

Prisão provisória

FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO

SUMÁRIO

1. *Prisão cautelar*. 1.1. *Presunção de inocência*. 1.2. *Pressupostos*. 1.3. *Características*. 2. *Modalidades de prisão provisória*. 2.1. *Prisão preventiva*. 2.1.1. *Pressupostos*. 2.1.2. *Finalidades*. 2.1.3. *Fundamentação*. 2.1.4. *Fundamentação a posteriori*. 2.1.5. *Momento para a decretação*. 2.1.6. *Excesso de prazo*. 2.1.7. *Prisão preventiva e contravenção*. 2.1.8. *Prisão preventiva e crimes punidos com detenção*. 2.1.9. *Prisão preventiva e contraditório*. 2.1.10. *Prisão preventiva e apresentação espontânea do indiciado ou do acusado (prisão espontânea)*. 2.1.11. *Prisão preventiva e liberdade provisória*. 2.1.12. *Revogação de prisão preventiva e liberdade provisória*. 2.1.13. *Redecretação da prisão preventiva*. 2.2. *Prisão em flagrante*. 2.2.1. *Revogação de prisão e relaxamento*. 2.3. *Prisão decorrente de pronúncia*. 2.4. *Prisão resultante de sentença condenatória passível de recurso (prisão para apelar)*. 2.5. *Prisão temporária*. 3. *Conclusão*.

1. *Prisão cautelar*

O Direito Penal, disse Carnelutti, "es el derecho del dolor; dolor doble. de antes y de después, del pecado y del castigo"¹. Ao que acrescentou Weber Martins Batista, dupla não, tríplice: dor pelo pecado, pela apuração e pela punição². É uma verdade. Só responder a processo já é uma tortura moral, pois sofre-se antes da punição.

Todo processo é uma pena, diz Carnelutti. E explica:

¹ Francesco Carnelutti, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Bosch y Cic. Editores, 1950, v. II, p. 37.

² Weber Martins Batista, *Liberdade provisória*, Rio, Forense, 1981, 1.ª ed., p. 8.

“El castigo, desgraciadamente, no comienza con la condena; sino que ha comenzado mucho antes de ésta con el debate, con la instrucción, con los actos preliminares, incluso con la primera sospecha que recae sobre el imputado; tanto el juicio penal es castigo que a menudo hasta el imputado queda sujeto a él *in vinculis* como si ya hubiese sido condenado; el drama es que él es castigo para saber si debe ser castigado.”³

A prisão provisória é prisão sem pena, prisão cautelar (*carcer ad custodiam*). A prisão-pena é prisão-sanção, aquela resultante da sentença condenatória (*carcer ad poenam*).

Em nosso ordenamento jurídico, o termo *prisão* tanto indica a privação de liberdade decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, como a simples custódia. Já os franceses, por exemplo, a esta última modalidade de prisão, chamam de *détention preventive* ou *préalable*. Se não ocorre a conservação na prisão, há apenas *captura*, ou seja, prisão sem recolhimento.

A prisão que nós estamos estudando é a que vai resultar de uma pretensão cautelar, cujo conceito é o mesmo do processo civil, uma vez que o processo é um só, como todos sabemos. A teoria é a mesma, tanto assim que temos obras com título de *Teoria Geral do Processo* como a publicada, em conjunto, por Ada Pellegrini, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco⁴.

O que se busca com a pretensão cautelar? A utilidade do processo, o fim útil do processo. Na ação cautelar, não se faz justiça. Dá-se tempo para que a justiça seja feita. Resguarda-se o processo em busca de sua finalidade: fazer justiça.

No Código de Processo Penal, não há título próprio sobre providências cautelares. E temos medidas cautelares? Sim, como o seqüestro, a busca e apreensão, a prisão provisória. Há livros, inclusive, escritos com este título, como o *Processo Penal Cautelar*, de Romeu Pires de Campos Barros⁵.

A prisão provisória tem natureza acauteladora. Não é castigo, não é sanção, não é pena.

³ Francesco Carnelutti, *op. cit.* pp. 38-39.

⁴ Ada Pellegrini et alii, *Teoria Geral do Processo*, SP., RT, 8.^a ed.

⁵ Romeu Pires de Campos Barros, *Processo Penal Cautelar*, Rio, Forense, 1982.

Sua finalidade é assegurar a eficácia da decisão final ou possibilitar uma regular instrução do processo. A pena como sanção só existe após a sentença transitar em julgado.

Saliente João Mendes de Almeida Júnior⁶:

“A prisão, antes do julgamento, não é ainda a pena do delito; ainda não está legalmente verificado que o preso seja um delinqüente, ou que, sendo delinqüente, seja culpado”.

E, adiante, frisa⁷:

“A prisão preventiva não é uma pena, porque a pena não pode ser imposta sem a certeza do delito e de quem seja o delinqüente, isto é, sem uma decisão final, que produza a firmeza do juízo. Por isso, no processo criminal há atos decisórios de *prevenção*, de *acusação* e de *julgamento*.” (Grifos do autor)

Retrógrada, insensível, injusta, a tese proposta, em 1868, por Harduin, em ‘*De la détention préventive*’:

“si es legítimo el derecho de castigar dice él el delito, es legítimo capturar por sospecha, porque donde el juez sospecha que se encuentra un delincuente se debe presumir que existe un delincuente”⁸.

O código filipino, no livro primeiro, título 65, § 29, estabelecia⁹:

“(…) e mandamos a todos os julgadores que não mandem prender pessoa alguma antes da sentença definitiva.”

Parece coisa de hoje. É de 1603. Portanto, a prisão, na verdade, só deve ser determinada, em princípio, após a sentença transitada em julgado.

A nossa Constituição Imperial, no artigo 179, § 10, dispunha:

⁶ João Mendes de Almeida Júnior, *O processo criminal brasileiro*, Rio, Freitas Bastos, 1959, 4.^a ed., v. I, p. 284.

⁷ João Mendes de Almeida Júnior, *op. cit.*, p. 346.

⁸ Francesco Carrara, *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, Buenos Aires, Editorial De Palma, 1944, v. II, p. 284.

⁹ Plinio de Oliveira Corrêa, autoridade competente para ordenar a prisão no direito brasileiro. in *Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida*, Ed. RT, pp. 179-180.

“à exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima.”

A parte seguinte deste parágrafo, chamo atenção, rezava:

“Se ela for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar.”

Isso demonstra a importância da prisão provisória. Não é com um despacho simplório que se deve determinar a prisão cautelar.

Saliente-se, como dizia Manduca, citado por Frederico Marques, que o processo penal “é parte essencial do moderno direito público ou constitucional dos Estados livres”¹⁰. O processo penal existe para garantir a liberdade. Mas, como observou Pedro J. Bertolino,¹¹

“el proceso penal, para asegurar la libertad, debe restringir empero misma libertad.”

