

PRISÃO PENAL CAUTELAR NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Francisco de Assis Toledo

Ministro do STJ

(Conferência proferida na Escola da Magistratura
de São Paulo, em 21/09/90)

Há uma questão preliminar que desejo abordar inicialmente. Refiro-me à abrangência do título, cujo esclarecimento prévio dará o seu objeto.

Prisão penal cautelar, expressão utilizada por Frederico Marques¹, tem um sentido próprio que necessita algum esclarecimento para delimitação do tema em exposição. "Prisão penal", porque circunscrita ao âmbito da Justiça penal. Com isso queremos excluir outras formas de prisão, tais como a prisão civil e a disciplinar. "Prisão cautelar", para restringir ainda mais a extensão do tema, significando apenas aquelas modalidades de prisão penal que objetivem, ante o *periculum in mora*, assegurar a ordem pública ou a futura aplicação da lei penal tendo em vista o *fumus boni iuris*, isto é, a probabilidade concreta de condenação. Com isso, excluimos igualmente do objeto de nossa apreciação as prisões decorrentes de condenação com trânsito em julgado, já em fase de execução de sentença.

Dito isso, poder-se-ia, desde logo, avançar alguma conclusão sobre o objeto de nossa explanação. Com efeito, com as restrições acima registradas, preenchem, sem dúvida, presentemente, os pressupostos de autênticas prisões penais cautelares as seguintes modalidades de privação de liberdade, acolhidas em nossa legislação: prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de pronúncia, prisão para extradição ou para expulsão de estrangeiro.

Quanto a essas, parece não haver dúvida que se tratam de prisões penais cautelares. Mas e a prisão resultante de sentença condenatória recorrível, prevista no art. 393, I, do CPP, impropriamente confundida, na prática judiciária, com "prisão para apelar"? Será ela igualmente

uma modalidade de prisão cautelar, ou possui a natureza de verdadeira antecipação de execução da sentença?

A resposta a essa indagação parece-me importante e, segundo penso, praticamente elucida a questão debatida, ultimamente, sobre a permanência, ou não, dessa modalidade de prisão diante do novo texto constitucional.

Deixemo-la, todavia, em suspenso, a fim de resguardar a ordem lógica da explanação.

Pode-se, entretanto, por ora, antecipar que, com o título escolhido para esta palestra, pretendemos abranger as seguintes modalidades de prisão: prisão prèventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de pronúncia, prisão resultante de sentença condenatória recorrível, impropriamente denominada prisão para apelar, prisão para expulsão de estrangeiro (a prisão para extradição é restrita à competência originária do STF). Acrescente-se a esse rol a prisão temporária das Leis 7.960/89 e 8.072/90.

II

Outra questão preliminar que reputo pressuposto necessário do desenvolvimento do tema da prisão penal cautelar é, sem dúvida, a de saber o alcance exato da garantia constitucional da presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, assim redigida:

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

É que os advogados, de um modo geral, em compreensível esforço de defesa de seus clientes, e alguns processualistas mais extremados têm procurado extrair do preceito constitucional em foco algumas conseqüências limitativas sobre a prisão cautelar, a meu ver indevidamente.

É certo que, conforme salienta Figueiredo Dias, tomando-se a “presunção de inocência” ao pé da letra, se poderia pretender, a partir dela, pela ilegitimidade de utilização, contra o acusado, de qualquer meio de coação, principalmente da prisão preventiva, mas – prossegue o mesmo autor –, não é esse o sentido da máxima que deve ser tomada como equivalente ao princípio *in dubio pro reo*, portanto aplicável uni-

camente "em relação à prova da questão-de-fato e já não a qualquer dúvida suscitada dentro da **questão-de-direito**: aqui a única solução correta residirá em escolher, não o entendimento mais favorável ao arguido, mas sim aquele que juridicamente se reputar mais exato".²

Observações parecidas encontramos-las em Celso Ribeiro Bastos: "...De fato, embora alguém só possa ser tido por culpado ao cabo de um processo com este propósito, o fato é que, para que o poder investigatório do Estado se exerça, é necessário que ela (a suspeita) recaia mais acentuadamente sobre certas pessoas, vale dizer: sobre aquelas que vão mostrando seu envolvimento com o fato apurado. Daí surge uma suspeição que obviamente não pode ser ilidida por medida judicial requerida pelo suspeito, com fundamento na sua presunção de inocência. Esta não pode portanto impedir que o Poder Público cumpra a sua tarefa, qual seja: a de investigar, desvendar o ocorrido, identificar o culpado e formalizar a acusação. O que se pode inferir da presunção de inocência, em primeiro lugar, é que não pode haver inversão do ônus da prova"³.

