

Prisão não pode ser usada para prevenir novos crimes

30/10/2007

“O crime praticado pelo acusado é grave, o que demonstra sua inabilidade para a vida em sociedade”. “Ao agir daquela maneira o acusado demonstrou total desprezo para com a vida humana, de modo que se faz necessária sua custódia cautelar”. “O réu se mostrou perigoso, seu temperamento e sua personalidade, indicados pelo fato, não autorizam que responda ao processo em liberdade”. “O local onde se deram os fatos, uma pensão, demonstra que o acusado pretende não se submeter à aplicação da lei penal, evadindo-se”...

Tais fases, não obstante terem sido criadas nesta oportunidade, refletem grande parte da fundamentação de que se valem alguns magistrados no trato da prisão cautelar de acusados da prática de crimes afetos ao Tribunal do Júri.

Justamente por ser a hipótese mais aberta a autorizar a prisão cautelar, a garantia à ordem pública, como se vê, tem sido usada cotidianamente, e de modo discricionário, na maioria das decisões que mantêm a custódia cautelar ou que a decretam.

A partir de tal dado, surgem duas indagações basilares: 1) a garantia à ordem pública é por si um fundamento idôneo para embasar uma prisão durante o curso do processo? 2) em sendo, quais os indicativos de que a custódia cautelar é realmente necessária para garantir a ordem pública?

Como se sabe, as hipóteses que autorizam a prisão cautelar no sistema processual penal, segundo o artigo 312 do Código de Processo Penal, são as seguintes: (a) garantia da ordem pública ou econômica, (b) conveniência da instrução criminal, ou (c) como forma de assegurar a aplicação da lei penal.

Além disso, é pressuposto para a decretação de tal prisão a prova da existência do crime, bem como o indício suficiente de autoria.

De início, verifica-se que o fundamento para a prisão cautelar baseado na garantia à ordem pública traz ínsito um grande risco de se pré-julgar o mérito envolvido na acusação, ferindo o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CF).

Fora isso, tendo-se em conta que a prisão antes da sentença penal condenatória (transitada em julgado) traz consigo a idéia de cautelaridade, é necessário verificar quais as hipóteses legais

que cumprem tal função. Para tanto, é preciso, ainda, esclarecer a que se dirige a referida cautelaridade, se ao processo ou se à sociedade.

Tendo-se em conta uma suposta cautelaridade dirigida à sociedade, como forma de proteção contra indivíduos supostamente perigosos, é de se analisar que o conceito de periculosidade aplicável ao imputável não encontra respaldo na lógica penal e processual penal, já que, segundo a exposição de motivos da atual parte geral do Código Penal, “extingue o Projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade – pena; periculosidade – medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança”.

Se é certo que a medida de segurança ostenta o caráter “meramente preventivo e assistencial”, dirigida justamente ao inimputável que, com seu ato (típico e antijurídico), demonstrou periculosidade, não menos correto é afirmar que a pena, dirigida ao imputável – ao culpável –, não possui tal caráter, justamente porque o imputável não pode ser tecnicamente tido como perigoso – ainda que adote, reiteradamente, condutas violentas, por exemplo.

Assim, para o imputável, a prisão cautelar não se dirige à prevenção de novas condutas delitivas por parte do acusado. Não se dirige, portanto, à custódia cautelar da sociedade, da ordem pública ou econômica.

Desse modo, ao se falar em prisão cautelar deve-se ter em mente a cautela de tal medida ao processo que se desenvolve. Conseqüentemente, não há espaço neste campo para uma garantia da ordem pública social, uma vez que isso em nada se relaciona à cautelaridade processual.

Somente se, de acordo com os elementos concretamente aferidos nos autos, ficar caracterizada uma ameaça ao correto desenrolar do processo, bem como ao seu resultado final – e em relação a essa hipótese, aliás, começam a surgir também sérias dúvidas acerca de sua real cautelaridade, conforme analisado brevemente ao final –, é que se justificará uma custódia cautelar do réu[1].

Hipóteses Legais para a Prisão Cautelar e Fundamentação das Decisões

Ainda que não se concorde com a decretação ou manutenção da prisão cautelar com base na garantia à ordem pública (ou econômica), as próximas linhas discutirão, levando-se em conta todas as hipóteses legais previstas para a prisão cautelar, quais as fundamentações que

corretamente podem se valer tais decisões para o tratamento deste assunto.

No que se refere à garantia da ordem pública, mesmo para os que a admitem como idônea a fundamentar eventual decisão relacionada à prisão cautelar, é necessário frisar que, evidentemente, a gravidade abstrata do delito não serve de argumento a tal propósito.

Os crimes dolosos contra a vida são tidos como graves pela sistemática penal que, não obstante algumas incoerências – como, por exemplo, as penas previstas para a conduta de falsificação, etc, de cosméticos, que vão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos e multa (artigo 273 do Código Penal) –, procura, justamente, diferenciar a resposta jurídica a cada um dos delitos de acordo com o bem jurídico tutelado – e a vida é, sem dúvida, um bem de extrema importância (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Desse modo, tem-se visto, na experiência do Tribunal do Júri, uma exacerbação de manutenção e decretação de prisões preventivas com base na garantia à ordem pública, fundada, essencialmente, na gravidade abstrata do delito.

Ocorre que o simples fato de se estar sendo acusado do cometimento de um crime grave não indica que o réu traga alguma ameaça à ordem pública.

Exige-se, na linha de uma fundamentação idônea exigida pela Constituição Federal para as decisões judiciais (artigo 93, IX), que sejam indicados fatores concretos que levem a crer na alegada ameaça.

A despeito de se demonstrar em concreto tal situação, algumas decisões têm se valido da linha argumentativa exemplificada no início do presente artigo.