Sobre a prisão preventiva, e estendemos a toda prisão provisória, em 1955, disse o senador francês M. Bérenger, conforme citação feita por Fernando Almeida Pedroso:

“essa restrição à liberdade humana é muitas vezes salutar e necessária, e dela resultam, paradoxalmente, benefícios à sociedade, sem ferir o preceito de que a justiça é tanto mais forte quanto sua força é mais equitativa e justa.”¹²

1.1. Presunção de inocência

Enquanto não houver sentença transitada em julgado, presume-se que o réu seja inocente, ou melhor, não culpado. Isso vem desde 26 de outubro de 1789, com a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, e foi repetida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

E presunção de culpabilidade? Existe? O indivíduo foi preso no momento em que reti-

¹⁰ José Frederico Marques, O processo penal na atualidade, in *Processo Penal e Constituição Federal*, SP., Ed. Acadêmica, 1993, p. 14.

¹¹ Pedro J. Bertolino, *El funcionario del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, p. 132.

¹² Fernando de Almeida Pedroso, *Processo Penal, o direito de defesa*, Rio, Forense, 1986, 1.ª ed., p. 77.

rava a faca do corpo da vítima, socorrendo-a. Há presunção de inocência ou de culpabilidade? O assunto é assaz controvertido. Por isso, enquanto não houver sentença transitada em julgado, não se terá ainda culpado.

Em verdade, não há presunção de inocência — presunção é efeito de um indício —, e sim “el estado jurídico en que se encuentra el imputado antes de una sentencia condenatoria” (V. Mariconde)¹³.

É o que diz Garofalo, citado por V. Mariconde:

“(…) en el juicio, al imputado no se lo debe presumir inocente ni culpable. Es lo que es: imputado, es decir, que existen razones por las cuales el magistrado que lo envía ante los jueces lo ha creído culpable.”¹⁴

Flávio Medeiros, após estudar a questão, conclui:

“não há, como regra, presunção de inocência substancial, visto que a presunção, se acaso houver, poderá, dependendo da prova, ser de culpa ou de inocência. Não há presunção jurídica de inocência processual: enquanto não houver condenação o acusado é processualmente inocente.”¹⁵

Em resumo, o cidadão não pode ser tido como criminoso por antecipação. Logo, devem ser observados os princípios do devido processo legal e do *in dubio pro reo*.

Mas, como diz Calamandrei, em citação de Sentís Melendo, para certos juízes, “la inocencia parece una falta de respeto a la magistratura”¹⁶.

1.2. Pressupostos

Quais os pressupostos da prisão provisória?

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. *Fumus boni iuris*, isto é, deve haver uma probabilidade do direito pleiteado. Qual o direito

¹³ Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Lener, 1969, 2.ª ed., T. II, p. 32.

¹⁴ Alfredo Vélez Mariconde, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵ Flávio Meirelles Medeiros, *Manual do processo penal*, Aide Editora, 1987, 1.ª ed., p. 235.

¹⁶ Santiago Sentís Melendo, *Teoría y práctica del proceso (Encargos de derecho procesal)*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1958, v. II, p. 77.

que a acusação está pleiteando? A condenação. Se não houver essa probabilidade, não há o *fumus boni iuris*. E o *periculum in mora*? Haverá tal perigo, se o indiciado ou o réu praticar qualquer ato que impeça a regularidade da instrução; se o réu ou indiciado pretender se furtar à prisão.

Não deve, porém, o juiz confundir determinado meio de defesa como embaraço a ação judicial.

1.3. Características

As características da pretensão cautelar, no direito penal, são as mesmas da ação cível cautelar: *acessoriedade* — por si só ela não existe, mas sim, em razão do processo principal; *preventividade* — previne-se que ocorra o dano; *instrumentalidade* — a prisão cautelar é um meio, para que o processo chegue ao fim, com um resultado útil; *provisoriedade* — tem duração limitada.

Enquanto estiverem presentes os requisitos que justifiquem a prisão provisória, ela deve ser mantida. Cessados os motivos, devem cessar os efeitos. Cai, assim, a prisão.

A prisão provisória só pode ser determinada quando for estritamente necessária, conveniente.

Coberto de razão está Tornaghi quando afirma que a prisão provisória se firma por dois princípios:¹⁷

“1.º) a prisão provisória é um mal e só deve existir quando, sem ela, houver mal maior;

2.º) a prisão provisória, embora má, é necessária; mas se é um mal necessário, somente pode ser tolerada nos limites da necessidade e deve ser substituída por outras providências que sejam menos más, sempre que possível.” (Destacados do autor.)

Tornaghi critica Pompeu Pezzatini que, em sua obra *La custodia preventiva*, se refere à prisão provisória como *injustiça necessária*. Diz o mestre brasileiro que se a prisão se faz necessária “a fim de se poder apurar um fato e fazer justiça, não se pode tachar de injusta essa segregação”¹⁸.

2. Modalidades

Em primeiro lugar, tenha-se que, *lato sen-*

¹⁷ Hélio Bastos Tornaghi, *Manual do Processo Penal (Prisão e Liberdade)*, SP., Freitas Bastos, 1963, v. I, p. 266.

¹⁸ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. I, p. 405.

su, toda prisão provisória é preventiva.

Como espécies de prisão provisória, temos: a *prisão em flagrante*, tratada em nosso Código de Processo Penal, artigos 301 a 310; a *prisão preventiva*, artigos 311 a 316; a *prisão decorrente de pronúncia*, artigo 408, § 1.º; a *prisão decorrente de sentença condenatória passível de recurso*, artigo 393, inciso I, e artigo 594; e a *prisão temporária*, Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

A *prisão administrativa* nada tem com o processo penal. É um corpo estranho no Código de Processo Penal, como disse Tornaghi:

“(…) o Brasil é, no mundo inteiro, o único país que coloca normas sobre a prisão administrativa no Código de Processo Penal. Em geral, elas aparecem em leis administrativas”¹⁹.

O Projeto n.º 1.655, de 1983, Mensagem n.º 240/83, que institui o Código de Processo Penal, por sinal, a excluiu.

A prisão provisória se dá, na verdade, quando ainda o juiz não tem todos os elementos para decidir. Não pode ser uma pena antecipada.

2.1. A prisão preventiva

Em 1871, o Visconde de Niterói, então Ministro da Justiça, dizia:

“A prisão provisória não é obrigação imposta ao juiz, é um meio que ele tem à sua disposição e que deve usar discreta e convenientemente.”²⁰

A Lei n.º 5.349, de 3 de novembro de 1967, acabou com a presunção absoluta do *periculum in mora*, justificadora da prisão preventiva compulsória. Antes, quando ao crime correspondia pena igual ou superior a 10 anos, a prisão preventiva era obrigatória.

A prisão preventiva é medida cautelar, marcada pela provisoriedade; não é sanção, castigo.

2.1.1. Pressupostos da prisão preventiva

Para a decretação preventiva, exige-se, primeiramente, que esteja provada devidamente a materialidade do crime e que haja indícios suficientes da autoria. Bastavam esses pressupostos para a prisão preventiva obrigatória. Por quê? Porque a presunção do *periculum in mora*

¹⁹ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. II, p. 756.

²⁰ Eduardo Espinola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro*, Ed. Rio, edição histórica, 1976, 5.ª ed., v. III, p. 368.

era absoluta. Esses dois pressupostos ainda são os basilares da prisão preventiva.

