

Fernando Capez: O desvirtuamento da prisão preventiva

A Constituição consagrou o princípio do estado de não culpabilidade em seu artigo 5º, LVII, assegurando essa condição a todo acusado enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. Em seu artigo 5º, LXI, nossa Carta Magna estabelece ainda que ninguém será preso, salvo em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente.

Em sintonia, o CPP, no artigo 283, especifica as hipóteses de ordem escrita da autoridade judiciária competente: "*Ninguém poderá ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação em julgado*".



Fernando Capez
procurador de Justiça

À vista disto, pode-se concluir que, excetuada a hipótese de flagrante delito,

só existem duas possibilidades de alguém ser preso por ordem judicial: cumprimento de pena imposta por sentença condenatória definitiva e prisão processual de natureza cautelar. Neste último caso, dois requisitos são imprescindíveis para que não haja afronta à lei e ao texto constitucional: necessidade urgente da prisão para assegurar a eficácia final do processo e demonstração da probabilidade de sucesso da pretensão acusatória, traduzidos em duas consagradas expressões em latim: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Em primeiro lugar, é preciso demonstrar que se está diante de uma imputação viável, com indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime, a chamada materialidade delitiva. Em segundo lugar, é preciso justificar a medida de caráter excepcional com base em fatos concretos, sem suposições de qualquer natureza, bem como sua necessidade e urgência, justificando a prisão como absolutamente necessária para garantir a efetividade de uma futura e provável condenação.



É nesse contexto que se insere a prisão preventiva, a qual consiste em uma espécie de prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz, a qualquer momento antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que presentes um dos seguintes motivos: a) garantia da ordem pública ou econômica; b) necessidade de assegurar a produção da prova na instrução criminal; c) assegurar a futura execução da pena sempre que houver risco de fuga. Essas são situações em que se demonstra a urgência necessária para a imposição da medida, ou seja, o perigo que pode resultar da demora em se aguardar todo o longo desenrolar do processo com o sujeito solto, uma vez que, nessa condição, ele continuará a praticar crimes e pôr em perigo a paz social, destruir documentos ou ameaçar testemunhas, ou desaparecer impedindo o cumprimento da pena que eventualmente será imposta. Fora dessas hipóteses, não se configura o perigo da liberdade (*periculum libertatis*), perdendo a prisão sua natureza cautelar e passando a se confundir com antecipação da pena, em afronta aos princípios da ampla defesa, contraditório, devido processo legal e estado de inocência.

É somente neste sentido que pode ser interpretada a Súmula 9 do STJ, segundo a qual, "*não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (CF, artigo 5º, LVII)*". Não ofende, desde que seja demonstrada sua urgência e extrema necessidade para a sociedade e o processo. É por essa razão, que o CPP exige que "*a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser fundamentada e motivada em existência concreta de fatos novos e contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada*" (CPP, artigo 312, §2º).

Deste modo, a ordem judicial que impõe a prisão preventiva deve ser fundamentada e baseada em fatos concretos, devidamente descritos e comprovados, jamais em suposições da autoridade ou mero receio de caráter subjetivo. A decisão precisa descrever fatos concretos que revelem que solto, o acusado tem grande probabilidade de praticar novos crimes, atrapalhar a prova ou fugir.

Além disso, tais fatos concretos, devidamente descritos e comprovados, devem ser contemporâneos à decisão, não podendo ser a prisão preventiva imposta com base em situações passadas. A finalidade é a de garantir a eficácia do processo e esta só pode estar ameaçada se a situação for atual, não já ocorrida.

Finalmente, ainda que esteja presente a hipótese de urgência nos devidos termos exigidos pela lei e constituição, antes de decretar a prisão preventiva, o juiz será obrigado a verificar se existe outra medida cautelar menos agressiva capaz de proteger o processo. Neste sentido, dispõe o artigo 282, § 6º, do CPP que "*a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o artigo 319 deste Código e o não cabimento de substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos previstos no caso concreto, de forma individualizada*".

A prisão preventiva é, portanto, a "*ultima ratio*" e não a primeira. É possível que a situação de urgência se apresente, mas seja possível garantir o processo com uma das seguintes alternativas à prisão: "*comparecimento periódico em juízo, proibição de frequentar lugares, proibição de manter contato com pessoas determinadas, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar, suspensão do exercício de função pública, fiança ou monitoração (tornozeleira) eletrônica*" (CPP, artigo 319).



