

BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS E OPORTUNIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

JOÃO MESTIERI

O direito de liberdade é direito fundamental constitucional e de personalidade. Como direito pessoal de base constitucional, garantia e proteção daí imanentes criam uma *força vinculante* e uma *densidade aplicativa*, específica, direta.

A *ratio* de tal direito é dúplice. Aqui se reconhece o *dever geral de abstenção* de qualquer lesão à liberdade, oponível ao Estado, aos poderes públicos, às entidades privadas e até ao indivíduo singular (daí a possibilidade da ação de habeas corpus contra ato de particular), ao lado do *dever de ação*, este exigível dos poderes públicos no sentido de que este direito fundamental e de personalidade, à maneira de outros, possa se expressar plenamente, livre de injunções ou limitações ilícitas (dever específico de proteção).

A natureza e oportunidade da prisão provisória, de que a preventiva é espécie, como realidades *contra* a liberdade devem ser entendidas e interpretadas com extremo cuidado. A uma, porque o mesmo poder a que se comete o dever de ação protetiva do livre e desembaraçado exercício da liberdade será o mesmo a ser autorizado, por regras jurídicas específicas, a restringir esse mesmo direito, presentes certos pressupostos legais. A duas, porque em matéria de tal magnitude é perigoso partir-se da regra de direito como *ratio essendi* exclusiva do constrangimento legal ao direito fundamental sem se o construir a partir do seu *princípio criador*, o que pode ser designado, ainda que insuficientemente, por norma.

Assim, a norma ou princípio criador ou institucionalizador da liberdade individual no sistema jurídico, responde a reclamos subjetivos e objetivos. Subjetivamente, a liberdade individual é essencial ao protagonismo do ser, à sua expressão no mundo circundante social e, como é intuitivo, tem parte na realização de uma miríade de outros direitos dependentes da livre expressão da

liberdade física. Objetivamente, há o interesse social, ou interesse público, na manutenção, na preservação de cada liberdade individual, para a afirmação da relação entre os comunitários e o Estado, ou seja, reconhece-se, no exercício e no respeito ao exercício de cada liberdade individual, um *interesse objetivo*, que vem a ser a importância e o significado de cada proteção individual para a afirmação desses valores, especialmente perante o Estado.

A prisão preventiva atinge o direito à liberdade pessoal, e compreende a liberdade física, a liberdade de movimentos, ou seja, o direito de não ser detido ou aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente condicionado a um espaço, ou impedido de se movimentar. Portanto, o *punctum saliens* da indagação consiste em como conciliar, melhor, limitar ou disciplinar, a intervenção do Estado na liberdade individual, direito de base existencial do cidadão.

Uma coisa é certa, ensina Ada Pellegrini Grinover (*O Processo em Evolução*, São Paulo, 1999, p. 89-90), a prisão cautelar deve obedecer a rigorosas exigências, diante do preceito constitucional segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII, CF). Em face do estado de inocência do acusado, observa ainda a ilustre processualista, “a antecipação do resultado do processo representa providência excepcional, que não pode ser confundida com punição, somente justificada em casos de extrema necessidade”.

Com muita propriedade, após demonstrar que toda prisão que não seja “cumprimento de pena” é “prisão processual”, Sérgio de Andréa Ferreira (*O Direito à Liberdade em Face da Prisão Provisória, no Atual Regime Constitucional: A Questão da sentença Condenatória Recorrível*, in Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 18, 2000) pontua com rara felicidade que “prisão processual” é “prisão provisória”, e deriva da necessidade da *persecutio criminis*, da exercitação do *ius perseguendi*, abrangendo a fase da polícia judiciária e a fase judicial; ou é concretizada para assegurar a efetividade do *ius exequendi*; ou, ainda, para, diante da periculosidade real do indiciado ou do acusado, proteger valores e interesses sociais.”