Indício, explica Hélio Tornaghi, “é o que indica, o que aponta.”²¹

O Código se refere a *indícios suficientes*. Não precisam, portanto, ser veementes. O Código distingue indícios suficientes de veementes. No art. 126, que trata de seqüestro, lemos:

“para a decretação do seqüestro bastará a existência de indícios *veementes* da proveniência ilícita dos bens”(grifo nosso).

Ao cuidar da prisão preventiva, refere-se o art. 312 a indícios *suficientes* da autoria. Lá, *veementes*, aqui, *suficientes* — uma prova leve. Mas tem que haver indícios. Não se pode decretar a prisão preventiva com base apenas em suposições, em conjecturas.

Essa apreciação que se faz da existência do crime e dos indícios é uma apreciação perfunctória. Há apenas um juízo superficial, caso contrário, haveria prejulgamento. O juiz há de ter muito cuidado ao decretar uma preventiva, porque, querendo *amarrar* o decreto de prisão preventiva, pode muitas vezes descambar para um prejulgamento. O bom senso manda que o juiz fundamente, limitando-se ao que é essencial para justificar a prisão.

Sintetizando: “cabe a prisão preventiva quando existe uma imputação provável” (Carnelutti, mencionado por F. Marques)²².

2.1.2. Finalidades

Vejamos, agora, as finalidades da prisão preventiva. Diz o art. 312, parte 1.ª:

“A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Ordem pública. A ordem pública, na verdade, nada tem com o processo em que se examina a possibilidade da decretação da prisão preventiva. Tem esta por finalidade evitar que o autor da infração continue na prática de atos delituosos. Acautela-se, na verdade, o meio social. Cometido o crime, continua o agente

na senda criminoso. Decreta, então, o juiz, a prisão para garantir a ordem pública. Logo, nada tem com o processo.

Há crimes que provocam verdadeira convulsão social, levando à desordem, à anarquia. Nessas hipóteses, tem-se admitido a prisão preventiva. Sobre o assunto assim se manifesta Basileu Garcia²³:

“Os crimes graves abalam o meio social. O pensamento acolhido no texto é também o de que, em tais casos, a prisão preventiva do delinqüente satisfaz a opinião pública, antecipando, em benefício do prestígio da lei violada, a ulterior restauração da ordem jurídica, de que se incumbe a pena. Mais de uma vez os tribunais do país admitiram como oportuna a prisão preventiva em face da grande repercussão do crime, tendo em apreço o sentimento popular, violentado na emoção originada pelo acontecimento punível. Dir-se-á que não haveria, só por esse motivo, estrita *necessidade* da medida. Nem por isso é contestável o fato de que tal fundamento sempre tem preocupado a consciência dos magistrados, que o revelam explícita ou implicitamente. Citamos, a respeito, o que se dá na França, segundo o relato de Vidal-Magnol (n.º 135). Também o testemunha, modernamente, Charles Martin, ao dizer que a prisão preventiva se impõe ‘quando os fatos incriminados causaram grande escândalo e o retorno do imputado ao lugar que habita é apto a determinar perturbações’.

Nos crimes de alta gravidade, como o homicídio, a prisão preventiva tranquiliza a consciência geral com a evidente e ‘imediate demonstração de um poder regressivo’, para usar a frase de Touzzi. A liberdade de quem, por exemplo, matou injustamente o seu semelhante e logo em seguida, por não ter sido preso em flagrante, é visto a passear pelas ruas, é interpretada, através do senso comum do homem do povo, como um menoscabo ao direito.” (Grifos do autor.)

Não havendo perturbação de molde a quebrar a paz e a tranquilidade sociais, não se pode

²¹ Hélio Bastos Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, Rio, Forense, 1959, 1.ª ed., v. V, p. 75.

²² José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Rio, Forense, 1965, 1.ª ed., v. IV, p. 47.

²³ Basileu Garcia, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio, Forense, 1945, v. III, pp. 158-159.

falar em comoção social.

“Ella se impone” — como diz Arturo Zavaleta — “en fin, en ciertos casos, como medida de orden: por ejemplo, cuando los hechos incriminados han provado un gran escándalo, cuando el regreso del imputado al distrito en que vive es susceptible de ocasionar disturbios”²⁴.

Mas, atente-se, como observou Zavaleta, em citação de Romeu Pires de Campos Barros²⁵.

“que erro consiste em confundir ‘opinião pública’ com ‘paixão pública’, e, citando Rafael Bielsa, argumenta que a ‘paixão pública’ se manifesta como impaciência enfermiça e ávida de sensações; as massas querem sempre um responsável, e experimentam certo bem-estar, quando se põe no pelourinho algum personagem. A ‘paixão pública’ não é a ‘opinião pública’. Aquela é perigosa, porque pode influir no espírito dos funcionários da justiça e no próprio juiz, acentuando que este ‘pode sentir-se influenciado até o ponto de ser levado, quase sem pensar, a fazer prender um indivíduo que, em outras circunstâncias, não teria nenhum inconveniente em deixar em liberdade’. Afirma, assim, que é a ‘paixão pública’, e não a ‘opinião pública’, que reclama essa satisfação.”

Ary Franco entendia que a prisão preventiva deveria ser decretada também para acautelar o acusado de “vinditas possíveis do ofendido ou de seus parentes”²⁶. Apesar de Ary Franco ter sido respeitável processualista, grande Ministro do Supremo Tribunal Federal e notável penalista, isto, na verdade, é um des-pautério: prender o sujeito, tirá-lo da liberdade, para protegê-lo?! Há aí um desvio, sim, da finalidade da prisão preventiva.

Causa espanto que o Código de Processo Penal francês admita a prisão preventiva para proteger o autor do crime contra a vingança da vítima ou de seus parentes.

Às vezes o próprio réu ou indiciado pede para ser preso. Vejam o que noticiou a *Folha de São Paulo* de 19 de setembro de 1992, Ca-

²⁴ Arturo J. Zavaleta, *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Buenos Aires, Ed. Arayú, p. 61.

²⁵ Romeu Pires de Campos Barros, *op. cit.*, p. 87.

²⁶ Ary de Azevedo Franco, *Código de Processo Penal*, Forense, 1956, 6.^a ed., 1.^o v., p. 370.

dermo 1, fl. 4:

“Com medo de represálias, o traficante confesso Luis Mário Nunes pediu para ser preso assim que denunciou à Polícia Federal o envolvimento de PC Farias com o narcotráfico. A oferta foi rejeitada — só a segurança foi garantida.”

Tostes Malta conta que o Ministro Costa Manso, quando pontificava no Tribunal de São Paulo, observou que:

“para esse fim, não se justifica a prisão preventiva; si o réu estivesse ameaçado de qualquer agressão, a autoridade pública devia cercal-o de todas as garantias, mas nunca prendel-o. Seria uma inversão de todos os princípios jurídicos por alguém na cadeia para não soffrer os ataques de outrem.(...)”²⁷

Dizem que, também, é hipótese de garantir a ordem pública evitar que o ato do agente que não foi preso sirva de exemplo, incentive outras pessoas à prática de crime. Tenho minhas dúvidas se isso se presta de alicerce para a decretação da prisão preventiva, porque é muito vago saber se o indivíduo que praticou determinado crime, solto, servirá de paradigma para outrem.

