cit. págs. 405/406.

(14) ob. e not. cit. págs. 443/445.

“Habeas-Corpus”, regulamentado pelo Decreto-lei n.º 35.043, de 20 de outubro de 1945, que no seu art. 2.º e seguintes, regulamenta o procedimento respectivo, não se revestindo, é certo, da amplitude que o instituto tem em nosso direito. Todavia, reveste-se do aspecto de uma providência extraordinária, que em determinados casos vai até apreciação da medida pelo Supremo Tribunal Federal. Os pressupostos dessa medida excepcional, destinada a garantir com amplitude o direito de liberdade pessoal, é que exista prisão efetiva (art. 7.º , citado dec. lei), abrangendo, no entanto, a prisão processual, tais como aquelas efetuadas antes da formação da culpa, como depois desta, e ainda a resultante de sentença condenatória. Não é, porém, concedido na forma preventiva, ou seja, contra simples ameaça de constrangimento ilegal. Pode impetrar a ordem o preso, ou seu cônjuge, ascendente ou descendente, devendo em qualquer dessas hipóteses o impetrante ser assistido por advogado. Além disso, a decisão tomada na impetração do “Habeas-Corpus”, pode apenas corrigir as falhas ocorridas na inferior instância, “mandando colocar imediatamente o preso à ordem do Supremo Tribunal na cadeia por este indicada e nomear um magistrado judicial para proceder a inquerito, no prazo que for fixado, sobre as condições de legitimidade da prisão” (art. 12, letra b, do mencionado decreto-lei), ou ainda: “mandar apresentar o preso, no mais breve prazo, ao Tribunal competente para o julgar (letra c, do citado art. 12).

ESPANHA

18. Na Espanha, “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, acatando o mandamento da Constituição de 1876, adota o princípio de respeito à liberdade humana, declarando que ninguém pode ser detido senão nos casos e com as formalidades legais. Assim como atos cautelares pessoal, são enumerados os seguintes, conforme a classificação do Prof. Miguel Fenech (15): 1.º) citação cautelar; 2.º) prisão provisória; e 3.º) liberdade provisória. Essas providências são explicadas pelo referido mestre espanhol, como atos cautelares que consistem numa imposição do juiz ou tribunal, e que importam numa limitação da liberdade da pessoa, com o fim de assegurar a responsabilidade com relação ao fato punível, tornando possível a consecução dos fins do processo penal. A citação cautelar distingue-se da intimatória, visto tratar-se de um ato processual de coerção em virtude do qual se impõe a uma pessoa, a quem se imputa um fato punível ou a que resulta alguma indicação fundada de culpabilidade, uma conduta consistente no comparecimento perante o juiz ou tribunal, titular do órgão jurisdicional, em um momento determinado para ser ouvida (arts. 486 e 488, da referida lei). A sua diferença com a **citação intimatória** resulta dos sujeitos dos pres-

(15) Miguel Fenech – Derecho Procesal Penal, Vol. III – 120/140 – Editorial Labor S/A – Barcelona – 1952.

supostos e dos efeitos. Embora pertencente ao mesmo genero de atos processuais de coerção. Acontece que a citação cautelar constitui pressuposto de outros atos cautelares, tendo como sujeito passivo a pessoa a quem se imputa o fato, no tocante ao objeto exige do destinatário uma determinada conduta ativa, e pressupõe interesse para os fins do processo por ser dirigida contra alguém a quem se imputa um fato punível, com fundada suspeita de culpabilidade (arts. 486 e 488 da mencionada lei processual). Tem essa medida por efeito obrigar o citando comparecer perante o juiz em lugar, dia e hora que forem designados, afim de ser ouvido.

19. A **detenção** é um ato que importa em limitação da liberdade individual de uma pessoa em virtude de declaração de vontade de carater provisional, visando pôr o detido a disposição, mediata ou imediata, do instrutor do processo para os fins deste, na expectativa de sua possível prisão provisória, só podendo ser determinada nos casos e na forma prescrita pela lei (art. 489, da lei cit.). Pode essa prisão ser efetuada por agentes da polícia judiciária e até mesmo por particulares. Além do flagrante a lei consagra diversas hipóteses em que a prisão poderá ser efetuada por agentes da polícia judiciária ou por qualquer pessoa (art. 490 n.ºs 1 a 7 e 492, n.ºs 2 e 3).

20. A prisão provisória distingue-se da **detenção**, visto que esta tem o prazo apenas de 72 horas, enquanto aquela dura até que se ultime o processo, desde que permaneçam os motivos que a determinaram. Essa prisão provisória, corresponde, nos seus efeitos e finalidades a prisão preventiva do nosso direito, mas pode revestir-se no tocante a sua itensidade de três formas diferentes: 1) com incomunicabilidade; 2) sem incomunicabilidade e, 3) a prisão atenuada. Esta última forma corresponde à prisão domiciliar em nosso direito, com uma variante denominada prisão especial, quando se trata de preso militar ou sacerdote, os quais ficarão sob custódia das respectivas organizações a que pertencem. Embora a prisão possa ser efetuada por autoridades e particulares a ratificação deverá ser feita, pela autoridade judiciária, no prazo de 72 horas, cabendo desse ato recurso de apelação, tanto da decisão que mantém a prisão, quanto da que não a aprova, determinando a soltura do indiciado.

