Odone Sanguiné: Acusação não é justificativa para prisão preventiva

Em recente decisão (HC 104339, j. 10 de maio de 2012) o Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do artigo 44 da Lei 11.343/06, o qual vedava a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas.

A Suprema Corte afastou a incidência da proibição em abstrato, entendendo que a inafiançabilidade dos crimes de tráfico de drogas prevista na Constituição (artigo 5, XLIII) conflita com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo legal.

Assim, essa vedação apriorística da liberdade provisória seria incompatível com estes postulados. A disposição do artigo 44 da Lei 11.343/06 retiraria do juiz a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos de necessidade da custódia cautelar, a incorrer em antecipação de pena. Frisou-se que a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significaria óbice à liberdade provisória, considerado o conflito do inciso XLIII com o LXVI ("ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"), ambos do artigo 5 da Constituição.

O ministro relator Gilmar Mendes considerou que a proibição legal é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros. Ademais, ao afastar a concessão de liberdade provisória de forma genérica, a norma retira do juiz a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar em inequívoca antecipação de pena. A inconstitucionalidade da norma reside no fato de que ela estabelece um tipo de regime de prisão preventiva obrigatória, tornando a prisão uma regra e a liberdade, uma exceção. Na verdade, as garantias constitucionais preveem o contrário. A Constituição instituiu um novo regime no qual a liberdade é a regra e a prisão exige comprovação devidamente fundamentada.

O ministro Ricardo Lewandowski afirmou que o princípio da presunção de inocência e a obrigatoriedade de fundamentação das ordens de prisão pela autoridade competente impedem que a lei proíba, de saída, a liberdade provisória.

Por sua vez, o ministro Dias Toffoli considerou que a inafiançabilidade não constituiria causa impeditiva da liberdade provisória e que caberia ao juiz aferir sua pertinência, nos termos do artigo 310 do Código Processual Penal e do artigo 5, LXVI, da Constituição. Sublinhou que a vedação constante do artigo 5, XLIII, da CF diria respeito apenas à fiança, e não à liberdade provisória.

O ministro Ayres Britto afirmou que, em direito penal, deveria ser observada a personalização. Evidenciou a existência de regime constitucional da liberdade (artigo 5, LXII, LXV e LXVI) e registrou que a privação da liberdade seria excepcional. Para determinar a prisão, é preciso que o juiz se pronuncie. Há uma necessidade de permanente controle da prisão pelo juiz que nem a lei pode excluir.

Por fim, o ministro Celso de Mello afirmou que a gravidade abstrata do delito não basta, por si só, para justificar a prisão cautelar, e principalmente, sem que a culpa tenha sido formada. Regras como essas

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

transgridem o princípio da separação de Poderes. Cabe ao magistrado, e não ao legislador, verificar se existem hipóteses que justifiquem a prisão cautelar.

Convém ressaltar que os ministros do STF esclareceram que não se trata de impedir a decretação da prisão provisória quando necessário, mas de não barrar a possibilidade de o juiz, que é quem está atento aos fatos específicos do processo, analisar se ela é ou não necessária.

Concluiu o STF que a segregação cautelar deveria ser analisada assim como ocorreria nas demais constrições cautelares. Desta maneira, determinou que sejam apreciados pelo juiz os requisitos previstos no artigo 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar. A idoneidade de decreto de prisão processual exigiria a especificação, de modo fundamentado, de elementos concretos e individualizados autorizadores da medida, não bastando que o juiz, ao indeferir o pedido de liberdade provisória, somente faça alusão à vedação legal.

O STF já havia declarado a inconstitucionalidade desse dispositivo legal do Estatuto do Desarmamento porquanto a Constituição não autoriza a prisão *ex lege*, automática, sem motivação, em face dos princípios da presunção de inocência (artigo 5, LVII, da CF), e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judicial (artigo 5, LXI, da CF). A prisão obrigatória, de resto, fere a ampla defesa e o contraditório (artigo 5, LV).

O princípio da presunção de inocência impõe que toda prisão, antes do trânsito em julgado, esteja lastreada em razões devidamente fundamentadas pelo juiz, justificadoras da necessidade de se garantir o funcionamento eficaz da jurisdição penal. Essa análise da efetiva necessidade da prisão, apenas como medida cautelar no processo, deve se basear nas circunstâncias específicas do caso concreto e, por isso, constitui uma função eminentemente jurisdicional.