O juiz é o guardião da liberdade pessoal; o sistema jurídico conta com sua atuação efetiva para tornar concreta a proteção constitucional. E esta se estende e permeia todo o curso da submissão coercitiva do indivíduo ao poder estatal, seja na fase policial, seja na judicial. Como salientou o grande magistrado, Xavier de Albuquerque, “A prisão pode ser legal no momento em que se dá, e vir a tornar-se ilegal pelo decurso, sem a conclusão do inquérito e sua remessa ao juízo, nos prazos da lei. Se o juiz não vigia para que cesse, pela superveniência da ilegalidade, torna-se coator. Pior: trai a missão que lhe atribuiu a Constituição”. (STF, in RTJ 63/410).

A prisão preventiva é, assim, medida cautelar excepcional, compreendendo a antecipação dos efeitos da sentença condenatória criminal futura, possível. Tratando-se, pois, de medida atingindo o *ius libertatis*, antes mesmo do momento processual de decisão da causa, é natural exigir-se rigor no exame dos pressupostos para a sua concessão, máxime quando requerida antes de oferecida a denúncia. Observa o prof. Tourinho Filho que o princípio basilar do moderno processo penal é o de que a prisão preventiva só possa ser decretada quando for de “incontrastável necessidade”, evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o ordenamento jurídico tutela e ampara” (*Processo Penal*, v. III, p. 327, 3a. ed.).

Em verdade, os casos em que a prisão preventiva pode ser decretada vêm alinhados no artigo 312, C.P. Penal, com a redação determinada pelo art. 86 da Lei n. 8.884, de 11.6.1994: (a) garantia da ordem pública; (b) da ordem econômica; (c) conveniência da instrução criminal; (d) assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Essas hipóteses legais são definições gerais que devem ser preenchidas pela realidade; é a concreta caracterização das hipóteses da lei que legitima a prisão preventiva, e não as impressões pessoais, as conjecturas, os receios meramente subjetivos (RT vol. 370, pg.160).

Assim, ao invocar uma das hipóteses do artigo 312, CP como, *e.g.*, a garantia da ordem pública, para o decreto da prisão preventiva, deve o magistrado fundamentar a decisão em *fatos*, não em conjecturas teóricas ou simples possibilidades. Assim, são de todo insuficientes, argumentos como o da “grande capacidade econômica do agente”, o “seu poder de influência e mobilidade”.

Menos eficazes ainda serão *motivações* baseadas no futurismo do magistrado, como não é raro ver-se; *e.g.*: “sendo indivíduo de posses, certamente *irá* furtar-se às conseqüências ...”, ou “pessoa influente na comarca onde se deu o fato, sua liberdade *ensejará* constrangimento às testemunhas...”. O juiz deve apreciar a representação pela prisão preventiva com base nos fatos conhecidos e não alicerçado em projeções especulativas.

Nesse sentido, por exemplo, decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo, em decisão constante de seu ementário, publicada na RT 557/332:

“Prisão Preventiva. Decretação. Despacho escudado na garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Alusão também à garantia de aplicação da lei penal em face da “alta capacidade de mobilização dos acusados, possuidores de enorme poderio econômico.” — Motivos que não justificam a medida cautelar, máxime por serem eles primários e possuírem residên-

cia fixa no distrito da culpa. Revogação da prisão. *Habeas Corpus* concedido e conseqüente ratificação da liminar deferida. Inteligência do art. 312 do CPP e da Lei 5.349/67.”

A alegação de que a prisão preventiva é indispensável para assegurar a ordem pública há de ser muito bem fundamentada, e não simplesmente alegada; menos ainda será suficiente a mera repetição automática dos pressupostos legais, vazios de conteúdo determinado (R. dos Tribs. 534, p.377 e 531, p. 296).

A ordem pública precisa ser garantida ou preservada contra o agente comprovadamente perigoso. Não há conceito doutrinário seguro sobre a questão, mas podemos centralizar a *ratio* da custódia preventiva na perigosidade do agente. Aqui se trata de perigo contra a sociedade, contra a vítima, seus familiares. Advirta-se em que não cabe decretar-se a prisão preventiva a *rovescio*, ou seja, para proteger o agente da sanha de populares, ou da família da vítima (aqui teríamos ilicitude por desvio de finalidade).