Igualmente, a “preservação da imagem da Justiça não deve”, como adverte Antônio Alberto Machado, “ser pretexto para a prisão dos acusados (predominantemente pobres) como justificativa de garantia da ordem pública”²⁸.

Tenha-se, ainda, que a só gravidade do crime imputado não é suficiente para justificar prisão preventiva. Nem a justifica o significar pronta reação ao delito.

Ser o crime hediondo, por si só, não implica, igualmente, decretação do encerramento preventivo.

Garantia da ordem pública é uma medida, até certo ponto, de segurança: evitar a continuação da prática do crime.

Conveniência da instrução criminal. Se o indiciado ou o acusado está a perturbar a instrução — ameaçando testemunhas, subornan-

²⁷ Aldílio Tostes Malta, *Da prisão preventiva (doutrina — legislação — jurisprudência)*, SP., Saraiva e Campos Editores, 1935, p. 166.

²⁸ Antônio Alberto Machado, *Prisão Preventiva*, SP., Ed. Acadêmica, 1993, p. 61.

²⁹ Basileu Garcia, *op. cit.*, p. 145.

do-as, aliciando-as, apagando, ou destruindo os vestígios do crime, comunicando-se “com os cúmplices ou com amigos que confirmem as circunstâncias por ele relatadas para negar ou diminuir a sua criminalidade” (Basileu Garcia)²⁹ —, enfim, estorvando a instrução, a sua prisão é determinada para que o processo flua normalmente, para que a verdade seja investigada livremente. Uma *cautela*, no dizer de Faustin Hélie, *instrumental*, *apud* F. Marques³⁰.

Arturo Zavaleta criticou esse fundamento dizendo ser muito vago, pois, às vezes, um olhar atravessado do acusado para o juiz na audiência pode determinar a prisão preventiva do réu. Ai vai, convenhamos, um certo exagero.

O fato de o indiciado, ou acusado, ser rico, ter amigos ricos, não justifica, por outro lado, necessariamente, a prisão preventiva.

A segurança da aplicação da lei penal — *cautela final* (Faustin Hélie, em lição de F. Marques)³¹ — é hipótese de decretação da prisão preventiva. Aquele que é indiferente à vida errante dos perseguidos, pouco importando estar hoje aqui, amanhã ali; deixar os amigos; viver escondido, com medo, deve ter decretada a prisão, se houver indícios de que irá fugir.

Todas essas finalidades — *numerus clausus* — devem ser examinadas objetivamente.

O juiz não pode fazer conjecturas, suposições. Tem de ater-se aos elementos constantes dos autos, que lhe possibilitam determinar a prisão. É difícil. Como dizer que o réu vai fugir? Quem quer fugir de uma ação penal procura fazer tudo às escondidas, sem que ninguém saiba. Mas, se o indiciado, ou o réu, está vendendo os bens de raiz, está retirando todo o dinheiro do banco, não resta dúvida que isto é indício de que pretende foragir-se.

Tostes Malta, sobre esse problema, indaga:

“Quando é justificado o receio da fuga? Não se pôde limitar ao caso de ser o indiciado surpreendido nos seus preparativos. — que é a situação típica — pois que taes preparativos são feitos, naturalmente, com as maiores cautelas, e, dahi, a dificuldade de surpreendê-los.”³² (Destaque no original)

O juiz deve cingir-se, repita-se, aos fatos,

³⁰ José Frederico Marques, *Elementos*, *op. cit.*, p. 49.

³¹ Idem.

³² Aldílio Tostes Malta, *op. cit.*, p. 261.

às circunstâncias, constantes dos autos.

Deve lembrar-se o juiz do ensinamento de Tornaghi³³:

“Digam o que quiserem: a prisão provisória nada deveria significar contra o preso, especialmente contra o que tem a sua inocência reconhecida. Mas a verdade, a verdade verdadeira e insofismável, é que o povo liga à prisão um caráter ultrajante. E o preso sai dela difamado.”

Quando a prisão preventiva é difícil de ser decretada, quando o juiz não determina o motivo real da prisão, é porque ela não se faz necessária. Se se fizesse preciso, os elementos aflorariam limpidamente. Não sendo assim, o juiz vai *forçar* a decretação da prisão preventiva.

É certo que determinados crimes causam repulsa, e o povo exige a prisão preventiva como castigo, retribuição. Pressiona. Mas, deve o juiz submeter-se à pressão do povo? Como julgar, sofrendo pressão? Fazer a vontade do povo? O povo não conhece as provas dos autos, os “mistérios do processo”, no dizer de Garofalo. Como pode o povo julgar sem saber o que está nos autos? Deve o juiz satisfazer a vontade do povo, condenando ou absolvendo?

Não importa que o acusado seja primário, tenha bons antecedentes, profissão definida, família e residência fixa. Se está provada a materialidade da autoria, se existe a probabilidade da autoria e se ocorre o *periculum in mora*, a prisão preventiva deve ser decretada.

2.1.3. Fundamentação

O decreto de prisão preventiva, portanto, é de ser fundamentado, não se devendo repetir as palavras do Código. “Decreto a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal”. Esta afirmativa nada revela, e, segundo Hélio Tornaghi, é “a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar”³⁴.

Deve o juiz dizer porque é necessária a prisão. Ai está o fundamento, possibilitando, inclusive, à segunda instância examinar, em caso de recurso, a necessidade da prisão. É verdade

³³ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. I, p. 269.

³⁴ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. II, pp. 619-20.

que Seabra Fagundes, jurista renomado, era de opinião que³⁵:

“O Código de Processo Penal quis deixar a matéria da prisão preventiva exclusivamente em mãos do juiz de direito, cujo contacto direto com a instrução permite melhor percepção da conveniência ou necessidade da medida.”

Isso seria possível se a prisão preventiva fosse decretada com base em elementos puramente subjetivos. Não é isso, porém, o que a lei impõe. A lei manda que sejam postos no decreto os critérios objetivos, que permitam à segunda instância o reexame. Fórmulas vazias, que servem para qualquer decreto de prisão preventiva, nada dizem, repita-se.

É verdade que o juiz, às vezes, *força* uma prisão preventiva, porque sente a dor da vítima.

O juiz é ser humano, e não extraterrestre, daí pensar:

“Quantas vezes, ao passo que a vítima geme no leito, se não ri o criminoso nos cafés ou nas tavernas, vangloriando-se entre amigos do sucesso do seu golpe e instruindo testemunhas para que digam que foi gravemente provocado ou que não tinha a intenção de fazer mal?! (Garofalo)³⁶.”

Mas ... mas, o juiz, como já esclarecia Beccaria, não pode ser mais severo do que a lei, sob pena de se tornar injusto, “pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado”³⁷.