O legislador viola o princípio da presunção de inocência quando, no âmbito de uma política criminal de enrijecimento do controle de certas atividades, proíbe a liberdade provisória, com ou sem fiança, e, dessa forma, retira os poderes do juiz quanto à verificação da real necessidade dessa medida cautelar. Ademais, a norma inverte a regra constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (artigo 5, inciso LXI), na medida em que diretamente impõe a prisão preventiva (na verdade, estabelece uma presunção de necessidade da prisão), afastando a intermediação valorativa de seu aplicador. Trata-se de um excesso legislativo e, portanto, de uma violação do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso.

Fundamentos

Na última década desencadeou-se uma tendência na legislação especial – observável também no direito comparado – consistente na proibição da concessão de liberdade provisória, reintroduzindo, portanto, indiretamente, no sistema processual, a regra da prisão preventiva obrigatória.

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei n 8.072/90) inaugurou essa legislação puramente simbólica, expressiva do denominado ‘pânico moral’ ou de um ‘direito penal do inimigo’, próprios do modelo do ‘Estado de Emergência’, dispondo que os crimes de tortura, tráfico de drogas e terrorismo são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória. A patologia legiferante atingiu seu paroxismo no momento

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

em que para a Lei dos Crimes Hediondos a prisão em flagrante tinha mais valor do que uma sentença condenatória[1].

Em 1990 publicamos artigo doutrinário com o título: “Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do artigo 2° da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990”[2], oportunidade em que consideramos inconstitucional a vedação à liberdade provisória outrora prevista na lei dos crimes hediondos – posteriormente revogada no ano de 2007 – por ofensa: à (i) presunção de inocência (proibição de pena antecipada); (ii) ao devido processo legal (proibição de ‘*bill of attainder*’); (iii) ao princípio da proporcionalidade na ótica da proibição de excesso (*übermassverbot*) em relação à salvaguarda do núcleo essencial do direito constitucional à liberdade provisória.

Posteriormente, no exercício da jurisdição em votos prolatados na 3ª Câmara Criminal do TJRS[3], reiteramos esse entendimento – apesar da cláusula de reserva de plenário que impossibilitava a declaração de inconstitucionalidade no órgão fracionário – concernente, então, à inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei antidrogas.

Com efeito, a prisão provisória *ope legis* para determinada tipologia delitiva é inconstitucional porque, mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, esse poder não é absoluto porquanto ele permanece vinculado à *salvaguarda do núcleo essencial* dos direitos restringidos, não podendo diminuir a extensão e o alcance do direito à liberdade pessoal para determinados crimes. Essa proibição infraconstitucional de liberdade provisória limita excessivamente o poder jurisdicional e aniquila o núcleo essencial da garantia constitucional da liberdade provisória, pois converte a prisão preventiva em obrigatória, não deixando margens de apreciação judicial da proporcionalidade das medidas coercitivas no caso concreto. Não parece harmonizar-se com as necessidades de segurança que haja delitos insuscetíveis de liberdade provisória, ou seja, que a lei taxativamente presuma ‘*juris et de jure*’ que a imputação por um delito grave exista inexoravelmente uma razão de segurança que legitime sua prisão provisória, pois a coerção direta não se habilita por presunções, mas sim valorando cada situação concreta. A presunção de necessidade de segurança não parece ser mais do que a máscara que encobre uma verdadeira pena.

Por outro lado, a pré-determinação legal da inadmissibilidade da liberdade provisória em relação a determinados crimes, de maneira automática (a priori), e não em caráter excepcional pelo juiz em cada caso através do filtro do devido processo legal, culmina por assimilar as figuras do imputado e a do culpado, o que pressupõe prévia sentença condenatória com trânsito em julgado. Destarte, a obrigatória privação antecipada da liberdade no curso do processo equivale à imposição de uma verdadeira pena antecipada, resultando inconstitucional por vulneração do princípio da presunção de inocência e do due process of law. Toda vez em que o sacrifício da liberdade vem imposto não por fatores em concreto incidentes, mas em nome de abstratas exigências com absoluto automatismo, ressurge a irracional equação entre gravidade da acusação e necessidade da prisão preventiva para impor ao imputado imediatamente uma pena antecipada, que deixa transparecer uma camuflada função de prevenção especial própria da pena. A presunção de inocência não é menor pelo simples fato de se tratar de uma imputação mais grave, porque ela é sempre absoluta. A mera imputação de um delito grave não significa que o acusado seja menos inocente, uma vez que, em uma sociedade organizada, não é certo que o direito fundamental à presunção de inocência seja um valor do processo penal que só tenha validez para alguns imputados. Pelo contrário, deve ter validez para todos. Disso resulta a falta de fundamento de

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

toda disposição legal que limite, em função da gravidade do delito, a liberdade provisória.