Vê-se, pois, que o princípio em exame, reprodução fiel do art. XI, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10/12/1948, não constitui novidade, apesar de sua inclusão, agora, no texto constitucional, pois deve ser interpretada em conexão com os conhecidos princípios *in dubio pro reo* e da exigência de observância do *devido processo legal*, que jamais se constituíram, aqui ou alhures, em obstáculo a que o Estado adote medidas cautelares, antes ou no curso do processo, para, diante do *periculum in mora*, assegurar a aplicação da lei penal, garantir a ordem pública ou por conveniência da instrução criminal (art. 311 do CPP).

Examinando especificamente mencionada norma da Constituição brasileira, o processualista Afrânio Silva Jardim salienta: "A própria Constituição prevê expressamente a possibilidade de decretação judicial de prisão provisória, desde que resultante de ordem escrita e fundamentada de Juiz competente. O art. 5º, inc. LXI, não faz qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar. Encerrando estas breves notas – conclui o autor citado –, chamamos a atenção para o risco de interpretações açodadas, mais comprometidas com a busca preconcebida de novidades do que com a reflexão madura de todo o sistema normativo processual. Afastemos o ranço do espírito conservador, sem ficarmos, entretanto, tomados pela sedução de ingênuas aventuras".⁴

Tourinho Filho, para sustentar posição contrária, cita autores estrangeiros que, todavia, nos tópicos citados, admitem, mesmo ante a presunção de inocência, as medidas cautelares deste que limitadas ao estritamente necessário (Clariá Olmedo, Vélez Mariconde e Júlio B. J. Maier).⁵

Ora, tal limitação, que condiciona o deferimento de cautelas ao estritamente necessário, não significa excluí-las, mas, ao contrário, autoriza a conclusão de que o princípio em exame convive com tais medidas, sujeitando-as, porém, a certos pressupostos mais ou menos rigorosos – dentre os quais se destaca o da estrita necessidade –, fora dos quais caracterizar-se-á a “falta de justa causa”, uma das hipóteses de concessão de *habeas corpus* (art. 648, I, do CPP).

A questão não reside, pois, na pretendida anulação, revogação, ou exclusão do ordenamento jurídico brasileiro, desta ou daquela medida cautelar já consagrada pela nossa experiência, judicial e legislativa, mas de não exagerar, não abusar, não cometer excessos, no emprego dessas medidas, tendo sempre em mente que, apesar de admissíveis e previstas na lei processual, atingem, **provisoriamente**, pessoas ainda presumidamente inocentes.

Postas estas premissas, indispensáveis para a compreensão da jurisprudência que se vai formando, penso que o resto virá como consequência lógica e natural.

Vejamos, agora, como tem se comportado a jurisprudência do STJ em relação a cada uma das espécies anteriormente mencionadas de prisão penal cautelar.

III

a) Prisão preventiva

No tocante à prisão preventiva, tem a Corte Superior mantido, de um modo geral, as linhas já traçadas pela jurisprudência dos Tribunais do País.

Parece-nos, contudo, relevante a tendência dos julgados adiante resumidos.

Admite-se a decretação da medida cautelar, desde que devidamente fundamentada, mesmo quando seja o réu primário e de bons antecedentes, pois em qualquer das hipóteses do art. 312 do CPP os bons

anteriores do acusado podem não elidir, por si sós, a necessidade da medida, em face de outras circunstâncias apuradas no inquérito ou no processo. Assim, se decidiu, entre outros, nos RHC 66, Rel. Min. Costa Lima; RHC 160, Rel. Min. Flaquer Scartezini; 190, Rel. Min. Costa Leite; 205 e 260, Rel. Min. Assis Toledo; 548, Rel. Min. William Patterson; HC 77, Rel. Min. José Cândido.