O “desprezo para com a vida humana” supostamente demonstrado pelo acusado em sua conduta, a “periculosidade e o temperamento evidenciados no seu ato de violência”, bem como sua conseqüente “inaptidão para o convívio em sociedade”, embasam decisões que mantêm o réu encarcerado durante o curso do processo a que responde.

No entanto, já por uma questão de lógica não se pode ter como idôneos tais argumentos.

Ora, ou se considera que todo sujeito acusado do cometimento de crime doloso contra a vida deva ser mantido enclausurado – em clara ofensa aos mais mezinhos princípios constitucionais –, uma vez que o ato assassino – bem assim, na visão do Código, aquele relacionado ao induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, ou ao abortamento – demonstra, no limite e invariavelmente, um certo “desprezo para com a vida humana”, justamente porque dirigido ao seu aniquilamento, e com isso todo ato assassino revelaria um sujeito perigoso, inabilitado ao convívio social, inimigo da ordem pública, ou tal argumento simplesmente não

serve como *discrimen*, uma vez que conduz a um *argumentum ad absurdum*.

Portanto, considerações de tal natureza não são aptas a demonstrar a real necessidade da medida, até porque “as afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal”[2].

Na mesma linha, nem mesmo um suposto reflexo social negativo de uma decisão de soltura relacionada a um crime grave não é idôneo para embasar a prisão cautelar com fundamento na garantia à ordem pública. A função preventiva geral, a que alguns atribuem às penas, notadamente à privativa de liberdade, de modo algum pode ser refletida já em uma prisão cautelar. Seja porque, resgatando um postulado ético kantiano, nenhum homem pode ser tido como um instrumento da vontade de outro, ou um objeto a que se vale outro para a transmissão de uma mensagem à sociedade de que delinquir não vale a pena, por exemplo, seja porque admitir tal função já na prisão cautelar é ir de encontro, clara e incisivamente, à presunção de inocência, abrindo-se mão do devido processo legal, uma vez que é pressuposto para a veiculação de tal mensagem a própria consideração do Estado de que o acusado é o responsável pela conduta a que lhe imputam[3].

Do mesmo modo, também em relação às outras duas hipóteses de prisão preventiva previstas no ordenamento penal brasileiro, faz-se necessária a fundamentação baseada em elementos concretos indicativos de sua aplicabilidade – como, por exemplo, a demonstração concreta de que o réu é uma ameaça à instrução criminal uma vez que vem coagindo testemunhas ou forjando provas. Aliás, é de se observar que em relação à prisão preventiva calcada na garantia da aplicação da lei penal torna-se duvidoso seu caráter verdadeiramente cautelar, bem como sua constitucionalidade, à medida que se traz à discussão questões como a presunção de inocência – ora, se o acusado é presumidamente inocente, por que se teme que ele frustrará a aplicação da lei penal, se justamente não é lícito calcar-se em uma futura e certa condenação? – e o chamado *direito à fuga*[4]. De todo modo, vale frisar que o simples fato do acusado não possuir residência fixa não indica por si a necessidade da medida[5].

Conclusão

Além das normas constitucionais que asseguram o direito à liberdade individual (artigo 5º, LIV, LXI, LXVI), bem como garantem a presunção de inocência, não se considerando culpado o réu antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, LVII), há, também, no plano internacional dos direitos humanos, garantias que fazem com que a prisão cautelar seja absolutamente excepcional no sistema, exigindo-se, assim, que toda decisão indique, fundamentadamente, a real necessidade da medida – artigo 7º, 5, do *Pacto de San José da Costa Rica* (Convenção Americana sobre Direitos Humanos – promulgada pelo Decreto 678 de 06.011.1992).

Conclui-se, dessa maneira, que seja em que fase processual for — portanto, também em sede de pronúncia ou condenação sujeita a recurso[6]—, o que sempre justificará a custódia cautelar será a presença concreta de elementos, demonstrada de modo idôneo nas razões de decidir, que indiquem a existência, a partir dos princípios constitucionais da presunção de inocência — que impede a prisão cautelar como forma de adiantamento do cumprimento da pena, da razoabilidade e proporcionalidade — que garantem a excepcionalidade da medida —, de uma das suas hipóteses legais ensejadoras — notadamente a conveniência (lida, na verdade, como real necessidade) à instrução criminal.

[1] Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho, *Manual de Processo Penal*, 9ª ed, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 629. HC nº 81.468/SP – STF – Rel. Min. Carlos Velloso.

[2] HC nº 39.116/SP – STJ – Rel. Min. Gilson Dipp. Há decisões do Supremo Tribunal Federal repudiando, também, o apelo à eventual gravidade em concreto do delito (HC nº 90064/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

[3] Nesse sentido, Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, vol. 2, 6ª ed, Torino, Torinese, 1970, pp. 674-675. RHC nº 79.200/BA – STF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[4] Nesse sentido, no HC nº 84.934 (STJ – Rel. Marco Aurélio), o Min. Cezar Peluso afirma que “(é) legítima a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal, porque não lhe pesa ônus de se submeter a prisão cuja ilegalidade pretende contestar”.

[5] Nesse sentido, HC nº 10963463/9 – TJ/SP – Rel. Des. Tristão Ribeiro.

[6] Assim, tanto o art. 408, § 2º, quanto o 594, ambos do Código de Processo Penal, não devem servir de óbice à liberdade do acusado que não seja primário nem ostente bons antecedentes. Do mesmo modo que aquele que o seja e os ostente não necessariamente responderá ao processo em liberdade se, por exemplo, constituir uma real ameaça à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2007-out-30/prisao_nao_usada_prevenir_novos_crimes/