Na mesma linha, a repercussão do delito com a conseqüente grande divulgação na mídia, não poderá servir, de per si, para fundamentar a preventiva; é defeso ao magistrado deixar-se contagiar pela opinião da imprensa, o que nos levaria às incertezas do *trial by media*. Nesse sentido, decidiu o STJ: “não se pode confundir “ordem pública” com o estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime. Como ficar em liberdade é a regra geral, deveria o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar, de modo formal, palavras abstratas do art. 312 do CPP. Ordem concedida” (RT 547/314).

Erro comum, ainda, é o de se decretar a prisão preventiva com fundamento na natureza do crime, *e.g.*, por se tratar de crime *grave* ou mesmo hediondo. Aqui, o que deve contar em primeiro plano é a natureza *do agente* e dos fatos circundantes. Nesse sentido, decidiu corretamente o TJSC: “mesmo em se tratando de crime hediondo a prisão preventiva só é de ser decretada se presentes quaisquer das hipóteses catalogadas no art. 312 do Código de Processo Penal e que a autorizam” (JCAT 68/356; no sentido contrário, sem razão, o TJRS, descurando dos pressupostos gerais do art. 312, CPP, in RJTJERGS 187/134).

A prisão preventiva para garantia da ordem econômica refere-se àquelas causas que podem provocar os efeitos alinhados nas leis penais econômicas, *e.g.*, economia popular (Lei n. 1.521/51), colarinho branco (Lei n. 7.492/86), crimes tributários (Lei n. 8.137/90) e Lei n. 8.884/94, art. 20. Aqui também o magistrado está constitucionalmente obrigado a apenas decretar a prisão preventiva se presentes as condições do art. 312, CPP e o pressuposto da impres-

cindibilidade da medida; será inválido, assim, decreto fundamentado apenas na *magnitude* da lesão descrita na denúncia.

Como decidiu e tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, “a prisão preventiva, instituto de exceção, aplica-se parcimoniosamente. Urge, ademais, a demonstração da necessidade. Não basta a comoção social; não é suficiente o modo de execução; insuficientes as condições e circunstâncias pessoais, imprescindível um-fato-gerar a-necessidade” (RT 726/605).

A prisão preventiva “por conveniência da instrução criminal” deve ser entendida lícita quando indispensável para a busca da verdade processual, pelo livre e paritário sistema de provas.

O Prof. Hélio Tornaghi, em lição lapidar, ensina o que seja o requisito legal: “Melhor seria que se houvesse dito: necessidade para instrução criminal. De qualquer modo, tratando-se de providência restritiva da liberdade, deve entender-se conveniente a prisão para a instrução criminal somente quando estritamente necessária, isto é, quando sem ela a instrução não se faria ou se deturparia.

“Assim, por exemplo, se o acusado livre esta destruindo provas, corrompendo testemunhas, influenciando peritos etc., a prisão é conveniente à instrução criminal.”

“Não a justifica, porém, o comodismo, a facilidade de ter o acusado sempre à mão.”

“Tampouco a legitima o fato de o réu não atender ao chamamento do juiz, ainda que obstinadamente, pois o Código ministra um meio menos oneroso e igualmente eficaz para conseguir a presença do réu: a condução forçada (Cod. Proc. Penal, art. 260).” (*Inst. de Processo Penal*, vol. III, p. 337, ed. 1978).

No mesmo sentido, a lição do culto magistrado, Prof. Weber Martins Batista:

“É conveniente para a instrução criminal ouvir a versão dos fatos dada pelo próprio acusado, bem como colher as provas orais em sua presença, dada a exigência, só assim realmente satisfeita, do princípio constitucional do contraditório. Mas não é pelo só fato de ficar prejudicada a colheita da prova, com o não comparecimento do acusado para o interrogatório ou para os demais atos da instrução, que se pode prendê-lo cautelarmente, “por conveniência da instrução criminal.”

“Com sua rebeldia, é certo, cria ele uma inconveniência para a justiça, mas esta pode ser sanada, em parte, com sua condução forçada para ser interrogado e, por outro lado, não é grave a ponto de permitir providência tão drástica, desproporcional ao fim visado pela medida” (*in Liberdade Provisória*, p. 74, Rio, 1985).