21. A liberdade provisória no direito espanhol consiste em ato cautelar por força do qual se produz um estado de liberdade vinculada para os fins do processo penal em virtude de ato judicial. Esta forma de cautela é bem restrita. Somente se admite quando o imputado está sendo processado por delito cuja pena seja inferior a prisão correccional, também denominada prisão menor, e não tenha deixado de comparecer a juízo desde os primeiros atos de comunicação processual, e pressupõe prisão anterior, sendo concedida com ou sem fiança.

INGLATERRA

22. O direito inglês sempre se distinguiu pelo respeito e consideração a liberdade individual. Embora nele se procure assegurar o comparecimento do indiciado aos atos de instrução criminal. Esta pode ser conseguida por requerimento (summons), por prisão em virtude de um mandado (Warrant) ou por prisão sem mandado. O juiz poderá quando recebe uma denúncia determinar a expedição de um mandado de comparecimento do imputado e, caso não seja atendido, determinará a expedição de um mandado de prisão. No entanto, esse mandado deverá conter a exposição de uma infração, indicações de provas, demonstrando que existe presunções suficientes para início da instrução e a natureza da infração imputada. Todavia, mais complexos se apresentam os casos de prisão sem mandado. Esta compete não só aos agentes da polícia como aos particulares, e nos casos de flagrância constitui uma obrigação. Quando se trata de prisão para evitar a prática de um crime, a obrigação subsiste apenas para os agentes de polícia, constituindo mera faculdade para os particulares. Fora os casos de flagrância ou quase flagrância, os oficiais e agentes de polícia são autorizados a efetuar prisão sem mandado de pessoas que se possa, com base em razoável suspeita, ser apontada como autora de um crime que, em flagrante, seria obrigatória a prisão. Todavia, o particular nessa hipótese, somente poderá efetuar a prisão se o delito foi, efetivamente, cometido pelo indiciado.

23. Guardadas as diferenciações no tocante a organização judiciária e a influente contribuição do cidadão inglês na realização da persecução penal, em ambas as fases, ou seja, na instrução, as formas de prisão anteriores ao julgamento não apresentam sensíveis diferenças com as dos outros países do continente europeu. Todavia, a forma de recuperar a liberdade violada por ato arbitrário de autoridade ou particular, e a responsabilidade pelo abuso ou excesso nos meios coercitivos praticados, pelos últimos é bem diferente. O Estado não é diretamente responsável por esses excessos ou abusos, senão os que os praticaram; sendo idêntica as responsabilidades civis e criminais quer dos funcionários públicos, quer dos particulares, dispondo o prejudicado de ação pronta e eficaz contra os mesmos, a começar da auto-tutela, consistente na reação contra a prisão ilegal, conforme bem assinala Galeotti, no seu aprofundado estudo comparatista entre o direito italiano e o inglês (16). E no tocante a restituição da liberdade injustamente retirada ao investigado ou processado, o "Habeas-Corpus", funciona como efetiva forma de garantia da liberdade individual que, nesse país, é um direito subjetivo do cidadão nacional ou estrangeiro, sendo informado em todos os sentidos, os diversos procedimentos pelo princípio do *favor libertatis*. Apesar da amplitude com que o "Habeas-Corpus" é regulamentado, em se tratando de prisão processual, nem sempre através dele se consegue a imediata restituição da liberdade individual. Pode-se por intermédio desse remédio conseguir a *liberdade provisória* e a fi-

(16) ob. cit. págs. 61/135.

xação de um termo breve e peremptório de duração da prisão preventiva, em determinados casos, tais como no atraso do julgamento por circunstâncias não ocasionadas pelo acusado, situação esta que a liberdade provisória é concedida sem fiança. Aliás, o "Habeas-Corpus" inglês se reveste do aspecto duma ação popular, podendo ser proposta por qualquer pessoa em seu favor ou de outrem. Finalmente, uma outra característica do direito inglês, no tocante a prisão e à liberdade para fins do processo, é que nele se incentiva os particulares a cooperar na distribuição da justiça, não só nos julgamentos populares, como também na fase persecutória do procedimento, recompensando o trabalho da pessoa que se dedica a diligência no auxílio das autoridades para efetuar prisões e diligências probatórias, (17).