Carrera via na prisão preventiva um ato de verdadeira tirania, um tirocínio de perversão moral (‘Immoralità del carcere preventivo’ foi título de um capítulo de um seu livro), mas afirmava, com acerto³⁸:

“sin embargo, se admite como una necesidad política hoy ya reconocida, por las siguientes necesidades: 1.º, necesidad de *justicia*: para impedir la fuga del reo; 2.º, necesidad de *verdad*: para impedirle enturbiar las investigaciones de la autoridad, destruir los vestigios del

delito, intimidar a los testigos; 3.º necesidad de *defensa* pública: para impedir a ciertos facinerosos que continúen, mientras dure el proceso, en sus ataques al derecho ajeno.”

A nossa Constituição Federal, no art. 5.º, inciso LXI, é taxativa:

“ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Hoje, todos sabemos, só a autoridade judiciária pode decretar prisão, seja administrativa, seja para extradição ou expulsão de estrangeiro, seja temporária ou preventiva. Exceção só existe para a prisão por transgressão militar ou decorrente de crime propriamente militar.

O art. 93, inciso IX, da Constituição, vale lembrar, dispõe:

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, ...”

O despacho deve ser fundamentado, bem ou mal, porque “cada um procede segundo as forças de sua inteligência e a habilidade maior ou menor de que disponha” (Ministro Costa Manso). Como observou Bento de Faria, “a precariedade intelectual do juiz não exclui a realidade dos fatos, que devem existir. Não basta, portanto, fundamentar simplesmente, mas fundamentar com apoio no que *existe*, embora manifestado sem inteligência”³⁹ (grifos do autor).

Enfim, com muita propriedade, disse Arturo Zavaleta:

“La necesidad, y nada más que la necesidad, es, en consecuencia, el fundamento jurídico, la única justificación de la prisión preventiva.”⁴⁰

Também não pode o juiz argumentar, como na lição de Eduardo Espínola Filho, “com hipóteses e presunções, designar fatos que os autos não revelam, comentar atos só existentes na imaginação, inventar provas circunstanciais que não emergem do processo”, porque aí é “ludibriar a própria ação da justiça”⁴¹.

³⁵ Eduardo Espínola Filho, *op. cit.*, p. 421.

³⁶ R. Garofalo, *Criminologia, estudo sobre o delito e a repressão penal*, trad. Júlio Matos, SP, Teixeira & Irmão, 1893, p. 394.

³⁷ Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, SP, Atena Editora, 4.ª ed., p. 33.

³⁸ Francisco Carrara, *op. cit.*, p. 285.

³⁹ Bento de Faria, *Código de Processo Penal*, RJ., Distribuidora Record Editora, 2.ª ed., 1960, v. II, p. 55.

⁴⁰ Arturo Zavaleta, *op. cit.*, p. 111.

⁴¹ Eduardo Espínola Filho, *op. cit.*, pp. 426-427.

2.1.4. *Fundamentação a posteriori*

O despacho com fundamentação *a posteriori*, em informações de *habeas corpus*, não salva o decreto de prisão preventiva. Pode esclarecê-lo.

2.1.5. *Momento para a decretação*

A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou do procedimento criminal (CPP, art. 311), se o Ministério Público é possuidor de informações que lhe possibilitam ajuizar ação penal; só após o oferecimento da denúncia pode a prisão preventiva ser decretada.

2.1.6. *Excesso de prazo*

Segundo o Colóquio de Toledo — preparatório do XV Congresso Internacional de Direito Penal, a ser realizado este ano (1994), no *Rio de Janeiro — a prisão provisória será considerada ilícita no caso de exceder a pena prevista em lei, ou “aquela esperável”*.

Excedido o prazo, sem que para isto o réu tenha concorrido, a prisão deve ser revogada.

Beccaria, em 1764, escreveu essas belíssimas lições de inigualável justiça⁴².

“Quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será. Mais justa, porque poupará ao acusado os cruéis tormentos de incerteza, tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da força da imaginação e do sentimento de fraqueza.

A presteza do julgamento é justa ainda porque a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige. Se a prisão é apenas um meio de deter um cidadão até que ele seja julgado culpado, como esse meio é aflitivo e cruel, deve-se, tanto quanto possível, suavizar-lhe o rigor e a duração. Um cidadão detido só deve ficar na prisão o tempo necessário para a instrução do processo; e os mais antigos detidos têm direito de ser julgados em primeiro lugar.

O acusado não deve ser encerrado senão na medida em que for necessário para o impedir de fugir ou de ocultar as provas do crime. O processo mesmo deve

ser conduzido sem protelações. Que contraste hediondo entre a indolência de um juiz e a angústia de um acusado! De um lado, um magistrado insensível, que passa os dias no bem-estar e nos prazeres e de outro um infeliz que definha, a chorar no fundo de uma masmorra abominável. Os efeitos do castigo que se segue ao crime devem ser em geral impressionantes e sensíveis para os que o testemunharam; haverá, porém, necessidade de que esse castigo seja tão cruel para quem o sofre? Quando os homens se reuniram em sociedade, foi para só se sujeitarem aos mínimos males possíveis; e não há país que possa negar esse princípio incontestável.

Eu disse que a presteza da pena é útil, e é certo que, quanto menos tempo decorrer entre o delito e a pena, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da idéia de que não há crimes sem castigo; tanto mais se habituarão a considerar o crime como a causa da qual o castigo é o efeito necessário e inseparável.”

Anote-se que a pena tem prazo certo de duração, a prisão provisória, não. Todo cuidado é, por conseguinte, pouco para não transformá-la em tortura maior do que é.

O encerramento da instrução prejudica a alegação de excesso de prazo.

O Senador Paranaguá adverte, como se lê na obra de Tostes Malta, aos legisladores sobre a questão da prisão demorada:

“(…) Não se deve prolongar indefinidamente a prisão preventiva. As delongas desta prisão podem provir da má organização da polícia judiciária, ou do vício dos tribunais, ou das práticas do fôro: em qualquer destes casos é indispensável que o legislador tome uma providência.”⁴³

2.1.7. *Prisão preventiva e contravenção*

Cuidando-se de contravenção, não há cabimento para decretação de prisão preventiva. Os arts. 312 e 313 do CPP se referem a crime. Assim entendem, dentre outros, Fernando de Almeida Pedroso⁴⁴, Frederico Marques⁴⁵, Tou-

⁴³ Adílio Tostes Malta, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁴ Fernando de Almeida Pedroso, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁵ José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, Forense, 1965. 1.ª ed., v. IV, p. 46.

⁴² Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, *op. cit.*, pp. 107-108.

rinho Filho⁴⁶, Câmara Leal⁴⁷, Hélio Tornaghi⁴⁸.

2.1.8. *Prisão preventiva e crimes punidos com detenção*

A prisão preventiva, em regra, poderá ser decretada nos crimes punidos com reclusão, salvo se o indiciado — ou o acusado — for vadio (vagabundo, na linguagem do Código de Processo do Estado da Bahia, art. 1.646, 1.º) ou se houver dúvida sobre sua identidade (CPP, art. 313, inc. II) ou se for reincidente (CPP, art. 313, inc. III). Nesses casos, a prisão é decretada para assegurar a aplicação da lei penal, se presente o *fumus boni iuris*.