A gravidade do delito, os maus antecedentes do acusado e a sua revelada periculosidade autorizam o reconhecimento da necessidade da prisão cautelar para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução. (RHC 189, Rel. Min. Anselmo Santiago). Assim, também, na reiteração criminosa, para resguardo da ordem pública (RHC 237, Rel. Min. Costa Leite). Da mesma forma a crueldade e a violência na prática do crime (HC 77, Rel. Min. José Cândido).

A inobservância dos prazos processuais, quando o retardamento é injustificado, torna ilegal a prisão (HC 16, Rel. Min. José Dantas). Mas o encerramento da instrução prejudica a alegação de excesso de prazo (RHC 44, Rel. Min. Assis Toledo). E não constitui coação ilegal o retardamento na instrução provocado pela defesa (RHC 298, Rel. Min. Assis Toledo).

b) Prisão em flagrante e liberdade provisória

Também na prisão em flagrante tem sido mantida a tradição.

Merecem destaque os julgados a seguir referidos.

Não se concede liberdade provisória quando evidenciada a periculosidade do acusado pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, autorizadoras da prisão preventiva. (RHC 235, Rel. Min. Costa Leite).

Para concessão de fiança, na hipótese de concurso material, considera-se a soma das penas mínimas cominadas que, se excedente de dois anos, torna inviável o benefício (RHC 273, Rel. Min. William Patterson).

Não faz jus ao deferimento de liberdade provisória quem se encontra foragido (RHC 390, Rel. Min. Dias Trindade).

Caracterizado o flagrante preparado pela colaboração ativa da polícia na dramatização de uma farsa, em crime de concussão, anula-se o flagrante, sem prejuízo da ação penal pelo crime aperfeiçoado anteriormente à preparação do flagrante. (RHC 411, Rel. Min. Assis Toledo).

c) Prisão especial e prisão domiciliar

A prisão domiciliar, como alternativa de prisão especial, não é obrigatória, pois depende da gravidade e das circunstâncias do crime, nos exatos termos da Lei 5.256/67 (RHC 640, Rel. Min. Costa Leite).

A concessão de prisão domiciliar não é recomendada em caso de tráfico de drogas. (RHC – 674, Rel. Min. Carlos Thibau). Todavia, inexistindo, na Comarca, local adequado para prisão especial, e inexistindo outras circunstâncias impeditivas, defere-se prisão domiciliar a advogado sob acusação de tráfico (art. 89, V, da Lei 4.215/63 e 1º da Lei 6.256/67). (RHC 680, Rel. Min. Assis Toledo).

A prisão especial, para sua concessão, independente da prévia prisão do acusado ou condenado. (RHC 530, Rel. Min. José Dantas).

d) Prisão decorrente de pronúncia

A prisão resultante de pronúncia é uma forma de prisão cautelar e, segundo Frederico Marques (*op. cit.*, pág. 83), trata-se de uma prisão “por ordem escrita de autoridade competente, nos casos expressos em lei”. Enquadra-se, pois, na atual Constituição, art. 5º, LXI.

Eis alguns julgados do STJ:

Réu pronunciado, apesar de primário e de bons antecedentes, pode ser, fundamentadamente, conservado preso, visto como o § 2º do art. 408 não é um alvará de soltura em branco mas faculdade conferida ao magistrado. (RHC 676 e 475, Rel. Min. Costa Lima).

Pode o juiz recusar, em decisão fundamentada, os benefícios do § 2º do art. 408 do CPP, mesmo que o réu seja primário e de bons antecedentes (RHC 132, Rel. Min. Assis Toledo).

Pronunciado o réu, ficam prejudicadas as alegações de anterior excesso de prazo. A partir de então a prisão subsiste em razão da pronúncia. (RHC 181, Rel. Min. Carlos Thibau).

Réu tecnicamente primário mas sem bons antecedentes não faz jus aos benefícios do art. 480, § 2º, do CPP. (RHC 92, Rel. Min. Dias Trindade). Da mesma forma réu foragido, ainda que primário e sem antecedentes criminais. (RHC 223, Rel. Min. Costa Lima).

e) Prisão resultante de sentença condenatória recorrível

O STJ considera a exigência de prisão “para apelar”, nos casos previstos em lei, uma forma de “prisão provisória”, portanto verdadei-

ra prisão preventiva, com fundamento na sentença condenatória recorrível. É o que se infere da Súmula nº 9, editada recentemente, em 06/09/90, assim redigida: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

A expressão "prisão para apelar" não é, a meu ver, muito correta, visto como a prisão, no caso, resulta da sentença e da ausência de efeito suspensivo do recurso. Não é, pois, uma simples condição do recurso, pois ocorreria da mesma forma – e principalmente – na ausência deste.