ALEMANHA

24. A Alemanha consagra em sua legislação diversas medidas especiais de asseguramento processual, adotando a cautela pessoal, com esse fim, quando ocorra: 1.º – não estar presente o indiciado; 2.º – quando aquele procura perturbar ou fracassar a produção da prova; ou 3.º – impedir a execução das resoluções junto à polícia judiciária, destinada a assegurar o tráfico processual. Assim, a prisão ou detenção durante o processo tem por finalidade em parte assegurar aprova e em parte a presença do acusado ao processo. A prisão pode ser ordenada pelo juiz, mediante ordem por escrito, desde que ocorram os seguintes pressupostos, referentes ao objeto processual: a) que não se trate de fato ameaçado apenas com a sanção de prisão ou multa, hipóteses em que somente é admitida quando se trate de indivíduos vadios; sem domicílio certo, e que estejam sob vigilância policial; b) que o indiciado seja "suspeito veementemente" de ter praticado o fato que lhe é atribuído. Explica Beling, que "veemente", não significa suspeita "suficiente", não bastando para a ordem de prisão que a condenação, seja mais provável que a absolvição: "o grau de suspeita deve alcançar quase a segurança" (18); c) suspeita de fuga com relação ao acusado ou fatos dos quais se possa concluir que destruirá os vestígios do crime, influenciará testemunhas ou co-réus e subtrair-se aos deveres processuais. Com relação a estes fatos admite-se uma presunção *juris tantum*. Todavia, desde que essas dificuldades possam ser afastadas por outros meios, mais suaves, não se deve decretar a prisão. Assim, desde que a vigilância policial possa evitar tais ocorrências, o juiz decidirá em cada caso concreto. Pode também a medida cautelatória pessoal ser suspensa, na sua execução através da fiança, desde que o juiz entenda suficiente esta medida.

25. A legislação alemã, além dos casos de prisão judicial apontados, estabele-

(17) Enrique Jimenez Asenjo – Derecho Procesal Penal, II/70-72 – Ed. Revista de D. Privado – Madrid – 1960.

(18) Ernst Beling – Derecho Procesal Penal – versão castelhana e notas por Miguel Fenech – Ed. Labor S/A – Barcelona – 1943 – págs. 378/383.

ce também uma privação provisória da liberdade, com finalidade processual, sem ordem judicial. Trata-se do caso de flagrantes, em que as autoridades policiais devem efetuar a prisão, e que pode também ser feita por qualquer pessoa. No entanto, mesmo que passada a situação de flagrância, desde que, o indiciado seja perseguido por alguém e haja suspeita de fuga. Além disso, o M. Público e os agentes de polícia e segurança estão autorizados a essa prisão provisória, desde que ocorram os pressupostos de uma prisão preventiva e seja perigosa a demora na efetivação dessa medida. Não obstante, em tais hipóteses, deve a autoridade que efetuou a prisão apresentar imediatamente o detido ao juiz competente, que a manterá decretando a medida cautelar ou mandará soltá-lo.

26. A 1.º de abril de 1965, entrou em vigor na República Federal Alemã, a Lei de 19 de dezembro de 1964, introduzindo profundas modificações no Código de Processo Penal Alemão. Houve, assim, uma reelaboração no sistema da prisão preventiva que, segundo Vittorio Barosio, não se inspirou exclusivamente, no princípio do “favor libertatis” (19). É que por essa reforma foi introduzido um novo motivo de prisão, consistente no perigo de repetição do crime por parte do agente, que fora admitido na legislação Nazista, e abolido por lei de 1950, agora restabelecido com alguns temperamentos. Além disso, essa reforma admite também a decretação da prisão mesmo quando não haja perigo de fuga ou de obstrução da prova pelo imputado, bastando que este seja “fortemente suspeito” do fato e que a prisão preventiva não seja desproporcional a entidade do fato, tendo em vista a pena, a medida de segurança e de reeducação aplicável. Segundo ainda anota Barosio, esse novo motivo de prisão preventiva procurou a jurisprudência limita-lo, admitindo-o apenas nos casos em que haja particular estado de emoção na opinião pública devido a relevância do fato. Mas, essa solução tem sido combatida pela doutrina pelo seu conteúdo de irracionalidade e pelo motivo de abuso a que se presta, tendo em vista as especulações da imprensa e da política, sendo difícil que o sentido da indignação possa adquirir relevância jurídica (20).

III – O DIREITO AMERICANO

ARGENTINA (a)

27. O direito argentino apresenta certas dificuldades para o estudo comparatista, tendo em vista a sua legislação fragmentária sobre processo penal, que se revela nos quinze Códigos de procedimentos relativos às respectivas províncias, conforme

(19) II Processo Penale tedesco dopo la riforma del 1965. pág. 17, Milano – Dott A. Giuffré Editora – 1967.

(20) ob. cit. págs. 35/37.

acontecia com o nosso no primeiro período Republicano, e que desapareceu com a Constituição de 1934, que restabeleceu a competência legislativa da União em matéria processual, retornando-se ao sistema unitário do período Imperial. Mesmo assim, a maior parte desses Códigos moldaram-se no Código de Procedimentos Criminal que rege a Justiça Federal Argentina, a Capital da República e os Territórios Nacionais, com exceção do Código de Córdoba, um dos mais aprimorados. Tomando por base o referido Código da Capital Federal, Alcalá-Zamora y Castillo e Ricardo Levene Hijo, explicam as formas de cautelas de natureza pessoal existentes nessa legislação (21). Assim, como primeira forma de privação da liberdade o direito argentino regulamenta a **detenção**, que corresponde a **captura** do indiciado surpreendido em flagrante e também para evitar o desaparecimento do presumível culpado, quando este se utiliza de sua liberdade para fazer desaparecer os vestígios do crime e dificultar a ação da justiça. A prisão em flagrante além de obrigatória para os agentes policiais pode ser efetuada por qualquer pessoa do povo, devendo o preso ser apresentado, imediatamente, ao juiz competente ou ao representante da autoridade mais próxima, jurando o condutor que assistiu a prática do crime. Conquanto a Constituição Argentina estabeleça, em seu artigo 18, “ que ninguém pode ser preso senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente”, entendeu-se que esse preceito vigora apenas para a prisão preventiva, sendo legítima para determinar a prisão outras autoridades além da judiciária, desde que seja ela efetuada nos casos previstos em lei e com finalidade de servir ao processo, nas formas especificadas nos arts. 368 a 372, do referido Cód. de Processo. A prisão preventiva tem idêntica finalidade da **detenção**, existindo entre ambas uma diferença **quantitativa** e não **qualitativa**, no sentido de que aquela representa a continuação da última. Tanto assim que quando o juiz toma conhecimento do procedimento em que o acusado já se encontra **detido** tomará as providências para a decretação da prisão preventiva, ou para determinar a imediata soltura, caso a primeira das referidas medidas cautelares não seja legal. Destarte, a **detenção** funciona como uma precautela com relação a prisão preventiva. Esta só pode ser decretada pelo juiz, enquanto que aquela pelo seu caráter transitório tem por finalidade exclusiva colocar o indiciado a disposição do juiz. Nos delitos punidos com pena de multa não cabe prisão preventiva.