As regras que proíbem a liberdade provisória violam a Constituição Federal de diversas maneiras. O legislador, mais uma vez, realiza uma autêntica burla de etiquetas, aplicando uma verdadeira pena antecipada sem um prévio processo. Descrente total da eficácia do processo penal como meio de aplicação da lei penal, translada, para fatos apreciados como particularmente perigosos para a sociedade em que se realizam, os fins de prevenção geral e especial da pena à prisão provisória. O imputado é presumido culpado pelo legislador na medida em que o fundamento da proibição de liberdade provisória no curso do processo está nos fins de prevenção geral e especial (questão de mérito) exclusivos da pena instituto de direito penal material. A privação da liberdade terá ocorrido com total desvinculação do caso concreto e da demonstração de que o imputado pretende burlar a ação da justiça. Ou seja, se inverte o título pelo qual procedem as medidas coercitivas – tutela dos fins processuais – para convertê-las em verdadeiras penas antecipadas. Essas leis desconhecem a presunção de inocência e a necessidade de um julgamento prévio para impor uma condenação, pretendendo que a mesma comece a cumprir-se provisoriamente, desde o momento da imputação.

Na realidade, a proibição legislativa de liberdade provisória constitui uma espécie de '*bill of attainder*', que não foi mais utilizado desde o Século XVIII porquanto vedado historicamente pela cláusula do '*due process of law*'. Tratava-se de um ato legislativo (judicatura parlamentar) dirigido a infligir punição direta sobre um determinado indivíduo ou grupo facilmente reconhecível, sem prévio processo judicial, cuja culpabilidade não tenha sido verificada por via judicial, o que supõe uma discriminação legislativa à pessoa em particular ou classe de pessoas suspeitas de cometimento de crimes graves, em relação às quais há substituição pelo legislativo da determinação judicial de culpabilidade. A imposição de uma sanção direta sem prévio processo representa uma arbitrariedade em afronta à cláusula do devido processo legal, que foi erigida como uma garantia destinada a impedir julgamento pelo legislativo, bem como uma infração ao princípio da separação dos poderes, na medida em que configura um abuso legislativo que ignora o requisito de uma decisão judicial. Por isso, cabe ao judiciário examinar a motivação da legislação para saber se ela evidencia uma intenção punitiva por parte do Congresso, indagar sobre a existência de alternativas menos lesivas pelas quais a legislação poderia ter obtido, sem punição, seus legítimos objetivos, bem como estabelecer se o critério legislativo é 'racional' e 'razoável'. Essa proibição de privação da liberdade sem o prévio e regular processo legal também se extrai do inciso LXI do artigo 5 da CF, segundo o qual "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente", o que veda a prisão cautelar como decorrência de ato legislativo abstrato.

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) considera que (a) qualquer sistema de prisão ou reencarceramento obrigatório ou automático é, *per se*, incompatível com o artigo 5, § 3, da Convenção Europeia; (b) vulnera o direito à liberdade pessoal a legislação que considera obrigatória a prisão preventiva no caso em que a pena seja superior a determinado *quantum*, salvo se o acusado comprove circunstâncias extraordinárias que afastem esse automatismo; (c) bem como a proibição automática de liberdade provisória sob fiança antes do julgamento; (d) também há violação na hipótese de dispositivo legal que exclua toda possibilidade de libertar um acusado contra o qual esteja pendente outro processo[4].

Mesmo em países em que está prevista a gravidade do crime como motivo da prisão preventiva, tal

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

como sucede na Alemanha em relação a uma lista de crimes graves, não há prisão obrigatória. Cada motivo, em particular a presunção de um risco, deve ser fundamentado em fatos. O Tribunal Constitucional Alemão decidiu que esta disposição legal – para permanecer em conformidade com a Constituição – deve ser interpretada diferentemente, exigindo-se que, mesmo nos casos mencionados, um (menor) grau de risco de fuga seja comprovado[5].