Por aí já se vê o quanto se abusa do instituto da prisão preventiva nos dias de hoje, superlotando os presídios com quase a metade do total de presos, em contrariedade à legislação em vigor. Como bem observa Vincenzo Manzini: *"a custódia preventiva não tem por fim a exemplaridade, que é exclusivamente da pena. É absurdo admitir-se que a prisão preventiva seja ordenada para servir de exemplo, já que ela é decretada contra o imputado, ou seja, contra uma pessoa que ainda não se sabe se é culpada ou inocente. Pela mesma razão seria errôneo pensar que essa prisão tivesse por finalidade dar satisfação ao sentimento público de justiça (...). Na prática, sem embargo, o Juiz se inspira às vezes nesse critério, como se a Justiça fosse serva da política, ou, pior ainda, da demagogia"* [1].

Rodrigo Capez ensina que o objetivo da prisão cautelar *é fazer frente a uma situação de perigo para a aquisição ou a genuinidade da prova, de modo a permitir que o processo seja concluído segundo critérios de regular funcionalidade e alcance um resultado útil. Dado o seu caráter estritamente 'endoprocessual', não se contesta, com maior veemência, a sua legitimidade constitucional. O imputado, tanto na fase da investigação quanto da instrução criminal, não pode se valer de sua liberdade para obstruir a correta apuração dos fatos* [2].

O legislador estabeleceu ainda, de forma taxativa as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, de modo que, demonstrada a urgência com base em fatos concretos e comprovados, e a imprescindibilidade da medida pelo não cabimento de medidas alternativas, mesmo assim, somente poderá ser imposta para crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos ou quando se tratar de reincidente em crime doloso (CPP, artigo 313).

O *periculum libertatis* não pode ser um jogo de retórica ou pretexto a produzir outros fins que não o da proteção cautelar do processo, estando a exigir a real e efetiva demonstração do perigo provocada pela liberdade do suspeito. Assim, para que a prisão preventiva decretada seja legal, faz-se necessário que o ato judicial constitutivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificá-la (CPP, artigo 312, §2º).

É imprescindível indicar a conduta do réu que autoriza o recolhimento cautelar, nos termos do artigo 312, do CPP, não podendo o juiz limitar-se a mera reprodução literal desses requisitos, mas evidenciar sua subsunção ao caso em que se busca a cautelar prisional. O decreto prisional amparado apenas em meras hipóteses e conjecturas, torna desarrazoada a limitação do direito fundamental de ir e vir do cidadão e viola o princípio constitucional da presunção da inocência. Esta não é apenas a posição da lei e da doutrina, é a posição pacífica do STF: *"A decisão que mantém a constrição cautelar deve demonstrar sólidas evidências do real perigo que causaria à sociedade a liberdade do paciente. A mera argumentação abstrata, sem qualquer inferência tendente a demonstrar a ocorrência, no caso concreto, dos elementos genericamente previstos na norma, não é apta a manter a segregação cautelar"* [3].



A gravidade abstrata do delito ou a mera suposição de que poderia, em tese, haver algum tipo de pressão sobre as testemunhas ou temor reverencial, quando desacompanhadas da descrição dos fatos concretos, são inaptas a servir de fundamento para prisão preventiva. A mera suposição do receio de que, em tese, o agente possa causar algum tipo de intimidação em testemunhas, ou nelas despertar algum tipo de constrangimento, é argumento genérico, subjetivo e pessoal, ao passo que a decisão do juiz acerca de tão grave privação da liberdade antes de haver culpa formada, deve indicar, obrigatoriamente, de forma objetiva e fundamentada, todas as evidências do caso concreto que indicam o prejuízo à instrução probatória hígida..

O STF já se manifestou no mesmo sentido: "*A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira*" [4].

Não existe prisão preventiva obrigatória, nem automática, pois, nesse caso, haveria uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência. Se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não será processual, mas verdadeira antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e julgamento definitivo. É vedada a sua utilização como instrumento de humilhação, punição antecipada ou meio de forçar a colaboração do acusado. Do contrário, a expressão Estado democrático de Direito, estampada na abertura de nossa Constituição da República, seria apenas uma pomposa expressão de efeito retórico.

[1] MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesual Penal. Trad. Sentís Melendo. Buenos Aires, EJE, 1953, v. 4, p. 629.

[2] CAPEZ, Rodrigo. Prisão e medidas cautelares diversas: A individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: *Quartier Latin*, 2017.

[3] STF – HC: 99043 PE, relator: ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/08/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 10/09/2010. Nesse sentido também: HC nº 98.673/SP, Segunda Turma, relatora ministra Ellen Gracie, DJe de 29/10/09; HC nº 99.043/PE, Segunda Turma, relator o ministro Gilmar Mendes, DJe de 9/9/10; e HC nº 100.184/MG, Primeira Turma, relator ministro Ayres Britto, DJe de 1º/10/10.

[4] HC nº 93.883/SP, Segunda Turma, relator ministro Celso de Mello, DJe de 27/3/09

Meta Fields