28. A liberdade provisória é também prevista como medida cautelar, uma vez que ela assegura a presença do acusado ao processo, não só pela ameaça da perda da fiança, como também pela prisão, que a ela sobrevém se não forem cumpridas as condições estabelecidas para a sua concessão. A sua admissibilidade exige que se trate de crime que não exceda a pena de prisão por quatro anos, quando é concedida sob caução juratória. Não poderá ser concedida a reincidentes, nem para determinadas infrações de certa gravidade. A garantia para a liberdade provisória poderá con-

(21) Derecho procesal penal, tomo II/271 – 295 – Editorial Guillermo Kraft Ltda – Buenos Aires – 1945.

sistir em caução, real ou juratória.

29. Afirma Olmedo que, em todos os Códigos provinciais é expresso o imperativo para a Polícia Judiciária de por o preso a disposição do juiz competente, sem demora alguma, sendo que dessa comunicação deverão constar todos os elementos de convicção obtidos (22). Tal dispositivo abrange a prisão feita pela polícia ou por particular, visto que se trata de uma atividade policial produzida por iniciativa própria sem base em denúncia, pode essa autoridade examinar o fundamento da privação de liberdade e fazê-la cessar, se esse fundamento inexistente ou é insuficiente. É que alguns Códigos, em se tratando de prisão feita por particular, admitem a apresentação do preso a autoridade policial ou judiciária mais próxima.

30. O que se destaca da legislação argentina é certo rigor na regulamentação da prisão preventiva, uma vez que a maioria dos Códigos admitem a decretação da prisão preventiva por qualquer delito punido com pena privativa da liberdade, sem levar em consideração o sujeito passivo dessa medida cautelar. Essa regra procede do art. 366, do Código da Capital Federal, a cujo texto se conformam o de La Rioja (art. 330), Salta (art. 324), San Juan (art. 269), Santa Fé (art. 187), Corrientes (art. 366), Entre Rios (art. 398), Córdoba (art. 339) e Santiago del Estero (art. 261). Apenas fazem exceção a tal princípio, admitindo a prisão preventiva somente nos casos em que a pena privativa da liberdade seja de certa gravidade, os de Buenos Aires (arts. 172 e 179), São Luiz (art. 213 e 219), Mendoza (art. 312) e Jujuy (art. 308). Marcelo Finzi, estudando comparativamente esses códigos com o direito europeu, assinala que embora reconheça-se em alguns deles a preocupação em preservar a liberdade individual, concedendo a liberdade provisória, acrescenta que seria preferível limitar a prisão preventiva aos casos de absoluta necessidade, sendo esta sempre uma faculdade conferida ao juiz, e não uma obrigação (22-a).

31. A Constituição da Argentina consagra o princípio da liberdade das pessoas, garantindo os seus direitos individuais (art. 18), mas não adotou, expressamente, o "Habeas-Corpus", como meio pronto e eficaz para restituição da liberdade violada. Todavia, as constituições provinciais o consagra, algumas delas de forma ampla, compreendendo até outros direitos além da liberdade física. Embora surja alguma controversia entre os constitucionalistas pratinos, sustenta Viamonte, que o "Habeas-Corpus", é uma ação institucional "sui generis", de direito público e de rito sumário, tendo por objeto o amparo da liberdade afetada (23).

(22) Jorge A. Clariá Olmedo – Tratado de Derecho Procesal Penal – Vol. V. – págs. 298/299 – Ediar – Buenos Aires – 1966.

(22-a) La prisión preventiva, págs. 76/83 – Ed. DE PALMA – Buenos Aires – 1952.

(23) Carlos Sanches Viamonte – El Habeas Corpus – pág. 27/30 – 2ª ed. – Ed. Perrot – Buenos Aires – 1956.

URUGUAY (b)

32. A legislação processual uruguaia consiste em primeiro lugar no Código de Instrução Criminal, moldado no Código Francês de 1808, e na Ley de Enjuiciamiento Criminal Espanhola de 1872, e de diversas outras leis esparsas, consoante a o Prof. Arlas (24). Devido a isso, a prisão e liberdade nesse direito não apresenta sensíveis diferenças do francês e espanhol, principalmente do último. Aliás, isso acontece com a maioria dos países sul-americanos.