2.1.9. *Prisão preventiva e contraditório*

Antônio Magalhães Gomes Filho noticia a existência, na França e na Itália, de contraditório para a decretação da prisão cautelar⁴⁹.

Na França, diz:

“Se o juiz de instrução vislumbra a possibilidade de decretação da prisão preventiva, deve informar ao acusado, no momento de sua apresentação pela Polícia sobre a faculdade de constituir advogado, depois realizará em seu gabinete um debate contraditório tomando em consideração, para a decisão, o pedido do MP e as objeções de defesa.”

Interessante. Nada impede que o juiz brasileiro assim também proceda.

Revela Costa Manso⁵⁰:

“Quando juiz de direito, mais de uma vez ordenei me fossem os réus apresentados, para interrogá-los pessoalmente, antes de deliberar sobre a prisão preventiva.”

E diz:

“Esta providência, que aconselho com calor, além de proporcionar ao réu o uso do direito de defesa, porventura

sacrificado, tem a vantagem, se a confissão policial for sincera, de revesti-la de caráter judicial, para que não seja facilmente retratada depois de ouvidos os conselhos e insinuações do advogado (...).”

2.1.10. *Prisão preventiva e apresentação espontânea do indiciado ou do acusado (prisão espontânea)*

Estabelece o art. 317 do Código de Processo Penal que a apresentação espontânea do acusado (ou indiciado) não impede a decretação da prisão preventiva, se esta se fizer necessária.

Observa Clodoaldo Pinto, lembrado por Bento de Faria, que o comparecimento do indiciado, “sem ordem ou mandado anterior de captura, deve ou não transformar-se em prisão espontânea, conforme aconselham as circunstâncias do caso. A prisão preventiva não é forma legal de prisão. Se ela não se transmuta em preventiva não pode o indiciado permanecer detido, porque o direito à liberdade é irrenunciável”⁵¹.

2.1.11. *A prisão preventiva e a liberdade provisória*

Ser o crime afiançável não afasta a decretação da prisão preventiva, desde que se faça necessário.

Como deixar de decretar a preventiva, ainda que, em tese, tenha o réu ou indiciado direito à liberdade provisória — com ou sem fiança — se ele está a estorvar a instrução, a preparar-se para fugir?

Não se deve esquecer a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho⁵²:

“(...) a liberdade provisória pressupõe, necessariamente, ou a prisão em flagrante ou resultante de pronúncia ou, enfim, a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível”.

2.1.12. *Revogação de prisão preventiva e liberdade provisória.*

A revogação é plena. O *status libertatis* volta por inteiro, enquanto que, na concessão da liberdade provisória, não há essa plenitude de liberdade, há uma liberdade restrita, porque o acusado ou indiciado está sujeito a determinadas condições, que serão fixadas pelo

⁴⁶ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, SP, Saraiva, 1992, 13.ª ed., v. III, p. 434.

⁴⁷ Antônio Luiz da Câmara Leal, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Ed. Freitas Bastos, 1942, v. II, p. 274.

⁴⁸ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. II, p. 613.

⁴⁹ Antônio Magalhães Gomes Filho, *Prisão cautelar e o princípio da inocência*, in *Fascículos de Ciências Penais*, Sérgio Antônio Fabris Editora, 1992, v. 5, n.º 1., p. 23.

⁵⁰ Manuel da Costa Manso, *O processo na segunda instância e suas aplicações à primeira*, SP, Saraiva & Campos Ed., 1923, v. I, p. 615.

⁵¹ Bento de Faria, *op. cit.*, p. 56.

⁵² Fernando da Costa Tourinho Filho, *op. cit.*, v. III, p. 445.

juiz, para que possa gozá-la.

2.1.13. Redecretação da prisão preventiva

Se, após a revogação da prisão, surgirem razões que voltem a justificá-la, pode o juiz redecretá-la.

2.2. Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é outro tipo de prisão provisória. Tem de examinar-se, igualmente, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Aqui, a aparência do bom direito está muito mais forte. A probabilidade de uma condenação é maior. O flagrante é a "certeza visual do crime", como disse Raphael Magalhães, em voto que proferiu, em junho de 1927, ao julgar o HC n.º 2.284, no Tribunal da Relação do Estado de Minas Gerais, concedendo a ordem à artista La Belle Agnés⁵³; ou "a mais eloqüente prova da autoria de um crime" (Hélio Tornaghi)⁵⁴. É verdade que é uma certeza relativa. Relativa, sim, pois, por exemplo o indivíduo entra numa sala e encontra um outro ferido, com uma faca no peito. Para socorrê-lo, retira a faca, com a intenção de salvá-lo. Nesse momento entram duas pessoas. O bom samaritano estará em maus apuros.

Preso em flagrante, lavrado o auto, a autoridade policial encaminha, imediatamente — é preceito constitucional (art. 5.º, inc. LXII) —, cópia ao juiz. Muitos magistrados mandam aguardar a chegada do inquérito para melhor exame. Está, entendo, salvo melhor juízo, errado. Isto constitui crime de abuso de autoridade, sujeito à pena até de detenção. O juiz, recebendo a cópia do flagrante, examina a necessidade da prisão. Por que a prisão se justifica? Para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal? Aqueles mesmos requisitos da prisão preventiva, pois, o juiz precisa examinar ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante.

Reza a Lei n.º 4.898 de 1965, art. 4.º, letra d:

"Constitui também abuso de autoridade: (...)

d) deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada".

Entende Tornaghi que a prisão em flagrante tem triplíce efeito⁵⁵:

"1) a exemplaridade: serve de advertência aos maus;

2) a satisfação: restitui a tranqüilidade aos bons;

3) o prestígio: restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade".

Sim, pode essa prisão ter esses efeitos, mas não são em razão deles que a prisão em flagrante deve ser mantida.

Há de examinar, o juiz, a comunicação da prisão ainda que para mantê-la (CF/88, art. 5.º, LXII). Nessa hipótese, a fundamentação também se faz necessária. O juiz deve raciocinar, como Afrânio Silva Jardim: "se o acusado estivesse solto, eu não poderia prendê-lo: preso, eu devo soltá-lo"⁵⁶. Por que não soltá-lo, se não estão presentes os requisitos da prisão preventiva?

Na prisão provisória rege, sempre, o princípio da necessidade da prisão. É o ponto de equilíbrio que deve haver entre o direito à liberdade e o interesse social de que a justiça seja feita.

Categoricamente, afirma Afrânio Silva Jardim⁵⁷:

"(...) a prisão em flagrante somente poderá subsistir se ficar constatada, em decisão fundamentada, a existência dos requisitos do art. 312, sem o que a sua manutenção será desnecessária e, por conseguinte, arbitrária e ilegal".

O parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal acabou, na verdade, com a fiança, porque há determinadas hipóteses em que ela não pode ser concedida, mas a liberdade provisória sim, como, por exemplo, nos crimes punidos com a pena de reclusão mínima superior a dois anos.

Estabelece o art. 323, inc. I:

"Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos".