Frederico Marques a justifica, nestes termos: "Quando sobrevém condenação e o réu apela, a sentença condenatória se equipara, para o efeito de prisão do condenado, à pronúncia. É que já existe um pronunciamento jurisdicional declarando provada a imputação, o que é mais que a sentença de pronúncia onde se encontra apenas um juízo de probabilidade. A situação jurídica que se configura na sentença recorrível justifica muito mais a prisão que a própria sentença de pronúncia".⁶

Com efeito, condenado o réu, na grande maioria dos casos, poderá ele, prevendo desfecho final desfavorável, furtar-se à aplicação da lei penal, pondo-se em fuga, caso típico de decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP). Por isso o legislador excepciona as hipóteses de efeito suspensivo do recurso, presumindo *ex vi legis* a necessidade da prisão, como medida cautelar, nos demais casos.

Daí, pelas razões inicialmente expostas, ao classificarmos essa modalidade de prisão entre as medidas cautelares, não antecipação de execução da pena, como equivocadamente sustentam alguns.

Em acórdão, de nossa lavra, citado na referência da Súmula, decidiu o STJ: "EMENTA – PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DE PRÉVIO RECOLHIMENTO À PRISÃO (ART. 594 DO CPP). Alegação de incompatibilidade dessa exigência com o preceito do art. 5º, LVII, da Constituição. Improcedência dessa alegação já que a prisão provisória processual, como providência ou medida cautelar, está expressamente prevista e permitida pela Constituição em outro inciso do mesmo art. 5º (o inciso LXI). No caso a prisão decorre de mandado judicial (art. 393, I, do CPP). Primariedade e bons antecedentes são dois requisitos que não se confundem, podendo verificar-se o primeiro e estar ausente o segundo. Recurso de *habeas corpus* a que se nega provimento." (RHC 270, Rel. Min. Assis Toledo).

Com o advento da Súmula, em face de reiteradas decisões nesse sentido, creio desnecessário insistir no tema. Acrescento, porém, que a recente Lei nº 8.072, de 25/07/90, sobre crimes hediondos, adota, ao que penso, esse entendimento, ao dispor no § 2º do art. 2º: "Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade".

O melhor teria sido a inversão e generalização do sentido da norma, exigindo-se decisão fundamentada quando o juiz negasse o efeito suspensivo ao recurso, se o réu tivesse respondido ao processo em liberdade.

Como, todavia, as medidas cautelares se submetem a exigências rigorosas, sobretudo quando afetam a liberdade da pessoa humana, é saudável e até recomendável que, na sentença condenatória, ao determinar a expedição do mandado de prisão, justifique o magistrado essa determinação, embora de maneira sucinta.

f) Prisão para expulsão de estrangeiro

O Plenário do STJ decidiu, por maioria, que subsiste a possibilidade de prisão de estrangeiro, para fim de expulsão, prevista no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), modificando-se apenas a competência para decretá-la, hoje, exclusiva do Poder Judiciário (art. 5º, LXI, da Constituição). (Comunicação nº 01, Rel. para acórdão Min. Assis Toledo).

g) Prisão temporária

Para concluir, deixo consignado que as leis sobre prisão temporária e sobre crimes hediondos, muito recentes, não ensejaram ainda, pelo menos no âmbito do STJ, a formação de uma tendência jurisprudencial, pelo que, prevendo muita discussão a respeito, prefiro deixar de comentá-las nesta oportunidade, para não antecipar juízos.

1 **Elementos de Direito Processual Penal**, Forense, p. 25.

2 **Direito Processual Penal**, Coimbra Editora, 1974, p. 214-215.

3 **Comentários à Constituição do Brasil**, Saraiva, v.2; p. 277-8.

4 **Direito Processual Penal**, Forense, 3. ed.; p. 415.

5 **Processo Penal**, 11. ed.; v.1; p. 62-3.

6 **Elementos**, op. cit., v.4. p.86.