PERU (c)

33. Neste país as medias restritivas da liberdade tem algumas diferenças do direito europeu e americano. O seu Código de procedimentos penais, passou a vigorar em 1940. Na conformidade do que dispõe o tit. I, do Liv. II, desse código, três são as formas de medidas restritivas da liberdade a que se sujeita o indiciado: a citação, a **detenção** provisória e a detenção definitiva. A primeira determina o comparecimento do indiciado, e se ele não atende, procurando fugir ao processo, o juiz decreta a detenção provisória, tendo esta por principal finalidade prestar o acusado as declarações necessárias à instrução. Também tem ela lugar nos casos de flagrancia, e nos casos que esteja o mesmo realizando atos preparatórios de um delito; quando se trata de delito contra o patrimônio do Estado; quando determinado pelo M. Público ou pelo juiz instrutor, de acordo com a natureza do delito e, bem assim, em se tratando de indiciado reincidente, vadio, sem domicilio certo ou quando hajam presunções fundadas de que o implicado procura evitar o julgamento. Recebida a declaração instrutória o juiz, depois de ouvido o M. P., deve colocar em liberdade o indiciado, se não existem motivos fundados para supô-lo responsável. Se o M. P., se opõe a soltura, a prisão prevalece por prazo não superior a 10 dias, afim de que dentro dele se pratiquem as diligências da instrução. Se depois disso, as suspeitas de autoria forem confirmadas, o juiz decretará a prisão preventiva (que no direito Peruano se denomina **definitiva**), que tem por finalidade assegurar todo o desenvolvimento do processo, até que nele se profira sentença definitiva. Essa medida pode ser amenizada com a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, conforme a situação do imputado. A declaração instrutória deve ser realizada, dentro de 24 horas, depois de efetivada a detenção pela autoridade policial e se, decorrido 48 horas, tal ato não tenha sido realizado, o chefe do estabelecimento penal tem a obrigação de levar o detido a despacho do juiz da instrução. O imputado tem o direito de apresentar reclamação ao tribunal correccional por detenção arbitrária quando não se lhe faz a notificação, antes de 24 horas da prisão provisória, ou depois de 10 dias da detenção definitiva. O Tribunal, depois do informe do juiz e de ouvir ao M. Público, resolve o incidente,

(24) José A. Orlas – Cursos de Derecho Procesal Penal – Tomo I/17-18 – Montivideo – 1958.

sendo procedente a reclamação poderá determinar a soltura do indiciado ou confiar a instrução a outro juiz. A denominação usada para os dois tipos de prisão processual, provisória e definitiva, é criticada por Alcalá Zamora y Castillo. A denominação de prisão provisória ao primeiro ato coativo, que no direito espano-americano se denomina detenção, no português captura, forçou a outra prisão, que deveria denominar-se preventiva, a designação definitiva, o que efetivamente afasta de sua finalidade, uma vez que ela pode desaparecer pela liberdade provisória, pelo “Habeas-Corpus”, ou pela sentença absolutória (25).

COLOMBIA (d)

34. O Código de Processo Penal Colombiano é de 1971, e nos artigos 426 e seguintes regulamenta a privação da liberdade para fins processuais, tendo como medidas cautelares a captura e a detenção. A primeira se verifica em caso de flagrância (art. 301, do CPP) e quasi-flagrância, para inquirição do acusado no início da investigação, e por ordem da autoridade competente. A prisão para averiguações somente é admissível quando o indiciado não atende a intimação feita nesse sentido. Essa precautela pode ser determinada pela polícia judiciária, pelo funcionário instrutor e pelo juiz competente, quando este já tenha em seu poder o processo. Quando a prisão é efetuada pela polícia judiciária esta deverá apresentar o preso, imediatamente, ou no prazo de 24 horas, ao funcionário instrutor. Os diretores do presídio colocarão em liberdade os presos, cuja situação não for legalizada dentro de 12 horas. Quando houver incomunicabilidade, que não poderá exceder de três dias, isso também deverá ser comunicado, por escrito, ao diretor do presídio; a investigação (declaração indagatória) deverá concluir-se no prazo máximo de 5 dias, findo os quais deve ser definida a situação jurídica do capturado, com a soltura se inexistir prova que justifique a prisão preventiva, ou com a liberdade condicional. Somente se ordena a prisão preventiva do capturado, quando não caiba a liberdade provisória. Todavia, quando justificada a decretação dessa medida, poderá, ser ela decretada pelo próprio funcionário instrutor.

35. Em contrapartida, sendo no direito colombiano a própria prisão preventiva decretada pelo funcionário instrutor, o “Habeas-Corpus” é concedido e regulamentado, no mesmo Código, estabelecendo o seu art. 424, sanções severas para o funcionário que embarace, dilate, crie obstáculos ao procedimento ou não cumpra os prazos estabelecidos. Esse recurso (como é denominado nessa legislação) tem curso rápido, dependendo apenas da informação do funcionário que determinou a prisão, e de outras diligências que o juiz entender necessária, e decidirá concedendo ou

(25) La reforma procesal penal en el Perú – Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires – 1944 – págs. 346/347 e 374.

negando a ordem. Além disso, os diretores de presídio tem obrigação de proceder a soltura dos presos, cuja a situação jurídica não esteja definida dentro dos prazos legais (arts. 432 e 438, do Cód. de Processo Penal) (26).