O art. 310 do CPP dispõe:

"Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, incs. I, II e III" (hoje art. 23) do Código

⁵³ Raphael Magalhães, in *Arquivo Judiciário*, 1927, jul./set., p. 64.

⁵⁴ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. I, p. 469.

⁵⁵ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. I, p. 471.

⁵⁶ Afrânio Silva Jardim, *Direito Processual Penal*, Rio, Forense 1992, 4.ª ed., p. 371.

⁵⁷ Afrânio Silva Jardim, *op. cit.*, p. 369.

Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória (...)."

O seu parágrafo único impõe que:

"Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva" (arts. 311 e 312).

Deste modo, como faz ver Afrânio Jardim, "o campo de incidência da fiança ficou limitado às hipóteses reguladas nos arts. 322, 408, § 3.º e 594 do Código de Processo Penal"⁵⁸.

Nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, no entanto, não se aplica o disposto no art. 310 e parágrafo único do Código Penal (Lei n.º 8.035, de 17 de abril de 1990).

2.2.1. Revogação de prisão e relaxamento

A revogação é relaxamento de prisão válida. O relaxamento é reconhecimento de prisão ilegal. Se ilegal, o juiz deve relaxá-la, sob pena de transmutar-se em autoridade coatora. Não se trata de concessão de *habeas corpus* de ofício. Daí não haver recurso *ex officio*.

2.3. Prisão decorrente de pronúncia

O § 1.º do art. 408 do Código de Processo Penal estabelece:

"Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados (o que, de acordo com a Constituição atual, não mais se pode fazer, porque culpado ainda não há, uma vez que não há sentença transitada em julgado), recomenda-lo-á na prisão em que se achar ou expedirá as ordens necessárias para sua captura".

Portanto, se o réu está solto, e o juiz o pronunciou, deve expedir a ordem necessária para sua captura.

Mas o § 2.º preceitua:

"Se o réu for *primário* e de *bons antecedentes*, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso".

O acusado *primário* e de *bons antecedentes*, se estiver preso, será solto; se for de *maus antecedentes* ou for *reincidente*, o juiz manda-

rá prendê-lo. O *fumus boni iuris*, aí, é a admissibilidade da acusação, já admitida. O *periculum in mora* consiste em o réu poder subtrair-se ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Agora, observe-se, o réu responde todo processo em liberdade, sem que tenha havido necessidade da decretação da prisão preventiva. Pronunciado, terá que ser preso. Justo? Se o acusado respondeu ao processo em liberdade, sem haver razão para sua custódia, pronunciado, não deve ser preso. Creio que viola o preceito constitucional que dispõe que só após a sentença transitada em julgado deve o réu ser considerado culpado, a menos que ocorram aqueles elementos que possibilitam a decretação da prisão preventiva. Deve o réu, por conseguinte, continuar em liberdade, salvo se o juiz, na pronúncia, motivar a prisão provisória. Fora disso, estar-se-ia violando o direito à liberdade, que é assegurado na Constituição.

A sentença de pronúncia, por si só, jamais pode justificar a prisão de acusado, uma vez que ainda não existe uma certeza quanto à autoria e sim uma probabilidade.

Antes do advento da Lei n.º 5.941, de 22 de novembro de 1973 (Lei Fleury), era pior. O recolhimento era obrigatório, fosse o réu *primário* ou não, tivesse *bons* ou *maus antecedentes*.

Para os que interpretam o dispositivo sem volver os olhos para a Constituição, não satisfeitos os pressupostos da primariedade e dos *bons antecedentes*, ainda que o crime não tenha sido praticado com requintes de perversidade, pouco importando que a índole ou a personalidade não seja voltada para o crime e ainda que tivesse ele respondido o processo em liberdade, o acusado deverá ser preso.

Assim, entende o egrégio Supremo Tribunal Federal, como se vê do julgamento do HC n.º 69.332, relator o eminente Ministro Paulo Brossard:

"O decreto da prisão provisória do réu é um efeito da sentença de pronúncia.

O benefício previsto no parágrafo 2.º do art. 408 do CPP exige que o réu seja, simultaneamente, *primário* e de *bons antecedentes*. Não tem *bons antecedentes* o réu que sofreu condenação anterior, embora extinta a punibilidade."

Habeas corpus indeferido.

Não esqueçamos de que *primário* é o não-reincidente. Reincidente é aquele que cometeu

⁵⁸ Afrânio Silva Jardim, *op. cit.*, p. 369.

novo delito após o trânsito em julgado da decisão referente ao primeiro crime.

O Projeto de Lei n.º 1.655, de 1983, que institui o Código de Processo Penal, em seu art. 583, § 2.º, mantém esta ignominia.

Poderá — diz o § 2.º do art. 408, citado. *Poderá, faculdade? Poderá* — poder discricionário do juiz, ou direito subjetivo do réu? Sempre que o Código diz *poderá*, e desde que tenham sido satisfeitos determinados pressupostos, há, na verdade, um direito. Por exemplo, quando se fala em *sursis*. Nenhum juiz vai negá-lo, se o réu tiver preenchido todos os requisitos para sua obtenção. Temos, aí, um poder-dever.

Geraldo Batista de Siqueira explica:

“(...) satisfeitos os requisitos da primariedade e dos bons antecedentes, o acusado pronunciado ou condenado será posto em liberdade durante o fluir da instância na jurisdição superior. O ‘poderá’, da lei, perde sua literalidade, porque estéril, para ganhar contornos teleológicos, convertendo-se em ‘deverá’, em face da presença de outros elementos dentro da norma, primariedade e bons antecedentes, informadores do escopo da mesma, isto tudo associado ao elemento sistemático, largamente esparsos na lei, traçando o quadro de uma interpretação, que dá vida ao texto legal⁵⁹”

Tal interpretação se baseia em lição de boa hermenêutica.

Carlos Maximiliano a prestigia⁶⁰.

“Preponde o Direito moderno para atender mais ao conjunto de que às minúcias, interpretar as normas com complexo ao invés de as examinar isoladas, preferir o *sistema* à *particularidade*. Se isto se diz da regra escrita em relação ao todo, por mais forte razão se repetirá acerca da *palavra* em relação à *regra*. Ater-se aos vocábulos é preciso casuístico, retrógrado. Por isso mesmo se não opõe, sem maior exame, *pode a deve, não pode a não deve (solle muss, kann nicht e darf nicht* dos alemães; *may e*

⁵⁹ Geraldo Batista de Siqueira, *Estudos de direito e processo penal*, Rio, Forense, 1989, 1.ª ed., p. 238.

⁶⁰ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio, Freitas Bastos, 1957, 6.ª ed., pp. 335-336.

shall, dos ingleses e norte-americanos.” (Grifos do autor.)

Satisfazendo o réu os dois requisitos — primariedade e bons antecedentes —, o juiz não lhe pode negar o direito de aguardar em liberdade o julgamento. É direito do acusado, nesse caso, aguardar o julgamento pelo Tribunal do Júri em liberdade.

A primariedade e os bons antecedentes, atente-se, não impedem a prisão, se presentes aqueles requisitos do artigo 312 — garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, ou asseguramento da aplicação da lei penal.