Inegável a inconstitucionalidade da legislação que descarte a intervenção judicial ao estabelecer hipótese de privação da liberdade com caráter obrigatório ou automático. O Tribunal Constitucional Espanhol declarou que o direito fundamental à liberdade pessoal não se esgota na garantia da mediação legislativa que disponha em que casos e formas procede a privação da liberdade, mas que do mesmo faz parte a garantia da intervenção judicial. Preceito que estabeleça o caráter obrigatório da privação da liberdade pessoal vulnera o conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade pessoal. O legislador não pode, portanto, eliminar essa garantia, descartando a intervenção judicial, nem privá-la de execução. A lei não pode privar o juiz de sua faculdade de dispor sobre a situação do detido ou preso, nem substituí-la pela do Ministério Público[6].

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos[7] rechaça a legislação que ignora a necessidade, consagrada na Convenção Americana, de que a prisão preventiva deve justificar-se no caso concreto, através de uma ponderação dos elementos que ocorram neste, e que em nenhuma hipótese a aplicação de tal medida cautelar seja determinada pelo tipo de delito que se impute ao indivíduo. A gravidade do delito que se imputa não constitui, por si mesma, justificação suficiente da prisão preventiva. A prisão preventiva é uma medida cautelar e não punitiva.

Compromisso Internacional

A decisão do STF demorou, mas – finalmente – se alinhou à melhor doutrina e à jurisprudência de outros Tribunais Constitucionais e da Corte Interamericana de Direitos Humanos da Costa Rica. Com efeito, a vedação legislativa de liberdade provisória é inconstitucional por ofensa à (i) presunção de inocência; (ii) ao devido processo legal; (iii) ao princípio da proporcionalidade. A '*ratio decidendi*' desta declaração de inconstitucionalidade é aplicável a qualquer outra vedação legislativa de liberdade provisória similar, *v.g*., o artigo 7, da Lei 9.034/95 (crime organizado); o artigo 21, da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento); o artigo 3 da Lei 9.613/1998 (crimes de 'lavagem de dinheiro').

[1] Vide, SANGUINÉ, Odone. Prisión provisional y derechos fundamentales, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, *passim*. Alertamos que diversas referências bibliográficas utilizadas para a elaboração deste texto foram omitidas para possibilitar a publicação conforme as normas do Conjur.

[2]SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória do Inciso II do Artigo 2 da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990", in: Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 667, pp. 252-258, maio de 1991; republicado in: Alberto Silva Franco; Guilherme de Souza Nucci (Org.). Doutrinas Essenciais – Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. VII, pp.127-136;

[3] Recurso em Sentido Estrito 70041956657, Terceira Câmara Criminal, TJRS, Relator: Odone Sanguiné, j. 28/04/2011"; Habeas Corpus 70041182809, Terceira Câmara Criminal, TJRS, Relator:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Odone Sanguiné, j. 17/03/2011;

[4] SSTEDH: casos Clooth c. Bélgica, de 12/12/1991, § 44; Muller c. França, de 17/03/1997, §§ 35-45; Labita c. Itália, §§ 151 e 162-165; Jecius c. Lithuania, §§ 93-94; Ilijkov c. Bulgária, de 26/07/2001, §§ 83-84; *Cavalheiro C. Reino-Unido*, de 8 de fevereiro de 2001, §§ 14, 15 e 18; Asenov c. Bulgária, de 15 de julhode 2005, §§ 66-67;

[5] Vide, Vide 'Germany Report', in VV.AA. Pre-trial Detention in the European Union. An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU (coord. A.M. van Kalmthout, M. M. Knapen, C. Morgenstern). Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2009, p.413.

[6] Vide STC 71/1994, de 03 de março, f. j. 13;

[7] SSCIDH: casos Suárez Rosero, de 12 de novembro de 1997, § 98; Acosta Calderón, de 24 de junho de 2005, §§ 75 e 135 e 138; López Alvarez v. Honduras, de 01/02/2006, §§ 81 e 69; García Asto y Ramírez Rojas, § 106; Tibi, § 180;

Date Created
25/05/2012

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.