MÉXICO (e)

36. No México, é a Constituição Geral da República que impõe seus preceitos a todos os aspectos da vida jurídica desse país, e de modo especial aos vinculados ao processo penal. Assim é que o art. 16, da mencionada Carta Política, diz “ninguém pode ser molestado em sua pessoa, família, domicílio, papel ou posse, senão em virtude de mandado escrito da autoridade competente, que fundamente e motive a causa legal do procedimento. Não poderá lavrar-se nenhuma ordem de apreensão ou detenção a não ser por **autoridade judiciária**, sem que preceda denúncia, acusação ou **querela** de um fato determinado, que a lei castigue com pena corporal, e sem que estejam àquelas apoiadas por declarações, sob protestos, de pessoa digna de fé, ou por outros dados que tornem provável a responsabilidade do indiciado, com exceção dos casos de flagrante delito em que qualquer pessoa pode prender o delinquente e seus cúmplices, colocando-os, sem demora, a disposição da autoridade imediata. Somente em casos urgentes, quando não haja no lugar nenhuma autoridade judicial e tratando-se de delitos que se procede de ofício, poderá a autoridade administrativa, sob sua mais estrita responsabilidade, decretar a detenção de um acusado, colocando-o imediatamente a disposição da autoridade judicial. “Por sua vez, o art. 19, da mencionada Constituição, estabelece que: “nenhuma detenção poderá exceder do prazo de três dias, sem que se justifique com um **auto formal de prisão**, no qual será expresso o delito que se imputa ao acusado; os elementos em que constitui aquele; lugar, tempo e circunstâncias da execução e os dados que autorizem a averiguação prévia, os quais deverão ser bastantes para comprovar o corpo de delito e tornar provável a responsabilidade do acusado.”

37. O Código de Procedimentos Penais do Distrito Federal, estabelece as formalidades e os casos de flagrantes, atendendo aos preceitos constitucionais, bem como os requisitos formais do **auto formal de prisão** que, no entendimento de Zavaleta (27) tem importantíssimas consequências, uma vez que modifica a situação processual do detido, que passa a submeter-se a prisão preventiva, a disposição do juiz competente, sendo que o auto passa a denominar-se “auto de sujeição ao processo”.

(26) Gilberto Martínez Rave – Procedimento Penal Colombiano, págs. 285/325 – Editorial Temis – Bogotá 1975.

(27) Arturo J. Zavaleta – La prision preventiva y la libertad provisoria – págs. 40/43 – Ed. ARAYÚ – Buenos Aires – 1954.

38. O mencionado Código consagra também em seus arts. 745 e 849, o “juízo de amparo”, que se assemelha ao “Habeas-Corpus”, embora não se molde exatamente pelo sistema inglês, na forma de uma verdadeira ação, mas importa numa garantia de justiça para os indivíduos e para os Estados. Viamonte, apesar de reconhecer isso, critica o instituto pela sua complexidade, dificuldade de tramitação; não amparar a liberdade contra restrições provenientes de particulares, e por impor aquele que dele faz uso indevidamente (28), uma punição.

IV – NOSSO DIREITO ATUAL

39. O retrospecto feito, em que pese a síntese usada, tendo em vista os principais aspectos da prisão e da liberdade nos países apontados, permite um ligeiro confronto com o nosso direito atual. De início, cumpre assinalar que a prisão e a liberdade foi sempre tradição constitucional em nosso direito, dele constando como meio idoneo para garantia da liberdade física o “Habeas-Corpus”. Na atualidade, basta que se atente para as normas consagradas nos §§ 12, 14 e 20 do art. 153, de nossa Constituição em vigor, para se afirmar que a lei assegura ao cidadão não só a inviolabilidade do direito de locomoção como a simples ameaça, emprestando ao “Habeas-Corpus” um rito celere, e ampliando o seu alcance no estatuto processual (art. 648, n.º I a VII, do CPP), de forma a afastar a mais leve coação processual ou acusação infundada. Além disso, somente a prisão em flagrante, tendo em vista a sua peculiaridade, dispensa o título judiciário para ser efetuada, sendo que as demais exigem esse título, que consiste na **ordem escrita** da autoridade competente. Inexiste, no direito comum, a chamada prisão para averiguações, praticada pela polícia, exigindo-se a imediata comunicação da prisão ao juiz competente. Basta que se confronte esses preceitos com as legislações atrás apontadas, e se verificará que em todas elas persiste a prisão para investigação, fora do flagrante, sem título judiciário, e que posteriormente é validada.

40. Poder-se-ia argumentar que, em nosso direito, também existe em legislação especial, norma processual que admite a prisão, sem título judiciário, ou seja, determinada pela autoridade encarregada da investigação. É o que acontece com o direito processual penal de segurança, o Dec. Lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, em seu art. 59 admite a prisão até trinta dias, comunicando-a a autoridade judiciária competente. Além dessa norma não ajustar-se ao preceito constitucional, que somente a admite em caso de flagrância, é de levar em conta tratar-se de uma lei de emergência, para casos excepcionais, tendo-se em consideração a situação anormal em que foi baixada.

