

Luís Machado: Fundamentos apócrifos contaminam preventivas

26/10/2016

Há um provérbio irlandês que diz: *“se contemplarmos longamente a escuridão, algo sempre aparece...”*. Em tempos obscuros para os direitos e garantias fundamentais, em matéria penal, novas premissas e concepções surgem, o que nos levam à reflexão. Em sentido inverso, caminhando para o interior da caverna de Platão, ao abandonar a luz do sol, talvez passemos a acreditar, equivocadamente, que as sombras sejam a realidade.

Em recente posicionamento, o juiz Sergio Moro revela que, *“embora as prisões cautelares decretadas no âmbito da ‘lava jato’ recebam pontualmente críticas, o fato é que, se a corrupção é sistêmica e profunda, impõe-se a prisão preventiva para debelá-la, sob pena de agravamento progressivo do quadro criminoso. Se os custos do enfrentamento hoje são grandes, certamente serão maiores no futuro”*. Afirmar ainda que, ao justificar o decreto de prisão, *“excepcional não é a prisão cautelar, mas o grau de deterioração da coisa pública revelada pelos processos na ‘lava jato’*.” Em arremate, afirma que a prisão, nessas hipóteses, é a *“aplicação ortodoxa da lei”*.^[1]

De antemão, abre-se um parêntese para frisar que se há um desvio de conduta endêmica, definitivamente não é a prisão preventiva a solução. Tampouco ampliar o objeto desta modalidade de prisão sob o pretexto de correção social.

Em que pese o decoro e o empenho do magistrado na condução da operação, discordamos de tais opiniões. Importante ter em mente que a prisão preventiva possui, em sua essência, o viés de proteger e garantir a eficácia do processo, razão pela qual sua natureza é meramente acautelatória. Nesse jaez, a prisão preventiva não tem o condão de pena antecipada, bem como é despropositado decretá-la com a finalidade de combater a corrupção sistêmica, ou por questão pedagógica, ou por pressão da opinião pública ou mesmo com intuito investigativo. Isto é, prender para averiguar a origem do dinheiro, por exemplo, sob o argumento de que os ativos seriam dilapidados ou então objetivando extrair eventual confissão do acusado ou mesmo impeli-lo à colaboração premiada. Aqui, revelam-se casos típicos em que a doutrina e a jurisprudência alemã denominam, em estudos avançados, de *“fundamentos de prisão apócrifos”* (*Apokryphe Haftgründe*).^[2]

Apócrifo é um adjetivo qualificativo, de origem no termo grego *apokryphos*, que significa oculto. Trata-se, portanto, de um fundamento, não previsto em lei, mas que, na prática, vem sendo utilizado de modo decisivo para decretar e manter a prisão preventiva. Na verdade, eles se escondem por trás dos fundamentos legais, para dar aparência de legalidade e, assim, legitimar a ordem de prisão. Desse modo, sentencia a doutrina alemã que a decretação da prisão preventiva (*Untersuchungshaft*), tomando como base tais razões, assentados em fundamentos apócrifos, significa nada mais do que um resultado calcado em um rótulo fraudulento.^[3]

É evidente que nenhum magistrado fundamentará a ordem de prisão preventiva com fulcro: a) na *“pressão da opinião pública”* (*Druck der öffentlichen Meinung*); b) no *“estímulo para facilitar*

confissão" (*Förderung der Geständnisbereitschaft*); c) na facilitação da investigação (*Erleichterung der Ermittlungen*), ou d) no estímulo para cooperação com as autoridades de investigação (*Förderung der Kooperationsbereitschaft mit den Ermittlungsbehörden*). Eles, por sua vez, permanecem ocultos.

Todavia, no momento da elaboração da decisão, o fundamento apócrifo emerge sob nova faceta, adquirindo roupagem diversa, transvestindo-se em motivos "teoricamente" legais, porém, vagos. Exemplo típico e recorrente é fundamentar a prisão preventiva tendo em vista o perigo de fuga, visando garantir a aplicação da lei penal, alicerçado em fundamentos como a "dupla-nacionalidade", ou a "manutenção de ativos no exterior". Outra clássica hipótese é a fundamentação com amparo no perigo de reiteração criminosa, tomando por base a garantia da ordem pública, quando a prisão se refere a fatos pretéritos e não há indício [concreto] de conduta ilícita superveniente. Em outras palavras, inexistente contemporaneidade entre os fatos delituosos e o decreto de prisão — é o que se denomina de prisão *post tempus*.

Bem comum, nesses casos, o juiz utilizar o futuro do pretérito na redação da decisão, como "poderia", "seria", "ocorreria", pendendo para um subjetivismo intuitivo, incorrendo em mero exercício de futurologia. De se ver que a razão pela qual impulsiona o decreto de prisão preventiva pode ser qualquer um dos fundamentos apócrifos [ocultos] retromencionados.

Nessas hipóteses, compete à instância revisora zelar pelo rigor da cautelaridade da medida de prisão, quando necessária, impedido, assim, que fundamentos apócrifos contaminem a finalidade para a qual a prisão preventiva foi concebida na ordem jurídica. Sobreleva anotar que a prisão preventiva é medida excepcionalíssima, seja no sistema brasileiro, seja no alemão, haja vista os princípios que ambos países comungam em seus respectivos ordenamentos, tais como a liberdade (*Freiheitsprinzip*), a presunção de inocência (*Unschuldsvormutungsprinzip*) e a proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*).

Em resumo, é de vital importância a assepsia do conteúdo decisório, desalojando a fundamentação apócrifa. O que se procura, aqui, é adequar a prisão preventiva para a finalidade que foi criada, restaurando a sua essência. Necessário impedir a distorção de seus fundamentos legais, prezando-se, sobretudo, pelo cumprimento do devido processo legal. Não se defende, neste artigo, a impunidade. Pelo contrário. Somente se faz um simples, mas importante alerta de que a prisão preventiva jamais pode ganhar o viés de pena antecipada em um Estado Democrático de Direito. Afinal, não é juridicamente ortodoxo demonstrar, por um lado, o *fumus commissi delicti*, e, por outro, embuçar o *periculum libertatis*.

Em tempo e buscando novamente a saída da caverna, lembremos a aguda observação de Ferrajoli: "*não se pode castigar para depois condenar*".

1 CONJUR: "Custos" do enfrentamento. Prisão de Eduardo Cunha é "aplicação ortodoxa da lei", defende Sergio Moro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-19/prisao-cunha-aplicacao-ortodoxa-lei-defende-sergio-moro> (Acesso: 22.10.2016).



2SATZGER, Helmut. SCHLUCKEBIER, Wilhelm. WIDMAIER, Gunter: Strafprozessordnung. Kommentar. Editora Carl Heymanns, 1ª Edição, Köln, 2014, p. 606 e 607.

3 SATZGER, Helmut. SCHLUCKEBIER, Wilhelm. WIDMAIER, Gunter: Strafprozessordnung. Kommentar. Editora Carl Heymanns, 1ª Edição, Köln, 2014, p. 607.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-out-26/luis-machado-fundamentos-apocrifos-contaminam-prisoas-preventivas/>