A expressão “para assegurar a aplicação da lei penal”, a sua vez, esta aí significando: possibilitar a execução de pena de prisão.

A questão sob exame é a hipótese mais genuína do *periculum in mora*: prisão preventiva decretada quando imprescindível para garantir a aplicação da lei penal. A clara destinação desse dispositivo são os réus que não lograram estabelecer vínculos sociais de maior significação, familiares, patrimoniais ou morais. Dirige-se, prevalentemente, aos vadios, aos marginais que nenhum interesse têm em recompor suas vidas nos moldes dos sãos princípios da convivência social.

Nada obstante, ainda mesmo nesses casos lastimáveis, não se pode estabelecer, por mera presunção, que o réu procurará escapar à execução da pena, e os Tribunais isso proclamam com regular frequência.

Assim, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

“Para que seja decretada a prisão preventiva sob a previsão de que o réu possa furtar-se ao cumprimento da pena por meio de fuga, é necessária a existência de elementos indicativos da sua possibilidade e não mera presunção ou cálculo baseado na circunstância de ser pobre o réu e não possuir bens” (ac. un., in RT 189/918).

Como se vê, mesmo em relação àquelas pessoas marginalizadas, e que são a clara destinação deste dispositivo, exige a jurisprudência consistência na certeza de que se não submeterão à aplicação da pena.

Levando o indiciado ou acusado vida regular, não há qualquer razão para o decreto de prisão preventiva. Esta a posição dos tribunais, como não poderia deixar de ser:

“Prisão Preventiva. Desnecessidade. Paciente com residência fixa no distrito da culpa, profissão definida e emprego assegurado. Constrangimento ilegal caracterizado. Revogação. Inteligência do art. 312 do CPP” (TACRIM, in RT 567/343).

Conclusão

Muito se tem escrito a cerca da prisão preventiva. Exame atento deste material científico mostra-nos tendência bastante acentuada no sentido de reduzir os casos de sua aplicabilidade àqueles em que seja absolutamente indispensável, uma vez que se trata de medida cautelar atingindo substancialmente o direito de liberdade do acusado, direito este que o próprio sistema jurídico deve tutelar.

Francesco Carnelutti já observava que toda vez que o réu preso preventivamente acaba sendo absolvido não cabe dúvida haver sido cometido grave

erro judiciário em detrimento de seu *ius libertatis*. Em nosso direito, mesmo, não assistimos outra coisa que o esvaziamento das hipóteses legais autorizando a prisão antes de sentença condenatória imutável.

O absurdo da prisão preventiva obrigatória, antes trazida pelo art. 312 CPP, em sua redação original, foi em boa hora extirpado de nosso sistema, pela Lei nº 5.439, de 03/11/1977; desapareceram também, como se sabe, os casos de obrigatoriedade de prisão cautelar no processo do júri, e a necessidade de o réu recolher-se à prisão, em certos casos, para poder gozar do direito ao duplo grau de jurisdição. Essa a orientação dominante em todo o mundo civilizado, de reservar a medida extrema de antecipação dos horrores da experiência carcerária apenas aos casos excepcionalíssimos.

Reconhecemos, contudo, ser nada fácil a posição dos julgadores, obrigados à apreciação de dois valores que se excluem; por um lado, o interesse de uma efetiva apuração de responsabilidades criminais, através do desenvolvimento regular da instrução, da efetiva aplicação da lei penal e do zelo para com a ordem pública; de outro, o interesse nada inferior, da liberdade individual, que não deve e não pode ser ignorada e muito menos violentada.

A angustiosa opção colocada diante do juiz, cotidianamente, pela contraposição destes dois valores, certamente pode conduzir a uma gradual dessensibilização para com alguns de seus aspectos. As questões mais cruciais respeitando o destino dos homens, à custa da repetição e da exposição reiterada, tomam a aparência de lugar comum, perdem em majestade. Dai a necessidade da constante vigilância para que o direito de liberdade não se trivialize na avalanche dos processos judiciais.