(28) ob. cit. págs. 140/141.

41. Feita essa ressalva, convém acentuar que o confronto, ora feito é restrito ao direito comum, onde a prisão preventiva somente é admitida nos casos de estrita necessidade, conforme está expresso em lei, exigindo-se **prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria** (art. 312). O que não acontece nas legislações apontadas na maioria das quais, exige-se apenas **indícios suficientes** de modo vago, sem destacar se tais indícios são do fato ou da autoria. Por outro lado, a necessidade da medida assentando-se na **garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal**, revelando com absoluta segurança a sua finalidade cautelar. Demais, somente é admissível nos crimes inafiançáveis, com exceção de quando se apura no processo que o indiciado, é vadio, de identidade duvidosa ou reincidente nos crimes dolosos (art. 313), normas estas de pouca frequência no direito comparado.

42. É certo que o ponto alto de nosso direito processual penal, no que diz respeito à liberdade individual, e a regulamentação da prisão cautelar, adveio de leis especiais, e não da forma originária do estatuto processual de 1941. Ocorre, no entanto, que dele provém a exigência de que a decisão que denegar ou decretar a prisão será sempre fundamentado (art. 315), exigência esta que nem todas as legislações apontadas consagram, tendo a Lei 5.349 de 03 de novembro de 1967, modificado o Capítulo III do Título IX do Cód. de P. Penal, dando diferente redação aos arts. 311 a 316, a prisão preventiva tornou-se facultativa, em todos os casos em que é admitida, entregando-se a deliberação sobre direito de tanta relevância e prudente e fundamental toda discricção do juiz. Por outro lado, não se encontra no direito comparado, disposições tão respeitosas de liberdade como as dos artigos 310 e 314, que não admitem a imposição da medida, quando se evidencia a existência de uma excludente da antijuridicidade.

43. É de considerar ainda que as Leis 5.941 — de 22 de novembro de 1973 e 6.415, — de 24 de maio de 1977, a primeira facultando a liberdade do réu, ainda que pronunciado por crime inafiançável ou a revogação da prisão quando se encontre preso, desde que este seja **primário** e de **bons antecedentes**, e admitindo também a apelação em liberdade, ao réu nessa situação, com as modificações constantes do art. 408, § 2º e 594, do Cód. de Proc. Penal. Enquanto a segunda dessas leis, introduzindo o § único no art. 310, do citado Código, veio solucionar a questão da prisão em flagrante nos crimes inafiançáveis, exigindo plena cognição cautelar por parte do juiz, que somente manterá a prisão quando ocorra absoluta necessidade da medida, na forma exigida para a decretação da prisão preventiva (art. 312). Ainda essa última lei veio admitir a fiança nos casos de reincidência, quando esta se encontra prescrita, atenta a nova redação que deu ao art. 313, n.º III, última parte, do Código. Já anteriormente a essas leis, a de n.º 5.256, de 06 de abril de 1967, estabelecia regras relativas a prisão especial, visando suavizar o sofrimento resultante da prisão cautelar.

44. Estas últimas modificações no regime da tutela cautelar penal em nosso direito, servem para revelar a constante preocupação dos nossos legisladores em evitar a privação da liberdade individual, e tornar menos rigorosa a execução da medida cautelar, quando a necessidade a impõe.

45. Outro aspecto marcante em nosso direito comum é que embora se admita a incomunicabilidade do réu preso, dentro de prazo limitado (3 dias, art. 21), esta nunca é absoluta, visto que é assegurado a comunicação com o advogado (art. 89, n.º III, da Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963 – Estatuto da O. A. B.).

V – O DIREITO FUTURO

46. A visão de conjunto entre o nosso e o direito processual penal de outros países, de grande vocação democrática e estudos científicos, não nos coloca em situação de inferioridade, tendo em vista a evolução constante dos legisladores pátrios nesse sentido. Isso é confortador e será interessante ligeira análise da reforma processual em andamento no Congresso Nacional, no sentido de incentivar a faina laborativa de nossos cultores da matéria e dos legisladores, sempre influenciados pelo respeito a liberdade e a dignidade humana.

47. Não se pode negar, nesse aspecto, os esforços demonstrados por todos aqueles que se dedicam a essa matéria em nossos meios jurídicos. Assim é que diversos congressos, simpósios, painéis, foram realizados nas principais capitais do país, tais como São Paulo, Belo Horizonte e Recife, a que se fizeram presentes professores de direito, juristas, advogados, membros do M. Público, e com presenças marcantes os deputados membros da comissão de reforma do Código, na Câmara de Deputados. Desses encontros, resultou o aprimoramento do projeto 633/75, já aprovado na Câmara dos Deputados, e que agora passará a apreciação do Senado Federal, e do qual por certo, resultará um novo Código de Processo Penal.