Se o réu já se encontrava preso, por força de prisão preventiva, a depender do seu fundamento — assegurar a aplicação da lei penal, por exemplo —, ainda que primário e de bons antecedentes, não deverá ser posto em liberdade.

2.4. *Prisão resultante de sentença condenatória passível de recurso. Prisão para apelar*

“Art. 393:

São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - Ser o réu preso ou conservado na prisão (...).”

“Art. 594:

O réu não poderá apelar sem recorrer-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória (...).”

Temos, então, uma verdadeira execução provisória da pena. Antecipação da pena, em face do que dispõe o art. 669, inc. I, do CPP.

O réu foi condenado, já foi admitido que realmente é culpado, mas a pena não pode ser executada, diante do que dispõe a Constituição (art. 5.º, inciso LVII):

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Podemos ter uma execução da pena antes do trânsito em julgado? Uma execução provisória? Mas como? E se o Tribunal absolvê-lo, dando provimento ao recurso? E isso, muitas vezes, após um, dois, três anos. Está certo? É justo?

A finalidade da cautelar é assegurar o resultado final do processo. Evitar a fuga. Mas se esse perigo existe, o juiz que o diga na sentença. Se não tem condições de assim afirmar, o réu tem direito de aguardar em liberdade a apreciação do seu recurso.

Estabelece o art. 105 da Lei de Execuções Penais:

“Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa da liberdade, se o réu estiver preso ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

Portanto, a guia de recolhimento só é expedida depois de transitada em julgado a sentença.

Não se pode cumprir pena se a sentença ainda não transitou em julgado. Observe-se que a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei n.º 8.072, de julho de 1990, uma lei severa, tão severa que, em determinados casos, iguala o mínimo da pena com o máximo, 30 anos, não permitindo que o juiz aplique outra pena — o que é inconstitucional, pois retira do juiz a possibilidade de dosar a pena —, essa lei tão rigorosa, repita-se, no § 2.º do art. 2.º, dispõe que:

“Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá, *fundamentadamente*, se o réu poderá apelar em liberdade.” (Des-taquei.)

Se essa lei, draconiana, exige que o juiz decida fundamentadamente no corpo da sentença, que dizer das demais?

A condenação pode revelar o *fumus boni iuris*, mas não o *periculum in mora*.

Sendo o réu primário e de bons antecedentes, dúvida não há, o juiz não poderá exigir que se recolha à prisão para admitir a apelação. Não se trata de faculdade judicial, e sim de direito subjetivo do acusado.

Se o réu estiver preso, preso continuará, a menos que a prisão se faça mais *necessária*, hipótese em que deverá ser revogada.

Se o réu for absolvido, deverá ser posto, imediatamente, em liberdade (CPP, art. 596). Não há mais, a partir da Lei n.º 5.941, de 1973, efeito suspensivo da apelação interposta.

A instância superior pode deixar de conhecer da apelação do réu reincidente ou de maus antecedentes se o juiz admitiu a primariedade e os bons antecedentes, e não houve recurso do Ministério Público? Não, porque, no caso, teríamos uma *reformatio in pejus*. Isso iria causar prejuízo ao réu, sem ter havido recurso do Ministério Público.

E na hipótese de o juiz ter reconhecido ser o réu reincidente ou de maus antecedentes, e, por equívoco, receber a apelação, sem ter havido o recolhimento do réu, pode o Tribunal

deixar de conhecer do recurso?

Pode, porque aí o juiz reconheceu os maus antecedentes ou a reincidência.

Decidiu, por maioria, o colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 69.143, relator o ínclito Ministro Carlos Velloso:

“I - No caso, sendo o réu de péssimos antecedentes, como tal declarado na sentença condenatória, que determinou o seu imediato recolhimento à prisão, não podia apelar em liberdade (CPP, art. 594). O fato de a apelação ter sido recebida, inadvertidamente, pelo juiz de 1.º grau, não obriga o Tribunal *ad causam*, que deve realizar o juízo de admissibilidade do recurso, assim verificando a ocorrência dos seus pressupostos.

II - HC indeferido.”

Se o réu praticar novo crime antes de a sentença a respeito de outro crime transitar em julgado, é de ser considerado primário?

Reincidente ele não o é. Dizem alguns autores que há um terceiro gênero, *tertium genus*: não é primário, nem reincidente. Mas isso não adianta para o nosso estudo. Se ele não é reincidente, porque cometeu o crime antes de a outra sentença transitar em julgado, tem maus antecedentes.

É jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça já sumulada — Súmula n.º 9 — que:

“A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência.”

Sim, não ofende, se estiverem presentes os requisitos do art. 312.

2.5. Prisão temporária

É prevista na Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989:

“A prisão temporária é cabível (art. 1.º):

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal de autoria ou participação do indiciado, em determinados

crimes.”

Essa prisão, que é decretada, fixe-se, pelo juiz, também exige fundamentação, no prazo de vinte e quatro horas.

O prolongamento da execução dessa prisão temporária dá lugar a abuso de autoridade. A prisão só pode ser efetivada depois que o juiz a determinar — os delegados não fazem isso, prendem e depois requerem a prisão a fim de legalizá-la. Enquanto o juiz não determinar a prisão temporária, o indiciado não pode ser preso.

A prisão temporária pode ser decretada ainda que o Ministério Público não tenha elementos bastantes para requerer a prisão preventiva, pois trata-se de prisão para possibilitar as investigações.

Ao contrário da prisão preventiva, a temporária não pode ser decretada de ofício, e só cabe na fase pré-processual (no inquérito). O inquérito deve ter sido iniciado. Esta exigência a faz diferente da conhecida *prisão para averiguações*, que não resulta de despacho do juiz. É por conseguinte, indiscriminada e arbitrária.

A prisão temporária só pode ser determinada se se fizerem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* (art. 1.º, inc. III) e do *periculum in mora* (art. 1.º, incs. I e II), como prisão cautelar que é.

Cabe a prisão temporária não só nos crimes elencados — o art. 1.º da Lei n.º 7.960, como nos crimes tratados na Lei n.º 8.072, de 1990 — Lei dos Crimes Hediondos.

3. Conclusão

Deve haver um justo equilíbrio entre os direitos individuais assegurados pela Constituição, em normas, inclusive, pétreas, e as exigências de uma justiça penal eficiente.

Correta a advertência de Arturo J. Zavaleta sobre a prisão preventiva, que estendo a toda prisão provisória:

“Luego de advertir que la prisión preventiva es una violación de la libertad individual y que este derecho de libertad exige que se aguarde la sentencia para encarcelar al reo, expresa: “Mas, por otro lado, hay una razón muy grave que exige, en ciertos casos, con inexorable necesidad, la detención preventiva. Siendo los hombres como son y no como se quisiera que fueran, sucedería con mucha frecuencia que, faltando la detención preventiva, los acusados de delitos, y especialmente de los más graves, buscarían la impunidad con la fuga; y faltaría a la justicia casi siempre eficacia para darse a sí misma la justa reparación, al reo la pena merecida, a la sociedad el ejemplo.”⁶¹

⁶¹ Arturo Zavaleta, op. cit., p. 109.