48. O projeto em referência aprimora o sistema vigente e oferece uma distribuição técnica à matéria pertinentes as cautelas de natureza pessoal, que importam na privação ou restrição a liberdade individual, tornando-se mais seguro o respeito a esse direito fundamental. Já na parte geral nos arts. 192 e 197, estabelece as normas gerais no tocante a realização dos atos processuais coativos e, no título IV, do livro IV, cuida das providências cautelares, nos arts. 470 a 552. Depois de proclamar que a prisão do indiciado ou réu, ou sua submissão ao regime de liberdade provisória, somente é admissível para a atuação da justiça penal, enumera além dessas outras medidas que poderão ser adotadas, com idêntica finalidade: a) medida de segurança provisória; b) inabilitações provisórias; e c) restrições processuais. Todavia, de grande re-

levo é a norma consignada no art. 472: “Quando se tratar de réu primário e de bons antecedentes, o juiz ao invés de determinar sua prisão submetê-lo-á, de preferência, ao regime de liberdade provisória”. Esse preceito de caráter geral de natureza pessoal, apresenta-se como um limite a prisão processual, e atende ao secular preceito Carareano, de que a prisão preventiva como um mal necessário, somente deverá ser imposta em casos de absoluta necessidade. Não se depara no direito comparado, norma de tamanho alcance no respeito à liberdade individual. Notando-se, ademais, que o sentido do direito brasileiro, já pelo que consta das últimas leis processuais atrás mencionadas, orienta-se na consideração da pessoa a quem se dirige a imputação e não na gravidade do crime que lhe é atribuído. Isso porque quando se impõe uma dessas medidas cautelares, existe apenas a **possibilidade** da procedência da acusação. Ora, quando esta se dirige contra um **primário de bons antecedentes**, a necessidade da prisão processual, atentas a suas finalidades, raramente ocorre. Trata-se, além disso, de princípio inspirado na prevalência do **jus libertatis**.

49. O projeto adota a denominação genérica de prisão provisória, a todas aquelas que tem finalidade processual, especificando: I – prisão em flagrante; II – prisão preventiva; III – prisão durante o procedimento do recurso; e IV – a prisão temporária. A regra do art. 474, estabelece o princípio da necessidade da prisão preventiva ou manutenção da prisão em flagrante, especificando em que consiste essa necessidade no seu § 1º, letras a d, com a limitação prevista no § 2º, desse mesmo art. Isso demonstra que tal medida somente é autorizada quando ocorra uma dessas hipóteses, desde que exista prova de **fato definido como crime e indícios veementes de autoria** (art. 475), atente-se para conceito de Beling com relação ao direito Alemão, atrás mencionado –, notando-se que já não se fala em indícios “suficientes”, consoante o direito atual.

50. As regras contidas nos artigos 476 a 481, pertinentes às formalidades, oportunidade, e procedimento a ser observada na decretação da prisão preventiva, além de facultar ao juiz uma completa cognição cautelar com relação a medida, oferece-lhe uma série de opções para evitá-la e torná-la menos gravosa a quem deva suportá-la, que vai da sujeição a liberdade provisória até a prisão domiciliar. Efetivamente, não se encontra no direito comparado qualquer legislação que disponha de tamanha flexibilidade, no que diz respeito a imposição de medidas cautelares, e de tamanha inspiração no “favor libertatis”.

51. No sistema do projeto a prisão em flagrante que, inicialmente é um ato de auto-tutela do Estado, depois de submetida a apreciação do juiz, transforma-se em medida cautelar, funcionando como precautela, caso a prisão deva ser mantida, atentos aos pressupostos da prisão preventiva (arts. 482 a 489).

52. A novidade que apresenta o projeto com relação ao direito atual é a prisão temporária, que visa facilitar a investigação policial, quando haja necessidade da captura do indiciado, somente admissível nos crimes inafiançáveis, ou quando afiançáveis punido com pena superior a 5 anos; ou, quando se trate de indiciado reincidente, vadio ou sem residência certa. Embora, possa ser sucinta a motivação, devido a urgência que deverá ser decretada; ainda assim, essa medida somente pode ser imposta pelo juiz (arts. 490 a 492).

53. Finalmente, a liberdade provisória, com ou sem fiança (arts. 493 a 524), além de ampliada na sua casuística, pode ser adotada como medida cautelar, no sentido de evitar a prisão preventiva, ou como contra-cautela em substituição a esta, em determinados casos.

54. As especificações feitas relativas as linhas estruturais da regulamentação da tutela cautelar penal em nosso futuro Código de Processo Penal, em estudo comparatista com o direito estrangeiro invocado, encoraja o observador a acreditar nas conquistas democráticas do nosso povo quando se elabora um estatuto de tanta importância para o direito pessoal de liberdade, e onde se procura preservá-lo por todas as formas.

O Diploma que se elabora é mais uma conquista legislativa calcada em nossa tradição democrática, informado nas mais puras fontes doutrinárias, mas peculiar ao nosso ambiente, procurando-se construir um direito próprio, que nos dignifica perante o direito comparado.

Essa é a destinação histórica do direito brasileiro, consoante aconteceu com o Código de Processo Criminal de 1832, considerado naquela época um padrão de respeito aos direitos fundamentais do homem, conquista essa que não poderá ser olvidada na atualidade.

Diante de tudo isso, é que as esperanças de nossos cultores do direito processual penal, empenhados em aprimorar esse delicado ramo da ciência jurídica, rejuvenescem e se afirmam no direito do porvir.